

# ТРУДЫ ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА (филиала) МГЮА

(выпуск тринадцатый)

Оренбургский институт МГЮА

Оренбург – 2011

ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ДОМ  
ОТКРЫТИЕ

Мы приглашаем  
благотворителей  
финансировать развитие  
института во всем  
функциональном комплексе  
интернет-трекеры  
дистанционные залы  
системы в сервисе  
технологического кластера  
on-line поддержка клиента  
тарифы, программы  
б.б.б.б. за обучение  
www.mgia.ru

50

**ГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ  
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ  
ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА»  
ОРЕНБУРГСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)**

**ТРУДЫ  
ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА  
(филиала) МГЮА**

---

**(выпуск тринадцатый)**

**Оренбург – 2011**

*Учредитель: Оренбургская областная организация «Попечительский совет Оренбургского института (филиала) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московская государственная юридическая академии им. О.Е. Кутафина»*

*Рекомендовано к печати Редакционным Советом института.*

*Рецензенты: ректор МГЮА им. О.Е. Кутафина, профессор,  
Заслуженный юрист РФ В.В. Блажеев  
первый проректор МГЮА – проректор по научной работе,  
профессор И.М. Мацкевич*

*Редакционный совет:*

*ПОЛШКОВ М.И. директор института, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н., профессор, председатель совета (главный редактор)*

*КОЛОТОВ А.Ф. заместитель директора по учебной и научной работе, заведующий кафедрой теории государства и права, к.ю.н., доцент, зам. председателя совета (ответственный редактор)*

*АРХИПКИН С.В. доцент кафедры аграрного и экологического права, к.ю.н., доцент*

*БОРИСОВ Я.Е. заведующий кафедрой конституционного и международного права, к.ю.н.,*

*ЕФИМЦЕВА Т.В. заведующая кафедрой трудового и предпринимательского права, к.ю.н., доцент*

*ЗАЙЦЕВА О.Б. доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и предпринимательского права*

*КОВАЛЕВ М.В. заведующий кафедрой гражданского права и процесса, к.ю.н., доцент*

*КОНОВАЛОВ В.А. заведующий кафедрой административного и финансового права, к.ю.н., доцент*

*ПЛОТНИКОВ А.И. заведующий кафедрой уголовного права и криминологии, к.ю.н., доцент*

*ПОПОВ Е.Б. заведующий кафедрой иностранных языков, доктор педагогических наук, профессор*

*СОЛОДКАЯ М.С. заведующая кафедрой общегуманитарных, социально-экономических, математических и естественно-научных дисциплин и управления, доктор философских наук, профессор*

*ШНИТЕНКОВ А.В. доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии*

*ЧЕРНЯЕВ В.С. заведующий кафедрой истории государства и права, к.и.н., профессор*

*ЧЕРНЯЕВ С.В. заведующий курсом правовой информатики, к.т.н., доцент*

Сборник «Труды Оренбургского Института (филиала) МГЮА» рекомендуется Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени кандидата и доктора наук.

Сборник трудов состоит из научных материалов, предложенных преподавателями, аспирантами, соискателями.

Статьи сборника размещены по следующим разделам: вопросы права, государства и общества, вопросы гражданского права и процесса, укрепление законности и борьба с преступностью, вопросы экологического и налогового законодательства, вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения, вопросы международно-правового регулирования, вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе.

В статьях рассматриваются проблемы, связанные с функционированием государственно-правовой организации общества, как России, так и зарубежных стран.

# ОГЛАВЛЕНИЕ

## Раздел первый

### ВОПРОСЫ ПРАВА, ГОСУДАРСТВА И ОБЩЕСТВА

***БОРИСОВ Я.Е.***

Институт уполномоченного по правам человека:  
зарубежный опыт и российская практика.....9

***ВЫРЛЕЕВА-БАЛАЕВА О.С.***

Ответственность государства перед личностью как средство  
ограничения государственной власти.....23

***ИЛЬЮТЮК С.В.***

Манипулирование сознанием человека в СМИ.....33

## Раздел второй

### ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

***БУЯНОВА Е.В.***

Правовая природа дел о лишении родительских прав.....57

***ЗАЛАВСКАЯ О.М.***

Правовая природа договоров, опосредующих отношения  
теплоснабжения в жилищно-коммунальном хозяйстве  
(теория и практика).....69

***КОВАЛЕВ М.В.***

Распоряжение исключительным правом на произведения науки,  
литературы и искусства.....84

***МАРЧЕНКО Т.В.***

Гражданско-правовая сущность признаков ценных бумаг .....99

<b>САТТАРОВА З.З.</b>	
Право на судебную защиту в разумный срок.....	119
<b>ТОМИНА А.П.</b>	
Состязательность в гражданском процессе в период от Русской Правды до середины 19 века.....	134
<b>ЯНЕВА Р.Р.</b>	
Деятельность сторон и суда по доказыванию в наследственных спорах.....	153

### Раздел третий

## УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

<b>ВЕЛИКИЙ Д.П.</b>	
Грамматический способ толкования в уголовно-процессуальном праве.....	166
<b>ЖУРАВЛЕВ Ю.Г.</b>	
Ложь и сопутствующие категории как объект исследования криминалистики.....	189
<b>ЖОВНИР С.А.</b>	
Цели уголовного наказания.....	207
<b>НАЗАРОВ В.А.</b>	
Эксперт и специалист в уголовном процессе.....	223
<b>РЕЗЕПКИН А.М.</b>	
Понятие принципов уголовного судопроизводства.....	243
<b>ТАРНАВСКИЙ О.А.</b>	
К вопросу о диспозитивности в уголовном судопроизводстве.....	255
<b>ШМЕЛЕВА Е.С.</b>	
Субъекты апелляционного производства.....	264

***ШНИТЕНКОВ А.В.***

Законодательная регламентация основания освобождения  
от уголовной ответственности за уклонение  
от уплаты налогов и (или) сборов.....298

#### **Раздел четвёртый**

### **ВОПРОСЫ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО И НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

***АРХИПКИН С.В.***

Правовые меры охраны лесов в Российской Федерации.....308

***РАХМАТУЛЛИНА О.В.***

Специальные налоговые режимы для малого бизнеса  
в зарубежных странах.....323

#### **Раздел пятый**

### **ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА И ПРАВА СОЦОБЕСПЕЧЕНИЯ**

***БЕРЕБИНА О.П.***

Общая характеристика механизма исчисления пенсий  
и современного состояния уровня пенсионного  
обеспечения в России.....340

***ЖУКОВА С.М.***

Оптимизация государственного регулирования  
предпринимательской деятельности как способ  
эффективного функционирования индивидуального  
предпринимательства в России.....353

<b><i>ЗАЙЦЕВА О.Б., МОРОЗОВ П.Е.</i></b>	
Общенаучный уровень методологии науки зарубежного трудового права в условиях глобализации.....	366
<b><i>МОРОЗОВ П.Е.</i></b>	
Проблемы влияния глобализации на коллективное трудовое право (на примере трудового законодательства США).....	383
<b><i>НЕВЕРОВА А.С.</i></b>	
Правовая регламентация охраны труда в США.....	394
<b><i>ХАЛДЕЕВА Н.В.</i></b>	
Правовое регулирование трудовых отношений работников крайнего севера – практика применения некоторых норм.....	405
<b><i>ШАМАРДИН Е.А.</i></b>	
Методы правового регулирования трудовых отношений и их эволюция в современный период.....	414

## Раздел шестой

### ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

<b><i>АЛИМОВА Я.О.</i></b>	
Принципы международных коммерческих договоров унидруа и «общие принципы права»: соотношение и взаимодействие.....	426
<b><i>БУГАЁВА А.С.</i></b>	
Роль Европейской комиссии в ходе правотворческой и правоприменительной деятельности Европейского союза.....	436
<b><i>ДЬЯКОНОВА А.А.</i></b>	
Обычай международной торговли (дефиниция, признаки, виды)....	453

<b><i>ЖУКОВА И.С.</i></b>	
Международно-правовые основы энергетического сотрудничества России со странами СНГ в газовой сфере.....	477

<b><i>САВЕНКО О.Е.</i></b>	
Новые подходы к системе Европейской безопасности (Россия - НАТО).....	492

### **Раздел седьмой**

## **ВОПРОСЫ ПЕДАГОГИКИ И ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА В НЕЯЗЫКОВОМ ВУЗЕ**

<b><i>МОИСЕЕВА Л.В.</i></b>	
О некоторых аспектах организации самостоятельной работы студентов в неязыковом вузе.....	509

<b><i>ПОПОВ Е.Б.</i></b>	
К вопросу обучения иностранному языку на заочном отделении вуза.....	532

<b><i>ХАЛЮШЕВА Г.Р.</i></b>	
Ошибки перевода в правовой сфере и способы их преодоления.....	547



Раздел первый

# **ВОПРОСЫ ПРАВА, ГОСУДАРСТВА И ОБЩЕСТВА**

## **ИНСТИТУТ УПОЛНОМОЧЕННОГО ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И РОССИЙСКАЯ ПРАКТИКА**

**БОРИСОВ Я.Е.,**

*к.ю.н., заведующий кафедрой конституционного и международного права*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел.8(3532)72-22-77*

*yan73@bk.ru*

*Ключевые слова: права человека, защита прав человека, восстановление нарушенных прав, контроль за деятельностью публичной администрации, омбудсман, комиссии по правам человека, Уполномоченный по правам человека в РФ, Уполномоченный по правам ребёнка в РФ*

*Данная научная статья посвящена анализу организации и функционирования одного из важнейших элементов системы защиты прав человека в современном мире - институту омбудсмана. В статье отмечается, что главная функция данного института заключается в обеспечении контроля за законностью и справедливостью действий и решений публичной власти. Данная функция рассматривается как на примере зарубежного опыта, так и на примере функционирования данного института в Российской Федерации.*

***Key words:** human rights, protection of human rights, legal remedies, control of public administration, the Ombudsman, Human Rights Commissions, Human Rights Commissioner in Russia, the Ombudsman for Children in Russia*

*This research paper analyzes the organization and functioning of one of the most important elements of human rights protection system in the world today, the institution of ombudsman. The article notes that the main function of this institution is to ensure control over the legality and fairness of actions and decisions of public authorities. This function is considered both on an example of international experience and the example of the functioning of this institution in the Russian Federation.*

Количество и разнообразие национальных учреждений по защите прав человека огромно. В настоящее время большинство национальных учреждений классифицируется по принадлежности к одной из двух категорий: комиссии по правам человека или институты омбудсмана<sup>1</sup>. Во многих отношениях полномочия омбудсмана практически аналогичны полномочиям комиссий по правам человека. Функцией обоих органов является защита прав отдельных граждан, и ни один из них не обладает полномочиями выносить обязательные для исполнения решения. Вместе с тем существуют некоторые различия между функциями этих двух органов, которые объясняют учреждение и одновременное функционирование в некоторых странах обоих учреждений.

Главная функция института омбудсмана заключается в том, чтобы обеспечить справедливость и законность действий органов государственной власти. В целом основное направление деятельности омбудсмана состоит в рассмотрении жалоб отдельных граждан на государственные органы или должностных лиц. Комиссии по правам человека также как и омбудсманы наделены компетенцией получать и расследовать жалобы. Однако основными функциями комиссии по правам человека являются

информационная и просветительская. Комиссии по правам человека, как правило, наделены полномочиями осуществлять сбор, изучение и анализ информации по вопросам обеспечения и защиты прав человека и гражданина. Комиссии по правам человека, действуя в рамках исполнительной власти, осуществляют внутренний контроль за работой государственного аппарата.

Принципиально важным отличием института омбудсмана от других органов, осуществляющих защиту прав и свобод человека и гражданина, в том числе и комиссий по правам человека, является его независимость и неподотчетность каким-либо государственным органам и должностным лицам, а также его способность осуществлять внешний контроль по отношению к государственным органам, органам местного самоуправления и должностным лицам. Омбудсман – это новая форма обеспечения прав и законных интересов человека, которые нарушены в результате действия или бездействия административных органов и должностных лиц.

Защитник гражданских прав, начиная с античных времен, учреждался во многих правовых государствах: народный трибун в Древнем Риме был наделен правом вето на любой закон, противоречащий праву квиритов. Современные государства устанавливает правовой институт омбудсмана.

В классическом виде институт омбудсмана был создан в 1809 году в Швеции. До I мировой войны институт уполномоченного представлял собой некую скандинавскую экзотику. После II мировой войны он получил мощное развитие. Именно в это время были приняты важные международные правовые документы в области прав человека. Само слово «омбудсман» оказалось столь популярным, что в настоящее время им именуют некоторые органы, созданные в системе исполнительной власти. В отношении исполнительных омбудсманов можно сказать, что они, во-первых, являются государственными органами; во-вторых, осуществляют внутренний контроль за работой административного аппарата. Таким образом, исполнительный омбудсман, является разновидностью внутреннего самоконтроля

исполнительной власти<sup>2</sup>. Однако, в большинстве стран сложилась и функционирует классическая модель парламентского уполномоченного по правам человека<sup>3</sup>.

Обращает на себя внимание тот факт, что в мире не выработано единого универсального определения термина «омбудсман», которое отражало бы сущность данного правового института. Наиболее авторитетное, на наш взгляд, понятие принадлежит Международной Ассоциации Юристов: «Служба, предусмотренная Конституцией или актом законодательной власти и возглавляемая независимым публичным должностным лицом высокого ранга, которое ответственно перед законодательной властью, получает жалобы от пострадавших лиц или действует по собственному усмотрению и уполномочено проводить расследования, рекомендовать корректирующие действия и представлять доклады»<sup>4</sup>.

Указанный институт вводится, как показывает мировой опыт тремя путями:

1. на основе конституционных положений, развитых позже в законодательстве (Дания – §55 Конституции 1953 г. и впоследствии Закон 1954 г., Испания – Конституция 1978 г. и Органический закон 1981 г.);
2. в результате принятия специального закона и более позднего закрепления указанного института на конституционном уровне (Португалия – Декрет-закон 1975 г. затем Конституция 1976 г., Польша – Закон 1987 г. и поправки в Конституцию в 1989 г.);
3. на базе специального закона без фиксации в конституции (Великобритания – Закон 1967 г. и специализированные законы 1972 г., Франция – Закон 1973 г. и его редакции)<sup>5</sup>.

М.В. Баглай утверждает, что омбудсман играет важную роль в защите прав и свобод граждан. Омбудсман ответственен перед парламентом, но в повседневной деятельности вполне самостоятелен, частично он может действовать по собственной инициативе, но чаще по жалобам и заявлениям

граждан. В большинстве государств граждане имеют прямой и достаточно легкий доступ к омбудсману. В некоторых установлен «парламентский фильтр», т.е. омбудсман получает жалобы и обращения граждан от парламента. Акты и решения, принимаемые омбудсманом, не обладают обязательной юридической силой, но их общественно-политическая значимость такова, что органы управления не практикуют отмену таких актов, особенно в странах с так называемым «сильным омбудсманом» (Швеция, Дания, Польша)<sup>6</sup>.

О значимости данного института говорит тот факт, что он учрежден на надгосударственном уровне. Примером тому служит Омбудсман Европейского союза<sup>7</sup>.

Итак, омбудсман призван рассматривать жалобы на нарушение конституционных прав нередко, после того, как исчерпаны все законные пути для их разрешения. Самостоятельно данный орган, как правило, разрешить дело не может, поэтому обращается в соответствующие государственные органы.

В новейших конституциях говорится об основных средствах юридической защиты прав, в том числе и деятельность омбудсмана (уполномоченного по правам человека).

В целом ясно, что при всем разнообразии институт омбудсмана в зарубежных странах имеет немало схожих черт. Например, сферу компетенции в общем виде можно представить как, защиту прав человека и надзор за деятельностью публичной администрации. Среди полномочий выделяются право доступа к любой информации и присутствие в суде. Отличительной чертой является статистика обращений, проанализировав которую, понимаешь место уполномоченного в системе защиты и востребованность его деятельности.

Обратимся к анализу Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. В России ранее никогда не существовало подобного института. Вместе с тем происходящие в нашей стране процессы

становления новой российской государственности, нового конституционного строя, появление новых органов власти требуют совершенствования старых и создание новых правовых механизмов, направленных на реализацию прогрессивных идей в сфере обеспечения прав граждан, установление деловых и конструктивных отношений граждан с органами власти и администрацией<sup>8</sup>. Учреждение института Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации как государственного органа - одно из важнейших достижений демократических преобразований в России.

Идея учреждения института Уполномоченного по правам человека впервые получила юридическое выражение в ст. 40 Декларации прав и свобод человека и гражданина, которая предусматривала создание должности Парламентского уполномоченного по правам человека, который "назначается Верховным Советом на срок 5 лет, ему подотчетен и обладает той же неприкосновенностью, что и народный депутат РСФСР"<sup>9</sup>. Должность Уполномоченного по правам человека учреждена Конституцией Российской Федерации 1993 года. Пункт "д" части 1 статьи 103 Конституции относит к ведению Государственной Думы назначение и освобождение от должности Уполномоченного, действующего в соответствии с Федеральным конституционным законом. Федеральный конституционный закон «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» был принят 26 февраля 1997 г. и действует в редакции с изменениями от 10 июня 2008 г. Закон устанавливает порядок назначения на должность и освобождение от должности Уполномоченного по правам, его компетенцию, обеспечение деятельности рабочим аппаратом Уполномоченного.

Остановимся подробнее на компетенции омбудсмана. Проанализировав положения закона, можно условно обобщить все направления деятельности Уполномоченного по правам человека в следующие четыре группы:

- Правозащитная и просветительская деятельность;

- Экспертная и аналитическая работа в сфере законотворчества и правоприменения;
- Взаимодействие с государственными органами, путем подготовки докладов, направление замечаний и предложений и т.д.;
- Международное сотрудничество.

Согласно п.п. 1, 2 ст. 33 Закона, по окончании календарного года Уполномоченный направляет доклад о своей деятельности Президенту Российской Федерации, в Совет Федерации и Государственную Думу, Правительство России, Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ, Генеральному прокурору Российской Федерации, руководителям министерств и ведомств, средствам массовой информации и уполномоченным по правам человека в субъектах РФ. Кроме того, по отдельным вопросам соблюдения прав и свобод граждан Уполномоченный может направлять в Государственную Думу специальные доклады. В специальных докладах обобщены типичные и носящие массовый характер нарушения прав граждан, отражена деятельность федерального Уполномоченного по восстановлению нарушенных прав, предложен комплекс законодательных, экономических, организационных, воспитательных и иных мер для искоренения этих негативных явлений.

В соответствии с ежегодным докладом о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2008 г. к нему поступило более 48 тысячи жалоб, из них 5010 жалоб из Приволжского федерального округа и 491 жалоба собственно из Оренбургской области. Распределение жалоб по видам прав было следующим:

- Гражданские – 51,9 %;
- Социальные – 30,6%;
- Экономические – 12,9%;
- Политические – 4,1%;
- Культурные – 0,6%.

Среди прав граждан самыми проблемными оказались вопросы пересмотра приговоров, помилования и судопроизводства; среди социальных – жилищные вопросы, социальные пособия и льготы; среди экономических – предпринимательство и трудовая деятельность; среди политических – вопросы политической деятельности (в частности организация публичных мероприятий, деятельность политических партий) и нарушение свободы совести; среди культурных – защита права на образование и культурно-исторических ценностей<sup>10</sup>. Обращаем внимание на то, что тематическая структура обращений из года в год не претерпевает изменений. Эта тенденция определенно носит негативный характер и вряд ли может свидетельствовать в пользу эффективности деятельности Уполномоченного по правам в России. В настоящее время должность Уполномоченного по правам человека учреждена в 55 субъектах Российской Федерации. Законы о региональных уполномоченных разнообразны, особенно в плане процедуры его назначения, неизменными остаются принципы деятельности, установленные федеральным актом<sup>11</sup>. В Оренбургской области подобного органа пока нет, однако возможность его появления в ближайшем будущем в нашем регионе вполне возможна.

Следующий институт, обеспечивающий защиту прав человека – это Уполномоченный по правам ребенка в Российской Федерации. В России впервые учрежден подобный федеральный институт, причем на уровне субъектов РФ он существует уже давно.

Конвенция ООН о правах ребенка была ратифицирована СССР 15 сентября 1990 г. Ее выполнение стало обязанностью России как правопреемника и продолжателя СССР. К сожалению, у России по-прежнему нет целостной и эффективно работающей системы обеспечения прав ребенка ни по одному из ключевых параметров. Нарушения же прав ребенка носят системный характер. На протяжении последних десятилетий в мировой практике вырабатывается дополнительный механизм, позволяющий обеспечить целенаправленную и приоритетную защиту прав ребенка: как



каждого конкретного ребенка при нарушении его прав, так и детей в целом. Таким механизмом является институт Уполномоченного по правам ребенка<sup>12</sup>.

В Заключительных замечаниях Комитета ООН по правам ребенка по итогам рассмотрения второго периодического доклада Российской Федерации о реализации Конвенции о правах ребенка (1999 г.) содержится требование о введении в Российской Федерации независимого контроля за положением детей и о формировании института Уполномоченного по правам ребенка<sup>13</sup>. С инициативами о введении института Уполномоченных по правам ребенка неоднократно выступали депутаты Государственной Думы, Совет Федерации, общественные, в том числе правозащитные, организации<sup>14</sup>. Итогом такой деятельности стало подписание Президентом РФ Указа от 1 сентября 2009 г. «Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка».

Заметим, что статус данного должностного лица имеет мало общего со статусом Уполномоченного по правам человека в РФ. Во-первых, данный институт учрежден не законодательным, а подзаконным нормативным актом, что в сущности ставит его ниже в иерархии по отношению к Уполномоченному, чья деятельность регламентируется федеральным конституционным законом. Во-вторых, учреждение подобной должности Президентом, рушит саму концепцию парламентского уполномоченного по правам человека, заложенную ст. 103 Конституции РФ.

На наш взгляд, при разработке концепции подобного органа можно было использовать практику зарубежных стран, например Франции, где Законом 2000г. был учрежден институт Защитника детей, как независимый орган власти<sup>15</sup>. В его обязанности входит защищать и реализовывать в жизни права ребенка, определенные в законе или международном соглашении. Защитнику направляются индивидуальные жалобы несовершеннолетних детей или их законных представителей, которые считают, что какое-либо лицо частного или публичного права нарушило их права. При осуществлении своих полномочий он полностью независим от указаний государственных

органов, пользуется иммунитетом и индемнитетом. Защитник ежегодно представляет доклад об итогах своей деятельности Президенту и Парламенту. Данный доклад подлежит опубликованию.

Удивительно, но Указ Президента не раскрывает основ правового статуса данного лица, за исключением полномочий, к которым относятся:

- запрос и получение в установленном порядке необходимых сведений, документов и материалов от государственных органов, органов местного самоуправления, организаций и должностных лиц;
- беспрепятственное посещение государственных органов, органов местного самоуправления, организаций;
- проведение самостоятельно или совместно с уполномоченными государственными органами и должностными лицами проверок деятельности органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ, а также должностных лиц, получение от них соответствующих разъяснений;
- направление в государственные органы, органы местного самоуправления и должностным лицам, в решениях или действиях (бездействии) которых он усматривает нарушение прав и интересов ребенка, свое заключение, содержащее рекомендации относительно возможных и необходимых мер восстановления указанных прав и интересов;
- привлечение в установленном порядке для осуществления экспертных и научно-аналитических работ, касающихся защиты прав ребенка, научные и иные организации, а также ученых и специалистов, в том числе на договорной основе.

Уполномоченный по правам ребенка в субъекте Российской Федерации своей деятельностью призван дополнять уже существующие формы и средства защиты прав ребенка, не подменяя традиционные для России структуры, в компетенции которых находятся те или иные компоненты обеспечения прав и законных интересов ребенка (органы

образования, здравоохранения, социальной защиты, опеки и попечительства, комиссии по делам несовершеннолетних, прокуратура). На сегодняшний день Уполномоченные по правам ребенка действуют в 35 субъектах РФ (Самарская, Калужская, Волгоградская обл. и др., города Москва, Санкт-Петербург), при том, что п. 5 вышеназванного Указа рекомендует органам субъектов РФ учредить подобный институт, можно ожидать увеличения числа детских омбудсманов в ближайшее время. Интересно рекомендация Президента была воплощена в Оренбургской области. Так, 19 февраля 2010 года был подписан Указ Губернатора «О комиссии по правам человека при Губернаторе Оренбургской области», который, по сути, мало отличается от ранее действовавшего, за исключением дополнения перечня задач и направлений деятельности – работой по защите прав ребенка. «Подобное положение дел», по словам председателя комиссии А.А. Гезимы, «не означает, что ранее комиссия не занималась защитой прав ребенка, просто сейчас это направление выделили особо». На наш взгляд, принятое решение имеет больше политическое значение, нежели практическое.

Таким образом, появление в России института Уполномоченного по правам ребенка, стало редким исключением, когда орган сначала появился на уровне региональном и лишь потом на федеральном. В целом, нельзя сказать, что концепция его была продумана и тщательно разработана, поэтому работы в этом направлении еще предстоит много.

Резюмируя вышесказанное, отметим следующее. Во-первых, институт омбудсмана, безусловно, является объективно существующим, создание должности омбудсмана может быть предусмотрено как самой конституцией (ст. 45-в Основного закона ФРГ: «Для охраны основных прав в качестве вспомогательного органа Бундестага при осуществлении парламентского контроля назначается уполномоченный Бундестага по обороне»), так и специальным законом (Закон об учреждении должности Посредника во Франции 1973 г.). Во-вторых, он реален, то есть практически существует, развивается во времени и пространстве; обеспечивает работу

омбудсмана рабочий аппарат (Бюро Уполномоченного по гражданским правам в Польше). В-третьих, это совершенно новое явление для целого ряда стран (впервые появился в 1967 г. – Великобритания, 1969 – Австрия, 1973 – Франция, 1976 – Португалия, 1978 – Испания и т.д.). Наконец, самый важный фактор – это всеобщий характер. В мире не существует организации, которая координировала бы деятельность существующих омбудсманов, но, тем не менее, существует Международный институт омбудсмана, призванный разрабатывать и осуществлять программы по обмену опытом между омбудсманами, собирать и распространять информацию об этом институте. Опыт их работы в странах Восточной Европы (Польше, Венгрии, Румынии, Словении и др.) показывает, что создание таких структур в большинстве случаев обеспечивает восполнение отсутствующего звена в отношениях государственной власти и населения, способствует строительству демократического правового государства, развитию правосознания граждан и должностных лиц.

Обращаясь к российскому опыту, необходимо отметить, что появление института омбудсмана является во многом следствием влияния международных стандартов. Примером подобного влияния можно считать извлечение из заключения по заявке России на вступление в Совет Европы (Страсбург, 25.01.1996): «Принимая во внимание указанные заверения, а также соображения и обязательства, изложенные ниже, Ассамблея считает, что Россия – согласно статье 4 Устава – имеет четко выраженное желание и в ближайшем будущем будет способна соответствовать критериям членства в Совете Европы, установленным в статье 3 Устава («каждый Член Совета Европы должен признавать принцип верховенства Права и принцип, в соответствии с которым все лица, находящиеся под его юрисдикцией, должны пользоваться правами человека и основными свободами, и искренне и активно сотрудничать во имя достижения цели Совета...») V. ожидается, что будут приняты соответствующие стандартам Совета Европы новые законы: о роли, деятельности и организации Прокуратуры и Бюро

уполномоченного по правам человека; о защите национальных меньшинств; о свободе собраний и свободе вероисповедания»<sup>16</sup>.

Высокую оценку появление данного института вызвало так же и в научной среде. Тихомиров Ю.А. утверждает, что происходящая в современном мире глобализация отражает усиление взаимосвязи государств во всех сферах жизни общества. Но процессы, связанные с глобализацией не должны полностью стирать национальные государственные различия. Глобализация призвана сохранять тенденции суверенности государств, в сочетании с усилением их взаимозависимости и более тесной увязкой национального и международного права<sup>17</sup>. А. Хиль-Роблес в работе «Парламентский контроль за администрацией», отмечает, что на сегодняшний день никто не может однозначно утверждать, что судебный или парламентский контроль в состоянии обеспечить эффективную и достаточную защиту гражданина от неправомερных действий государственной администрации. Институт омбудсмена в полной мере отвечает всемирно ощущаемой потребности в эффективном контроле за осуществлением власти через деятельность государственной администрации<sup>18</sup>. По мнению Н.Ю. Хаманевой: «По мере распространения и становления института омбудсмена, активно велись международные дебаты по этому поводу. Мировая практика доказывает, что даже в странах с развитыми системами контроля ощущается потребность в публично-правовых средствах защиты»<sup>19</sup>. Австрийский профессор, доктор права В. Пикль уточняет, что его создание и деятельность открыли новую главу в отношениях между государством и гражданином, между лицами наделенными правом и управляемыми<sup>20</sup>.

Таким образом, на сегодняшний день институт уполномоченного по правам человека функционирует во многих странах и быстро развивается, демонстрируя многообразие путей приспособления к конкретным социально-политическим условиям. В мире множество государств, и каждое из них по-своему уникально, что ясно показывает различие отчетов о защите прав

человека в них. Однако служба омбудсмана в современных правовых системах стран мира по справедливости считается важным механизмом защиты прав человека и укрепления законности в работе государственных органов.

---

<sup>1</sup> Матвеева Т.Д. Международные и национальные инструменты и механизмы защиты прав человека.- М., 1995.- С. 48.

<sup>2</sup> Автономов А.С. Конституционное (государственное) право зарубежных стран.- М., 2007.- С. 131.

<sup>3</sup> Во многих странах было установлено собственное наименование данного института: Уполномоченный по гражданским правам и по правам ребенка – в Польше, Уполномоченные Государственного Собрания по правам граждан и по правам национальных и этнических меньшинств – в Венгрии, Адвокат народа – в Румынии, Парламентский комиссар по делам администрации – в Соединенном Королевстве, Защитник народа – в Испании, Уполномоченный Бундестага по обороне – в Германии.

<sup>4</sup> Юридический словарь // [http:// mirslouvrei.com/content\\_yur/OMBUDSMAN-30118](http://mirslouvrei.com/content_yur/OMBUDSMAN-30118)

<sup>5</sup> Автономов А. С. Указ. соч. С. 132–133.

<sup>6</sup> Баглай М.В., Лейбо Ю.И., Энтин Л.М. Конституционное право зарубежных стран.- М., 2007.- С. 207.

<sup>7</sup> Европарламент назначает омбудсмана и наделяет его полномочиями принимать жалобы от любого человека, находящегося под юрисдикцией государства-члена ЕС или зарегистрированного в нем юридического лица. Данные жалобы принимаются по вопросам плохой организации деятельности институтов и органов ЕС. Евросоюз рекомендовал ввести подобную должность во всех странах-участницах ЕС (что и было ими успешно воплощено), т.к. существование указанного выше института позволяет реализовать основную задачу правового государства – защита прав и свобод человека и гражданина.. К вступлению в Евросоюз готовятся Хорватия и Македония, в которых уже начали функционировать подобные институты.

<sup>8</sup> Смоленский М.Б. Конституционное (государственное) право России.- М., 2006.- С. 244.

<sup>9</sup> Постановление ВС РФ от 22 ноября 1991 г. «О Декларации прав и свобод человека и гражданина» // ИПС «КонсультантПлюс»

<sup>10</sup> Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в 2008 году // [http:// ombudsman.gov.ru/doc/ezdoc/08.shtml](http://ombudsman.gov.ru/doc/ezdoc/08.shtml)

<sup>11</sup> Сунгуров А.Ю., Шишлов А.В. Сравнительный анализ законодательства об уполномоченном по правам человека в некоторых субъектах Российской Федерации // Государство и право.- 2003.- № 4.- С. 47.

<sup>12</sup> По информации ЮНИСЕФ, во многих странах (а их более 40) службы Уполномоченных по правам ребенка на национальном и региональном уровнях выполняют функции независимого механизма обеспечения прав детей.

<sup>13</sup> Обязательства государств по созданию таких национальных органов, как Уполномоченные по правам ребенка, содержатся в Декларации и Плане действий «Мир, пригодный для жизни детей» (пункт 31), принятых на Специальной сессии Генеральной Ассамблеи ООН по положению детей (Нью-Йорк, 8-10 мая 2002 года).

<sup>14</sup> Среди них Председатель Совета Федерации Миронов С.М., глава Совета при Президенте по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека Памфилова Э.А.

<sup>15</sup> Страшун Б.А. Конституционное право зарубежных стран. – М., - 2006 - Особенная часть. С. 395.

<sup>16</sup> [http:// ombudsman.gov.ru/doc/zak/193.shtml](http://ombudsman.gov.ru/doc/zak/193.shtml)

<sup>17</sup> Тихомиров Ю.А. Глобализация: взаимовлияние внутреннего и международного права // Журнал российского права.- 2002.- № 11.- С. 7.

<sup>18</sup> Сравнительный анализ законодательства об уполномоченном по правам человека в некоторых субъектах РФ // [http:// www.echr.ru/news/msg.asp?id\\_msg=189](http://www.echr.ru/news/msg.asp?id_msg=189)

<sup>19</sup> Хаманева Н.Ю. Правовой институт уполномоченного по правам человека // Гражданин и право.- 2005.- № 6.- С. 23.

<sup>20</sup> Лукашева Е.А. Права человека.- М., 2004.- С. 430.

# ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВА ПЕРЕД ЛИЧНОСТЬЮ КАК СРЕДСТВО ОГРАНИЧЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

**ВЫРЛЕЕВА-БАЛАЕВА О.С.,**

*заведующая кафедрой юридических дисциплин,*

*Гуманитарный юридический колледж ГОУ ВПО ОГУ*

*460048, г. Оренбург, пр. Победы, 141, к. 205. тел. 8-903-392-66-31*

*e-meil: balaewaolga@yandex.ru*

*Ключевые слова:* ответственность государства, ограничение власти, политическая ответственность, юридическая ответственность, отрешение главы государства от должности, институт отзыва депутата.

*В статье автор исследует вопросы ответственности государства перед личностью как одного из принципов правового государства. В Российской Федерации этот аспект государственной власти получил правовое закрепление не в должной мере. Юридические процедуры, позволяющие обществу привлечь власть к ответственности за вред, причиненный ее органами, должностными лицами, не отработаны. Становлению этого института может помочь положительный опыт зарубежных государств*

*Key words:* responsibility of the state, power restriction, political responsibility, legal responsibility, dismissal of the head of the state from a post, institute of a response of the deputy.

*In article the author investigates questions of responsibility of the state before the person as one of lawful state principles. In the Russian Federation this aspect of the government has received legal fastening not in a due measure. The*

*legal procedures allowing a society to make the power answerable for harm, caused by its bodies, officials, aren't fulfilled. Formation of this institute can be helped by positive experience of the foreign states.*

В современной российской действительности проблема ответственности личности перед государством и государства перед личностью является актуальной и требует глубокого анализа. В условиях правового государства личность и представители власти должны участвовать в правоотношениях на основе равенства и справедливости. Ответственность власти выступает одним из способов повышения эффективности функционирования органов государства, способствует укреплению доверия между населением и властвующим субъектом.

Государственные органы обязаны руководствоваться в своей деятельности предписаниями норм права, не могут их нарушать и несут ответственность за невыполнение этой обязанности. Ответственность личности перед государством строится на тех же правовых началах.

Анализ российского законодательства показывает, что практически все нормы права, регулирующие правовой статус человека, обеспечены санкциями. Положения же, которые касаются государства, его органов, должностных лиц, зачастую не подкреплены мерами ответственности. Наша страна в этом вопросе отстает от многих государств, где уже существует политическая, юридическая, моральная ответственность власти перед обществом.

Юридические процедуры, позволяющие обществу привлечь власть к ответственности за вред, причиненный ее органами, должностными лицами, не отработаны. И обусловлено это не столько несовершенством законодательства, сколько нежеланием чиновников признавать свои ошибки, покровительством вышестоящими органами незаконных действий и решений своих подчинённых, уверенностью в безнаказанности своих действий.



Согласимся с точкой зрения, согласно которой государство, его властные органы и их должностные лица пользуются как правовым, так и фактическим иммунитетом от ответственности в подавляющем числе случаев противоправного осуществления своих публично-властных полномочий. Закрепленное в ст. 53 Конституции РФ право каждого на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, на практике реализуется крайне сложно и противоречиво<sup>1</sup>.

На необходимость усиления мер юридической ответственности в отношении чиновников указано в Послании Президента РФ Федеральному Собранию 5 ноября 2008 года, в котором отмечается, что «государственные и муниципальные служащие обязаны соотносить свои действия с установленными правилами поведения на службе. Их невыполнение должно влечь дисциплинарную, а в необходимых случаях и административную, и уголовную ответственность»<sup>2</sup>.

Меры юридической ответственности в отношении органов публичной власти и должностных лиц должны занимать важнейшее место в системе обеспечения прав и свобод человека и гражданина, так как признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина является обязанностью государства. Статус чиновников необходимо трансформировать из «привилегированного» в действительно «обслуживающий» гражданское общество и личность. Нужно установить реальную ответственность как для высших органов государственной власти и соответствующих должностных лиц (импичмент для президента, вотум недоверия правительству), так и для всего остального «служивого люда», - отмечает А.В. Малько<sup>3</sup>.

Рассматривая проблемы формирования системы ответственности органов государственной власти, необходимо помнить, что в теории права используется два основных подхода к понятию юридической ответственности: позитивный и ретроспективный.

Позитивная ответственность государства – это требование к будущей сознательной, правомерной, активной деятельности государственных органов и должностных лиц, осознающих необходимость следования правовым предписаниям и в силу своей внутренней убежденности не приемлющих их нарушения. Общество с высоким уровнем позитивной ответственности у всех участников правоотношений, в том числе у представителей власти, – цель, достигнув которую, можно будет говорить о построении правового государства. Здесь на первое место выходят воспитательные меры, направленные на повышение уровня правового сознания населения и представителей власти. Безнравственность людей, стоящих у власти, выливается в большие беды для государствообразующего общества, поэтому чиновник должен руководствоваться не только нормой закона, но и понятиями «честь», «совесть», «долг», «справедливость», «добро», «верность слову».

Ретроспективная (традиционная) юридическая ответственность государства представляет собой возлагаемую в установленных законом формах обязанность властвующих субъектов претерпевать определенные лишения личного, имущественного и организационного характера за совершенное правонарушение.

Органы публичной власти и их должностные лица должны подвергаться мерам юридической ответственности в случае совершения ими правонарушений двух категорий: при прямом нарушении норм Конституции и положений иных нормативных правовых актов и при оценке их деятельности как некачественной (ненадлежащее исполнение полномочий, приведшее к неблагоприятным результатам с позиции целесообразности). При этом может быть применена не только политическая, но и уголовная, административная, дисциплинарная ответственность.

Политическую ответственность можно определить как совокупность мер, обеспечивающих принуждение власти к выполнению принятых обязательств, обещаний и одобренных обществом программ. Эти средства

воздействия на субъекты власти позволяют добиваться корректировки или смены политического курса, отстранения от власти недостойных чиновников. От уголовной, материальной, административной, дисциплинарной ответственности она отличается основанием наступления, процедурой привлечения к ответственности и мерой ответственности.

Основанием политической ответственности являются поступки, характеризующие политическое лицо в качестве виновного, затрагивающие его политическую деятельность. Процедура привлечения к политической ответственности отличается тем, что ею занимаются не общие следственные органы и суды, а специальные, особо предусмотренные органы. Ими могут быть конституционный суд, верховный суд в специально предусмотренных случаях, палата парламента, специальная комиссия. Мерами ответственности при этом выступает отставка с занимаемой должности, смещение с поста, лишение иммунитета неприкосновенности.

В правовых государствах необходимо предусмотреть процедуры, предназначенные привлекать к политической ответственности всех субъектов высшей власти, важно установить критерии оценки деятельности органов государственной власти, механизмы отстранения от власти высших лиц и органов, допускающих ухудшение жизни народа. Меры политической ответственности должны быть определены для субъектов законодательной, исполнительной, судебной власти: досрочный отзыв парламентариев, отставка правительств, роспуск парламентов и судов.

Распространенным видом политической ответственности является импичмент, представляющий особый порядок привлечения к ответственности высших должностных лиц государства. Конституция РФ термин «импичмент» не употребляет, называя подобную процедуру отрешением Президента РФ от должности.

Процедура отрешения главы государства от должности получила закрепление в конституциях многих стран, в том числе государств СНГ (за исключением Узбекистана).

В конституциях зарубежных стран Содружества дается исчерпывающий перечень оснований отрешения главы государства от должности, среди которых государственная измена, тяжкие преступления, грубые нарушения конституции, нарушение присяги.

В Молдове Президент может быть отстранен от должности двумя третями голосов депутатов Парламента в случае совершения тяжкого деяния и нарушения тем самым положений Конституции. Предложение об отстранении от должности может быть выдвинуто не менее чем одной третью депутатов и должно быть незамедлительно доведено до сведения Президента. Он может дать Парламенту объяснения по выдвинутым против него обвинениям. В случае утверждения предложения об отстранении от должности, не более чем в 30-дневный срок проводится референдум по вопросу об отстранении Президента<sup>4</sup>.

Вынесение вопроса об отстранении Президента на референдум является разумным с двух позиций.

Во-первых, именно народ в результате выборов наделил Президента полномочиями и логично предоставить народу право решать вопрос о лишении главы государства его полномочий.

Во-вторых, в условиях, когда большинство депутатов парламента являются представителями той политической партии, поддержкой которой пользуется президент, отстранение главы государства членами парламента становится почти невозможным.

Учитывая исторические традиции, необходимо отметить, что в государствах Содружества, которые расположены в Средней Азии, импичмент практически невозможен в силу национальной обусловленности. Здесь всегда отношение к своим правителям носило характер почитания и восхваления. Тем более, как было уже отмечено, Конституция Республики Узбекистан не предусматривает отрешение главы государства от должности.

Одним из средств политической ответственности выступает институт отзыва депутатов парламента. В современном законодательстве России

подобный инструмент ответственности депутатов отсутствует, хотя в советское время он применялся. Возможность потерять депутатский мандат дисциплинировала народных избранников, налагала на них определенные обязательства перед народом. Депутаты представительных органов государственной власти всех уровней были связаны наказами избирателей и могли быть отозваны избирателями. Теперь в Российской Федерации и большинстве зарубежных стран Содружества Независимых Государств признается свободный депутатский мандат. Депутат ответственен не перед избирателями, а перед законом и своей совестью.

В ряде стран Содружества институт отзыва депутата сохраняется. Так ч. 5 ст. 56 Конституции Кыргызстана 1993 года гласит: «Депутат Законодательного собрания или Собрания народных представителей, не оправдавший доверия избирателей, может быть отозван по решению большинства избирателей в порядке, установленном законом»<sup>5</sup>.

В Грузии допускается досрочное прекращение полномочий члена Парламента, если он по неуважительным причинам не участвовал в работе Парламента более четырех месяцев (п. е ч. 2 ст. 54 Конституции Грузии 1995 года)<sup>6</sup>. Решение о прекращении депутатских полномочий оформляется постановлением парламента. Однако при этом член Парламента Грузии пользуется свободным мандатом и его отзыв не допускается<sup>7</sup>.

Возродить институт отзыва депутатов в России сейчас не удастся, а это один из признаков слабости законодательной власти и ответ на вопрос о причинах низкой явки избирателей на выборы, отмечает И.А. Иванников<sup>8</sup>.

А.И. Бастрыкин – глава Следственного комитета – предложил упростить порядок привлечения к ответственности лиц с особым правовым статусом. В главу 52 Уголовно-процессуального кодекса РФ необходимо внести поправки, касающиеся процедуры согласования при привлечении к уголовной ответственности должностных лиц, обладающих иммунитетом. Такая процедура и лишение их полномочий могут применяться только в том случае, если преступления совершены должностными лицами в связи с ис-

полнением возложенных на них полномочий. В таком случае государство обязано обеспечить им правовую гарантию от возможного незаконного уголовного преследования за исполнение служебных полномочий и обязанностей. В других случаях за совершение преступлений они должны нести ответственность на общих основаниях. Такой подход будет соответствовать конституционному принципу равенства всех перед законом. Пока чаще срабатывает принцип солидарности. С июля 2007 года до сентября 2010 года Государственной Думой не рассматривалось представление Генпрокурора о привлечении к уголовной ответственности депутата Р.Г. Шайхутдинова. Несмотря на неоднократные письменные обращения в Государственную Думу РФ Следственного комитета, публичные обсуждения в средствах массовой информации, проблема не была разрешена до истечения срока давности привлечения к уголовной ответственности, депутат избежал наказания за хищение государственных средств в особо крупном размере. С такой же проблемой общество сталкивается при привлечении к уголовной ответственности судей<sup>9</sup>.

В практике зарубежных государств такой подход уже используется. В мае 2009 года сотрудники полиции Парагвая были вынуждены оштрафовать Президента Фернандо Луго за нарушение правил дорожного движения. Находясь за рулем своего автомобиля, Фернандо Луго совершил обгон в неположенном месте, к тому же его водительское удостоверение оказалось просроченным. В марте 2008 года похожий случай произошел с президентом Румынии Траяном Бэеску. Находясь за рулем автомобиля на пути в свою резиденцию он врезался в резко затормозившую попутную машину. Президента признали виновником ДТП и оштрафовали за несоблюдение дистанции<sup>10</sup>. Таким образом, президент, как гражданин своего государства, соблюдает такие же требования, что и остальные граждане, не возвышаясь над ними.

Конституция РФ 1993 г. не предусматривает применения мер конституционной ответственности ни к Верховному Суду РФ, ни к Высшему

Арбитражному Суду РФ, ни к Конституционному Суду РФ. Следовательно, необходимо увеличивать количество субъектов государственной власти, которых можно привлекать к юридической ответственности.

Юридическая ответственность власти проявляется в принятии законов, ограничивающих властные полномочия, а также в установлении мер наказания за их нарушение.

Конституция Французской Республики 1958 г. содержит раздел, закрепляющий уголовную ответственность членов Правительства<sup>11</sup>. Члены Правительства несут ответственность за действия, совершенные ими при исполнении своих обязанностей, квалифицируемые в момент их совершения как преступления или деликты. Они подлежат суду Палаты правосудия Республики. Палата правосудия Республики выносит свои решения в соответствии с законодательством, устанавливающим наказание за совершенные преступления и деликты. Любое лицо, пострадавшее от преступления или деликта, совершенного членом Правительства при осуществлении им своих обязанностей, может обратиться с ходатайством в комиссию по жалобам.

Эта комиссия принимает решение либо о возбуждении судебной процедуры, либо передает жалобу Генеральному прокурору при Кассационном суде для последующего представления дела на рассмотрение в Палату правосудия Республики.

Генеральный прокурор при Кассационном суде может также официально обратиться по поводу соответствующего заключения комиссии по жалобам в Палату правосудия Республики.

Закрепление возможности привлечения членов Правительства к уголовной ответственности на уровне Конституции показывает решительность государства карать представителей власти за нарушение ими норм права так же, как и граждан, совершивших правонарушение.

Постепенно ситуация в сфере ответственности должностных лиц в Российской Федерации изменяется в сторону расширения круга норм,

предусматривающих меры ответственности за злоупотребление должностными полномочиями, коррупцию, нарушение сроков и качества предоставления государственных услуг. Многие из таких норм, существующих в российском законодательстве, до недавнего времени были фиктивными, но сейчас используются активнее. Однако без поддержки общества в этой работе правоохранительным органам не удастся эффективно противодействовать коррупции. Пока граждане будут мириться с поборами и покорно платить взяточникам дань, коррупция будет существовать. Необходимо делать факты получения взяток чиновниками публичными, рассказывать о мздоимцах, показывать их на экране и сообщать о тех мерах, которые ждут чиновника в случае нарушения закона.

Для совершенствования власти в России необходимо вводить более эффективные виды наказания, такие как увеличение размеров административных штрафов, кратковременная, длительная или пожизненная дисквалификация должностных лиц на основании судебного решения, конфискация имущества, законное происхождение которого не может быть подтверждено уровнем дохода его владельца. Для этого необходимо принять законы, корректирующие правовое положение различных категорий должностных лиц с точки зрения конкретизации их обязанностей и мер ответственности.

---

<sup>1</sup> Цит. по: Вавилин Е. В., Бабаков В. А. Гражданско-правовая ответственность государства: постановка проблемы // Вестник СГАП. – 2010. - № 5. – С. 79.

<sup>2</sup> Послание Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2008. 6 ноября.

<sup>3</sup> См.: Малько А.В. Конституционная политика как особая разновидность правовой политики // Конституционное и муниципальное право. - 2010. - № 4. - С. 2.

<sup>4</sup> Конституция Республики Молдова 1994 г., ст. 89 / Конституции стран СНГ и Балтии: Учебное пособие / Сост. Г. Н. Андреева – М.: Юристъ, 1999. – С. 315.

<sup>5</sup> Конституция Кыргызской Республики 1993 г. / Конституции стран СНГ и Балтии: Учебное пособие / Сост. Г. Н. Андреева – М.: Юристъ, 1999. – С. 268.

<sup>6</sup> Конституция Грузии 1995 г. / Конституции стран СНГ и Балтии: Учебное пособие / Сост. Г.Н. Андреева – М.: Юристъ, 1999. – С. 178.

<sup>7</sup> Там же. Ч. 1 ст. 52.

<sup>8</sup> Иванников И.А. Государственная власть в России: проблемы гуманизации. – Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. Ун-та, 2006. – С. 144.



---

<sup>9</sup> См. об этом: Ямшанов Б. Чиновников пустят в расход // Российская газета. 2010. 9 сентября.; Ямшанов Б. Неприкасаемым предъявят счет // Российская газета. 2010. 11 ноября.

<sup>10</sup> См.: Юрьева Д. Президенту выписали штраф // Российская газета. 2009. 22 мая.

<sup>11</sup> Конституция Французской Республики 1958 г.

//<http://lawers-ssu.narod.ru/subjects/constzs/france.htm#00.12.00.00.00.00.00.00>

## **МАНИПУЛИРОВАНИЕ СОЗНАНИЕМ ЧЕЛОВЕКА В СМИ**

***ИЛЬЮТЮК С.В.,***

*к.п.н., доцент кафедры иностранных языков,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА имени О.Е. Кутафина*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8(3532)72-22-22,*

*kafedra\_english@mail.ru*

***Ключевые слова:*** *манипулирование, манипуляция, манипулятор, манипулятивное воздействие, мишень воздействия, приемы манипулирования.*

*Статья посвящена проблеме манипулирования личностью в средствах массовой информации. Автором рассматривается феномен манипуляции, определяются мишени воздействия, уточняются основные приемы манипулирования сознанием людей в средствах массовой информации.*

***Key words:*** *manipulating, manipulation, manipulator, manipulating impact, a target of the impact, means of manipulation.*

*The article is devoted to the problem of manipulating a person via mass media. The author deals with the phenomenon of manipulation, defines the targets*

*of the impact, specifies the main means and methods of manipulating people's ideas in mass media.*

Манипулирование личностью, использование различных средств и технологий информационно-психологического воздействия на людей стало достаточно обычным явлением в повседневной жизни, в экономике, политике, средствах массовой информации.

Явление манипуляции изучается психологами, лингвистами, психолингвистами и учеными из других областей науки. Манипуляция - это распространённая форма межличностного общения, предполагающая воздействие на партнёра по общению с целью достижения своих скрытых намерений. В процессе манипуляции могут преследоваться совершенно разные цели. Главной же задачей манипулятора является заставить людей совершать выгодные ему действия или принять выгодную ему сторону.

Само слово «манипуляция» имеет корнем латинское слово *manus* - рука (*manipulus* - пригоршня, горсть, от *manus* и *pie* -наполнять). Оксфордский словарь английского языка трактует манипуляцию как акт влияния на людей или управления ими с ловкостью, особенно с пренебрежительным подтекстом, как скрытое управление или обработка. В толковом словаре В. Даля манипуляции дается следующее определение – «звать пальцем, звать лестью, обнадеживать, обещать». Метафора манипуляции складывалась постепенно. Психологи считают, что важным этапом в ее развитии было обозначение этим словом фокусников, работающих без сложных приспособлений, руками («фокусник-манипулятор»). Принципы таинственности, ловкости и обмана прочно связаны с данным термином. Именно когда все эти принципы вошли в технологию управления поведением людей, возникла метафора манипуляции в ее современном смысле - как программирование мнений и устремлений масс, их настроений и даже психического состояния с целью обеспечить

такое их поведение, которое нужно тем, кто владеет средствами манипуляции.

Если выписать те определения, которые дают авторитетные зарубежные исследователи явления манипуляции, то можно выделить главные признаки манипуляции. Во-первых, это - вид духовного, психологического воздействия (а не физическое насилие или угроза насилия). Мишенью действий манипулятора является дух, психические структуры человеческой личности. Одной из первых книг, прямо посвященных манипуляции сознанием, была книга социолога из ФРГ Герберта Франке «Манипулируемый человек» (1964). Он дает такое определение: «Под манипулированием в большинстве случаев следует понимать психическое воздействие, которое производится тайно, а следовательно, и в ущерб тем лицам, на которых оно направлено. Простейшим примером тому может служить реклама».

Во-вторых, манипуляция - это скрытое воздействие, факт которого не должен быть замечен объектом манипуляции. Когда попытка манипуляции вскрывается и разоблачение становится достаточно широко известным, акция обычно свертывается, поскольку раскрытый факт такой попытки наносит манипулятору значительный ущерб. Еще более тщательно скрывается главная цель - так, чтобы даже разоблачение самого факта попытки манипуляции не привело к выяснению дальних намерений. Поэтому сокрытие, утаивание информации - обязательный признак, хотя некоторые приемы манипуляции включают в себя «предельное самораскрытие», игру в искренность. В-третьих, это воздействие, которое требует значительного мастерства и знаний. Если речь идет об общественном сознании, о политике, хотя бы местного масштаба, то, как правило, к разработке акции привлекаются специалисты или хотя бы специальные знания, почерпнутые из литературы или инструкций. Поскольку манипуляция общественным сознанием стала технологией, появились профессиональные работники,

владеющие этой технологией (или ее частями). Возникла система подготовки кадров, научные учреждения, научная и научно-популярная литература.

Еще один важный, хотя и не столь очевидный признак: к людям, сознанием которых манипулируют, относятся не как к личностям, а как к объектам. Всякая манипуляция сознанием есть взаимодействие. Жертвой манипуляции человек может стать лишь в том случае, если он выступает как ее соавтор, соучастник. Манипуляция состоялась, если человек под воздействием полученных сигналов перестраивает свои воззрения, мнения, настроения, цели, и начинает действовать по новой программе.

Таким образом, в качестве основных структурных элементов схемы описания рассматриваемого процесса выступает с одной стороны - сам манипулятор, субъект манипуляции или актор воздействия, а с другой человек, на которого оно направлено - объект манипуляции или адресат воздействия.

Процесс манипулятивного воздействия может осуществляться непосредственно манипулятором, но бывают ситуации, когда он выступает инициатором и организатором сложной психологической манипуляции, в которой использует других лиц для достижения своих целей (например, применение метода «привлечение третьих сил»).

Процесс манипулирования может быть растянут во времени и представлять многошаговую поэтапную процедуру оказания манипулятивного воздействия на человека. Он может быть относительно простым, включающим «одноактный» период общения с использованием одного или нескольких приемов манипулятивного воздействия, или структурно достаточно сложным, то есть включать комплекс (систему) разнообразных приемов манипулятивного воздействия, действие которых направлено на различные психологические структуры личности и задействующие различные психологические механизмы с поэтапной реализацией в определенные периоды времени и в различных ситуациях взаимодействия.

В соответствии со своими намерениями и представлением о людях манипулятор более или менее отчетливо представляет, какого рода воздействие потребуется в том или ином случае. Каждое такое воздействие предполагает некоторые изменения адресата, соответствующие интересам манипулятора. Все изменения имеют определенную локализацию в психическом мире адресата. Эта определенность схватывается понятием мишеней воздействия.

Манипуляторы эксплуатируют такие влечения, которые должны действовать безотказно: потребность в безопасности, в пище, в чувстве общности и т.п. Более «продвинутые» способы манипулирования предполагают предварительное «изготовление» мнений или желаний, закрепление их в массовом сознании и в представлениях отдельного человека, с тем, чтобы можно было к ним затем адресоваться.

Под мишенями воздействия понимаются как отдельные люди, их объединения, социальные группы, население и даже страны - объекты психологических операции.

При рассмотрении межличностных манипуляций в качестве мишеней в настоящее время выделяются личностные структуры, определенные психические образования человека. Обобщая имеющиеся данные по этой проблеме в качестве рабочей классификации мишеней манипулятивного воздействия на личность можно использовать следующие пять групп психических образований человека:

1) Побудители активности человека: потребности, интересы, склонности.

2) Регуляторы активности человека: групповые нормы, самооценка (в т.ч. чувство собственного достоинства, самоуважение, гордость), субъективные отношения, мировоззрение, убеждения, верования, смысловые, целевые, операциональные установки и т.д.

3) Когнитивные (информационные) структуры (в т.ч., информационно-ориентировочная основа поведения человека в целом) -

знания об окружающем мире, людях и другие разнообразные сведения, которые являются информационным обеспечением активности человека.

4) Операциональный состав деятельности: способ мышления, стиль поведения и общения, привычки, умения, навыки и т.п.

5) Психические состояния: фоновые, функциональные, эмоциональные.

Понятие мишеней выполняет эвристическую роль, позволяя выдвинуть предположение о том, каким образом происходит подбор средств психологического влияния, адекватных поставленным целям. По-видимому, представление инициатора воздействия о том, чего бы он хотел достичь, переводится на язык представлений о том, какое поведение (состояние, мнение и пр.) адресата может привести его к намеченной цели. И чем точнее эти представления, тем успешнее оказывается его влияние. Далее, исходя из своей — как правило, неосознаваемой, имплицитной — теории личности и из знаний о конкретном адресате, манипулятор определяется (пусть и неосознанно) с мишенями воздействия. Последние затем выступают в роли подсказки о том, какие средства воздействия могут быть использованы в конкретном случае.

Каждый вид мишеней предполагает использование релевантных им техник воздействия. Это кажется очевидным, однако многие техники нацелены на столь широкий набор мишеней, что однозначное соотнесение их с теми или иными видами мишеней оказывается весьма затруднительным.

Однако то, что невозможно в научной классификации, с большим или меньшим, но все же успехом, удается практически каждому человеку еще с детства. По общему механизму формирования и закрепления привычек, установок и черт характера происходит создание эмпирических классификаций, связывающих задачи с соответствующими им средствами решения. Как правило, при этом используется несколько простых оснований, которые как раз и могут формулироваться на языке мишеней воздействия. Относительно невысокая точность таких классификаций компенсируется, во-

первых, возможностью текущей коррекции своих действий, а во-вторых, ловкостью или искусностью в проведении конкретных приемов.

Манипулятор для достижения запланированного результата не только использует уже существующие особенности человека, но также стремится создать новые — более удобные, легко доступные или более эффективные мишени.

Речь идет об изготовлении и внедрении таких мишеней, поражение которых вызывает необходимый манипулятору эффект. Согласно классификации это означает:

1 Изготовление побудителей активности: потребностей, интересов, склонностей, идеалов — побудить, спровоцировать, направить.

2 Формирование регуляторов активности: смысловых, целевых или операциональных установок, групповых норм, самооценки — убедить, настроить, внушить и т. п.

3 Создание необходимых когнитивных структур: мировоззрения, убеждений, верований, знаний — обучить, убедить, известить, проинформировать.

4 Формирование требующегося операционального состава деятельности: способа мышления, стиля поведения, привычки, умения, навыка, квалификации — обучить, выдрессировать, отработать.

5 Приведение в определенное психическое состояние: дестабилизация, усталость, нетерпеливость, некритичность, сосредоточенность, подавленность, растерянность, нерешительность, эйфория и др.

Таким образом, при подборе мишеней воздействия манипулятор стремится найти такие структуры, «нажав» на которые можно получить уже запланированный результат. Если, по его мнению, в готовом виде таких мишеней нет, то в ряде случаев они специально изготавливаются — заблаговременно или ситуативно.

Во время общения люди вступают в контакты и осваивают физическое и психологическое пространство друг друга. Даже простое перечисление феноменов контакта дает представление о том, какие разнообразные ниточки связывают нас друг с другом. Телесные контакты варьируются от легкого поглаживания до бурных объятий, поцелуев, щипков и т.д. Контакт как телесное прикосновение трудно не заметить, его можно демонстративно игнорировать.

Выделяют зрительный и слуховой виды сенсорного контакта. Ими управлять несколько легче.

Эмоциональный контакт заключается в сопереживании, в вызывании у партнера определенных эмоций как существенных элементов ситуации. Поскольку эмоции — это свойственные каждому человеку психологические реакции на хорошее и плохое, на тревогу и радость, отчаяние и наслаждение, которые поддерживают наш интерес к миру, то для манипулятора вызывание определенных эмоций у человека является тем крючком, на который они поддевают свою жертву. Если при общении с человеком у вас очень часто возникает одна из перечисленных эмоциональных реакций, для вас это должно служить сигналом — перед вами манипулятор. Наиболее часто в качестве мишени манипулятивных воздействий используются такие человеческие чувства как, страх, гордость, тщеславие, лесть, обида, вина, стыд, зависть.

Первая и наиболее сильная эмоция, используемая манипуляторами, — это страх. Источником страха является предвидение страданий, против которого имеющаяся защита неэффективна, невозможно не убежать, не ослабить страдание; осознание того, что привычные средства защиты неэффективны. Заражение страхом может происходить эмфатическим путем, когда боятся твои близкие или значимые другие; если боятся очень многие, кто рядом, то страх возникает, хотя его раньше и не было; предвидение потери радости или наслаждения тоже приводит к страху. Различные градации страха человека выражаются по-разному: ужасом, паникой,



боязнью, тревожностью, боязливым ожиданием, запуганностью, забитостью. Когда человек охвачен эмоцией страха, его мысли сводятся только к одной цели — найти выход из устрашающего положения. Этим и пользуется манипулятор, чтобы направить поведение человека в сторону источника страха, который им же и вызывается.

Страх является нормальной оборонительной реакцией человека. И у взрослых, и у детей есть страх перед неизвестным, перед новым. Это позволяет человеку выживать в сложном изменяющемся мире. Однако манипулятор искусственно запугивает человека, направляет его поведение в выгодное для себя русло.

Страх является едва ли не главным чувством, которое шире всего эксплуатируется в манипуляции сознанием. Есть даже такая формула: «общество, подверженное влиянию неадекватного страха, утрачивает общий разум». Поскольку страх - фундаментальный фактор, определяющий поведение человека, он всегда используется как инструмент управления. Видимо поэтому мишень «страх» является одной из основных мишеней воздействия на людей через средства массовой информации. Многочисленные сообщения о террористических актах, стихийных бедствиях, межгосударственных конфликтах нагнетают обстановку страха и паники. Профессор Мичиганского университета В. Э. Шляпентох пишет: «Страх за свою жизнь влияет на многие решения людей - обстоятельство, практически неизвестное в 1960-1980 годах... Судьи боятся, и не без основания, обвиняемых, налоговые инспекторы - своих подопечных, а милиционеры - преступников. Водители смертельно боятся даже случайно ударить другой автомобиль, ибо «жертва» может потребовать компенсации, равной стоимости новой машины или квартиры». Эти страхи и создают основу для искусственного превращения их в страх шизофренический с целью создания благоприятной обстановки для манипуляции массовым сознанием для достижения различного рода целей.

Именно поэтому СМИ так часто используют прием «создание угрозы», воздействующий на эмоции массовой аудитории. Его главная задача — любым способом заставить нас бояться. Деморализованные и запуганные люди делают или хотя бы одобряют действия, которые этим людям вовсе не выгодны. Чаще всего технология следующая. Иллюзорная или реально существующая опасность какого-либо явления (например, терроризма) многократно усиливается и доводится до абсурда. СМИ устраивают истерию по поводу очередной «глобальной угрозы», вызывая у людей массовый страх с целью создания благоприятной обстановки для манипуляции массовым сознанием — прежде всего, в политических целях.

Под прикрытием очередной страшной угрозы (будь-то Усама Бен-Ладен, антиглобалисты или летящий в космосе астероид, грозящий столкнуться с Землей) властям очень удобно отвлекать внимание общественности от актуальных политических проблем. Виртуальный мир (например, война в Чечне или Афганистане), созданный СМИ, становится обывателю гораздо ближе и важнее, чем безработица или коррупция правящей верхушки в собственной стране.

Еще это — эффективное средство аккумулировать негативную энергию общественного недовольства и переключать ее на выгодные цели.

«Patriotism versus terrorism» (Патриотизм против терроризма) — самый популярный пропагандистский лозунг в США после терактов в Нью-Йорке 11 сентября 2001 года. Страх терроризма, психологический шок после терактов и последовавший за ним взрыв патриотических чувств американцев, были активно использованы для внедрения в массовое сознание «образа врага». При этом объектами практического «приложения» патриотизма стали не только непосредственные виновники терактов, но и все неудобные для Соединенных Штатов политические режимы. Нынешние «антитеррористические операции» нередко направляются против региональных движений, которые выступают против засилья

транснациональных корпораций или отвергают принцип мировой гегемонии США.

При этом людей постоянно загоняют в зауженное восприятие. Предлагается простые ярлыки и бесхитростные формулы. Например, достаточно произнести заклинание — «борьба с терроризмом» — и уже ничего не нужно анализировать, объяснять народу. Все становится понятным «само собой». Совершенно бессмысленное словосочетание «международный терроризм» сегодня стало универсальным аргументом, своеобразной индульгенцией, с помощью которой «благословляются» любые политические разбирательства. Кто контроль над нефтяными месторождениями устанавливает, кто утихомиривает мятежные провинции, кто под шумок разделяется со своими политическими противниками... Разумеется, все под лозунгом «борьбы с международным терроризмом».

Средствами массовой информации используются различные приемы манипулирования сознанием людей. Отметим главные из них.

*Фабрикация фактов (прямая ложь).* Часто говорят, что пресса не использует прямой лжи - это и дорого, и опасно. Искажение реальности достигается через процесс кумуляции мелких отклонений, происходящих всегда в одном и том же направлении, чем решительных, бросающихся в глаза действий. Подчеркивается также, что малые сдвиги, приводящие к «поляризации» потока сообщений, должны быть ниже порога семантической восприимчивости среднего получателя (то есть, в среднем должны не замечаться).

На деле следуют установке: «Не лги, если есть угроза разоблачения». А когда разоблачение затруднено недоступностью информации или обходится слишком дорого, пресса лжет. Особенно легко лгать, опираясь на заложенный в подсознание стереотип. Основные методы фабрикаций фактов были отработаны уже в ведомстве Геббельса. Они были во многом новаторскими и ставили в тупик западных специалистов. Так, фашисты ввели

прием подстраховки ложных сообщений правдивыми, даже очень для них неприятными. В такой «упаковке» ложь проходила безотказно.

Успех манипуляции зависит от того, насколько полно удалось изолировать адресата от постороннего влияния. Идеальной ситуацией для этого была бы тотальность воздействия - полное отсутствие неконтролируемых источников информации. Поэтому перестройка в СССР стала беспрецедентной по эффективности программой манипуляции - все средства массовой информации были в руках одного центра и подчинялись единой программе.

Сложность в том, чтобы создать у адресата иллюзию независимости, иллюзию плюрализма каналов информации. Для этого создается видимость многообразия СМИ по типу организаций, политической окраске, жанрам и стилям - при условии, что реально вся эта система подчиняется единым главным установкам. Идеальный случай - когда удается создать (точнее, допустить создание) радикальных оппозиционных источников информации, которые, однако, ограничивают свою информационную борьбу с режимом вопросами, не затрагивающими сути главных программ манипуляции. А по остальным проблемам оппозиции допускается критиковать власть.

Если изоляция адресата вдруг нарушается, то чаще всего операция по манипуляции свертывается, поскольку утрата иллюзии независимости резко усиливает психологическую защиту аудитории. Лучше смириться с потерей затраченных средств, нежели усиливать жертву - дороже обойдется при следующих попытках.

Любопытный случай разбирает Н.Хомский. В 80-е годы в США велась кампания по обвинению СССР в расстановке противопехотных мин в Афганистане (Н.Хомский приводит перечень заголовков статей в крупнейших газетах и официальные заявления США). Выводя войска из Афганистана, советское командование передало правительству Наджибуллы карты минных полей, а Наджибулла предоставил их во все районы страны. В связи с этим некоторые политики призывали умерить пыл газетной

кампании, поскольку позиция СССР и Наджибуллы «могла дать им преимущества в пропаганде». Никаких преимуществ не дала, поскольку ни одна газета об этом не сообщила. Кампания была свернута по другой причине. В 1989 г. группа бывших морских пехотинцев США поехала во Вьетнам помочь снять мины, которые они сами ставили 20 лет назад. Вернувшись, они сделали резкое заявление о том, что до сих пор во Вьетнаме гибнет от мин много людей, а США отказываются предоставить карты минных полей. Через четырнадцать лет после окончания войны! Это - пример неожиданного сообщения, после которого надо без комментариев прекращать акцию.

*Отбор событий для сообщений.* Условие эффективной манипуляции - контроль над «информационным рационом» человека. Хорошо построенной системой СМИ является такая, что при изобилии изданий и передач, разнообразии «позиций» и стилей она создает и использует одни и те же стереотипы и внушает один и тот же набор желаний. Различие взглядов конструируется - разрешается быть и буржуазным консерватором, и анархистом, но при условии, что структура мышления у них одинакова.

Над мнениями господствует тот, кто определяет структуру потока информации, кто отбирает «факты» и «проблемы», превращая их в сообщения. Кто задал тот вопрос, который якобы волнует общество? Действительно ли важен этот вопрос на фоне других вопросов? Почему он задан именно так, а не иначе? СМИ не оставляют места для диалога, их хозяин мог бы заявить, как следователь: «Вопросы здесь задаю я!».

Изъятия фактов и проблем из реальности чудовищны по своим масштабам. Например, в западных СМИ практически отсутствует серьезная информация об Азии. Из Китая, Индии и даже Японии поступают сообщения лишь экзотические (лунный Новый год, каратэ, китайская кухня), либо отвратительные (секс-туризм, проказа, мафия), либо возбуждающе-политические (терроризм, религиозное насилие, публичные казни торговцев наркотиками).

Часто пишут об одном из важнейших журналов США - «National Geographic». В отношении печати, фотографий, литературной обработки этот журнал достиг совершенства. Он, будучи почти научным журналом, завоевал массовую аудиторию (тираж около 5 млн. экземпляров, около 17 млн. читателей), весь культурный слой США в какой-то период жизни проходит через чтение этого журнала, журнал готовит и множество популярных телевизионных передач. В то же время это - одно из наиболее идеологизированных изданий, в его опекунский совет входят влиятельные члены правящих семейств США. Как же он формирует американский взгляд на мир? Вот его принцип, сформулированный редактором, который был на этом посту 55 лет: «Журнал освещает лишь благоприятные аспекты жизни какой-либо страны или народа». Только благоприятные! Как написал американский историк этого журнала, «читатель, полагающийся исключительно на «Geographic», получит такое же представление об окружающем мире, какое имела Мария-Антуанетта в своих апартаментах в Версале».

Н.Хомский провел очень большую работу по количественному анализу отражения важных событий и проблем в информационном потоке американских СМИ (эти данные с подробнейшими таблицами собраны в несколько книг). Красноречивым опытом стало практически полное замалчивание западными СМИ массовых убийств на Восточном Тиморе, захваченном Индонезией после прихода к власти Сухарто (по словам Н.Хомского, в пропорции к населению это были наиболее крупномасштабные убийства после Холокоста). Захват В.Тимора был произведен с согласия и при участии США, и замалчивание этой выдающейся по своей жестокости акции было настолько полным, что в мире о ней почти ничего не знают. Н.Хомский делает общий вывод: «Фундаментальный принцип, который очень редко нарушается, заключается в том, что те факты, которые противоречат интересам и привилегиям власти, не существуют».

Стремясь достичь научной строгости, Н.Хомский находит количественную зависимость между числом и величиной сообщений и политическим интересом тех сил, что контролируют СМИ. Для этого он берет сходные случаи (проблемы). Так, он подробно изучает область «политические убийства религиозных деятелей» и сравнивает уровень отражения каждого случая в центральных американских газетах и на телевидении. За стандарт он берет убийство 19 октября 1984 г. священника Д. Попелюшко в Польше (убийцы были судимы, мотивы убийства не вполне ясны, но пресса США их посчитала политическими). Этому убийству было посвящено 78 статей в газете «Нью Йорк Таймс» и 46 передач новостей главной компании телевидения США. По сравнению с информационным покрытием убийства Попелюшко самые громкие убийства 100 религиозных деятелей от рук контролируемых США правых организаций и спецслужб Латинской Америки дают около половины информационного потока. То есть «информационная важность» убийства священника в Польше примерно в 140 раз выше «ценности» аналогичного случая в зоне влияния США.

Еще поразительнее этот контраст, если ввести качественные характеристики. В Сальвадоре были убиты сразу 4 монахини - гражданки США. Казалось бы, это должно было потрясти страну. Но пресса уделила им 17% объема, уделенного убийству Попелюшко. Более того, в Сальвадоре был убит архиепископ Оскар Ромеро, прямо во время воскресной службы в кафедральном соборе столицы. Информационное покрытие в США составило около 1/5 от освещения смерти Попелюшко.

Помимо замалчивания «ненужной» информации и создания таким образом «виртуальной» реальности вместо отражения действительности, СМИ широко используют принцип демократии шума - потопление сообщения, которого невозможно избежать, в хаотическом потоке бессмысленной, пустопорожней информации.

Во второй половине XX века СМИ стали использовать технологии психологической войны (ранее начало психологической войны

рассматривалось как признак перехода от состояния мира к войне). Психологическая война «действует в направлении разрыва уз традиционного социального порядка». То есть, как вид воздействия на сознание психологическая война направлена прежде всего на разрушение тех связей, которые соединяют людей в данное общество как сложную иерархически построенную систему. Атомизация людей - вот предельная цель психологической войны. Если мы представляли, например, советское общество в виде системы с разными типами связей между людьми, группами, общественными институтами, то в каждой передаче «Голоса Америки» было бы легко видеть, какой тип связей является ее мишенью. В другом руководстве говорится, что цель такой войны - «подрыв политической и социальной структуры страны-объекта до такой степени деградации национального сознания, что государство становится не способным к сопротивлению».

Технологии серой и черной пропаганды вошли в обыденную практику СМИ и внутри собственных стран. До этого такие приемы применялись время от времени и были неким отклонением от профессиональной этики. Шире всего применяются в СМИ, конечно, приемы серой пропаганды - «информация из первых рук». Ради них СМИ долго боролись и добились законного права «не раскрывать источник информации». Не просто обычными, но господствующими стали ссылки на «высокопоставленного чиновника из кругов, близких к..., который пожелал остаться неизвестным». Таким образом, источник не идентифицируется, и никакой ответственности СМИ за ложное сообщение не несут.

*Большие психозы.* Главная функция СМИ в гражданском обществе состоит в превращении граждан в огромную, но не собранную в одном месте толпу - через массовую культуру и единый поток информации, которые «отливают умы в единообразные, стандартные формы и обеспечивают каждой человеческой единице соответствие заданной модели». Уже А.Граммши отметил, что «стандартизация образа мысли и действия достигает



национального или даже континентального размаха». В этом он видел кризис гражданского общества, выход из которого был, по его мнению, возможен лишь через борьбу снизу за гегемонию здравого смысла.

Средний обыватель верит нелепым утверждениям, хотя здравый смысл по меньшей мере заставил бы его усомниться. Континентального (а теперь уже и межконтинентального) размаха «толпообразующее» действие СМИ приобретает потому, что они образуют единую сеть, которой действительно покрывают всю массу людей, не имеющих ни времени, ни навыков для критического восприятия сообщений.

Существуют случаи спонтанного возникновения в СМИ лавинообразных процессов психоза. Но нередко такие процесс запускаются целенаправленно, и потом стоит многих усилий их блокировать. Одним из крупных психозов, созданных СМИ, является паника в связи с болезнью «бешенства коров» в Англии. Суть была в том, что вдруг в прессе валом пошли статьи об эпидемии болезни коров, которая заразна для людей (при этом разрушается ткань головного мозга). В Великобритании от этой болезни умерло 10 человек, в газетах были опубликованы их биографии, вплоть до описания мясных блюд, которые они ели. Под давлением психоза ЕЭС приговорило Англию к беспрецедентному наказанию - немедленно уничтожить всех коров в возрасте свыше трех лет и сжечь их трупы. Разумеется, был наложен запрет на экспорт мяса и т.д. Если бы эти санкции были реально выполнены, результатом была бы катастрофа английской экономики. Психоз расширялся, возникли фирмы по проектированию и строительству коровьих крематориев. Срочно сжечь миллионы туш – большая техническая проблема.

Миф «бешенства коров» был создан средствами серой пропаганды. Установить его истоки по выступлениям прессы и телевидения было невозможно. Сначала ссылались на научную статью в известном журнале «Lancet», но ученые тут же открестились, а опубликованные в газетах выдержки из этой статьи никаких оснований для паники не давали - в ней

лишь предполагалась возможность связи между болезнями коров и людей. Но ведь и коровы могли заражаться от людей, а не наоборот. Да и вообще, 10 умерших за все время с момента открытия болезни - величина абсолютно ничтожная, таких странных болезней множество. Когда паника захлестнула Европу, и люди перестали покупать говядину, в прессу стали просачиваться очень осторожные отрезвляющие сведения. Оказывается, в Испании от этой болезни умерло 53 человека, в Швейцарии еще больше. Но никто в ЕЭС не пытался поставить вопрос о санкциях против Испании или Швейцарии - и в то же время никакие просьбы Англии о помиловании не действовали. Проблема была снята из СМИ какой-то новой сенсацией, так что о «бешенстве коров» все просто забыли. Никто уже не помнит, чем кончился этот скандал - о нем в СМИ больше не было ни одного сообщения. Как сняли с Англии санкции, на каком основании, никто не знает и не интересуется. Чудесным образом исчезли крематории и фирмы, которые их собирались строить. Люди переключились на другой «спектакль».

*Манипулятивная семантика: изменение смысла слов и понятий.* Язык как система понятий, слов (имен), в которых человек воспринимает мир и общество, стало в гражданском обществе главным средством подчинения. «Мы рабы слов», - сказал Маркс, а потом это буквально повторил Ницше. «Упадок языка, о котором в последнее время так много и порядком уже запоздало говорят, есть, однако, не причина, а уже следствие того, что язык под господством новоевропейской метафизики субъективности почти неудержимо выпадает из своей стихии. Язык поддается нашей голой воле и активности и служит орудием нашего господства над сущим».

Разновидностью лжи в прессе является «конструирование» сообщения из обрывков высказывания. При этом меняется контекст, и из тех же слов создается совершенно иной смысл. Отдельные «крупички» сообщения вроде бы ложью не являются, но то целое, что слепил из них репортер или редактор, может не иметь с действительностью ничего общего. У самих газетчиков есть такая шутка. «Как вы относитесь к домам

терпимости?» - спросили папу римского, прибывшего в одну из стран. «А разве они у вас есть?» - ответил папа римский. Назавтра в газетах появилось экстренное сообщение: «Первое, что спросил папа, ступив на нашу землю: есть ли у нас дома терпимости?».

Огромная работа по созданию специального языка для сообщений прессы была проведена в США во время войны во Вьетнаме. Были составлены целые словари (тезаурусы) для обозначения тех или иных явлений и действий, которые производили на читателя нужное впечатление (в лингвистических трудах перечисляются и принципы подбора слов). Ряд исследователей считают, что был искусственно разработан «субъязык», который получил название вьетлийского (Vietlish, Vietnam English). Так, с 1965 г. военные действия во Вьетнаме назывались в прессе «программа умиротворения». Это слово настолько вошло в обиход, что в газетах можно было прочесть такое сообщение: «Одна деревня так упорно сопротивлялась умиротворению, что, в конце концов, ее пришлось разрушить».

Создание искусственного языка идет по двум направлениям. Ищется приемлемое по денотации слово. То есть, выбираются слова, в денотации (диапазоне смыслов которого) имеется и такая, что может быть притянута к обозначению данного явления. Пусть даже это один из многих смыслов слова, но его использование не является прямой ложью. Второе воздействие слова - коннотация, то есть те ассоциации, которые пробуждает произнесение или прочтение слова. Так, важное место в пропаганде занимало слово «сдержанность». Сдержанный человек... Не скажешь ведь, что США во Вьетнаме проявили миролюбие или гуманность - это было бы прямой ложью. Сдержанность... Ведь ядерного оружия не применили! Так, в 1972 г. в обращении к нации президент Никсон заявил: «В течение всей войны США проявляли беспрецедентную в военных анналах степень сдержанности». Тут он, впрочем, переборщил, что и вызвало в США саркастические комментарии. Лингвисты пишут, что во время вьетнамской войны были разработаны методы построения сложных политических эвфемизмов. Это

уже не отдельные слова и понятия, а большие языковые конструкции с точно измеренными эффектами воздействия на сознание.

Из языка были исключены все слова, вызывающие отрицательные ассоциации. Так, 19 июля 1971 г. руководитель «Операции Феникс» И. Колби сообщил, что суть операции состояла в организации покушений на нежелательных общественных деятелей Южного Вьетнама и что к тому моменту было ликвидировано 20 587 таких деятелей. Мертвые зоны, в которых диоксинами была уничтожена растительность, назывались «санитарными кордонами», напалм - «мягким зарядом», самые обычные концлагеря - «стратегическими селениями» и т.д. Были наложены и строго соблюдались табу на использование огромного количества нормальных слов. Президент Американского лингвистического общества Д. Болинджер заявил тогда: «Америка - это первое общество, которое добилось настоящего табу на все неприятное».

Политические эвфемизмы, маскирующие истинный смысл явлений, создаются и с помощью терминов. Это специальные слова, имеющие точный смысл, причем аудитория резко разделяется на тех, кто знает точное значение термина, и на тех, кто не знает. Но главное, что термины обладают магическим воздействием на сознание, имея на себе отпечаток авторитета науки. Красивым термином, кажется людям, нельзя назвать какую-нибудь гадость. К таким терминам относится, например, слово «эмбарго». Если средний западный демократ еще испытал некоторое неудобство от разрушительных бомбардировок Ирака в качестве «наказания», то установленное в августе 1990 г. тотальное эмбарго на торговлю с Ираком не вызвало абсолютно никакого возражения. А ведь это - более многозначительный шаг, нежели бомбардировки. Говорят, в Ираке установлен тоталитарный режим, диктатура. Население там не имеет ни прав, ни навыков, ни механизмов, чтобы навязать свою волю политикам Багдада. Но если это так, то население не несет и ответственности за действия верхушки режима. И, согласно самой простой логике, наказывать иракского

крестьянина, убивая его ребенка голодом, означает брать этого крестьянина заложником и наказывать его, чтобы оказать давление на противника. Но по отношению к иракскому крестьянину это называется «механизмом международного права», эмбарго. Слово «заложник» не употребляется - табу.

Замена слов и понятий политическими эвфемизмами как целая технология приводит к тяжелой болезни общества, которую еще Фукидид назвал коррупцией языка. Будучи свидетелем упадка Афин, он оставил описание коррупции как важнейшего признака этого упадка. Среди прочих видов коррупции он особо выделил именно коррупцию языка - слова начали означать нечто противоположное тому, что они всегда означали. Разные партии стали использовать одно и то же слово в разных смыслах.

*Упрощение, стереотипизация.* Пресса (и вообще СМИ) сыграла важнейшую роль в процессе «толпообразования» в обществе. «Человек массы» был в значительной степени создан прессой. Сами СМИ быстро стали объектом изучения в социодинамике культуры, и вскоре были обнаружены и даже математически выражены связи между простотой сообщения и его восприятием. СМИ, в отличие от высокой культуры, предназначены именно для массы. Поэтому в них были установлены жесткие ограничения на сложность и оригинальность сообщений (даже на длину слов, хотя два-три заумных слова всегда допускаются в статье в качестве «приправы» - они повышают привлекательность статьи в силу «гомеопатического» эффекта). В общем, давно было сформулировано такое правило: «Сообщение всегда должно иметь уровень понятности, соответствующий коэффициенту интеллектуальности примерно на десять пунктов ниже среднего коэффициента того социального слоя, на который рассчитано сообщение».

Под этим эмпирическим правилом лежит психологическое оправдание, согласно которому человек подсознательно тяготеет к примитивным объяснениям. Концепцию упрощения выдвинул еще в начале 20-х годов У. Липпман (будущий «журналист №1» США). Он считал, что

процесс восприятия - это всего-навсего механическая подгонка еще неизвестного явления под устойчивую общую формулу (стереотип). Поэтому пресса должна произвести стандартизацию явления, ставшего объектом сообщения. При этом, по его выражению, редактор должен опираться на стереотипы и рутинные мнения и «безжалостно игнорировать тонкости». Человек должен воспринимать сообщение без усилий и безоговорочно, без внутренней борьбы и критического анализа.

*Утверждение и повторение.* Упрощение позволяет высказывать главную мысль, которую требуется внушить аудитории, в «краткой, энергичной и впечатляющей форме» - в форме утверждения. Утверждение в любой речи означает отказ от обсуждения, поскольку власть человека или идеи, которая может подвергаться обсуждению, теряет всякое правдоподобие. Это означает также просьбу к аудитории, к толпе принять идею без обсуждения такой, какой она есть, без взвешивания всех «за» и «против» и отвечать «да» не раздумывая.

Опираясь на сложившийся в мозаичной культуре тип мышления человека массы, СМИ в то же время стали важнейшим фактором укрепления этого типа мышления. Они приучали человека мыслить стереотипами и постепенно снижали интеллектуальный уровень сообщений так, что превратились в инструмент оглупления. Этому послужил главный метод закрепления нужных стереотипов в сознании - повторение.

Повторение придает утверждениям вес дополнительного убеждения и превращает их в навязчивые идеи. Слыша их вновь и вновь, в различных версиях и по самому разному поводу, в конце концов начинаешь проникаться ими. Будучи навязчивой идеей, повторение становится барьером против отличающихся или противоположных мнений. Таким образом, оно сводит к минимуму рассуждения и быстро превращает мысль в действие, на которое у массы уже сформировался условный рефлекс, как у знаменитых собак Павлова. С помощью повторения мысль отделяется от своего автора. Она превращается в очевидность, не зависящую от времени, места, личности. Она

не является более выражением человека, который говорит, но становится выражением предмета, о котором он говорит.

*Дробление и срочность.* Разделение целостной проблемы на отдельные фрагменты - так, чтобы избиратель не смог связать их воедино и осмыслить проблему - одна из особых и важных сторон упрощения. Это фундаментальный принцип мозаичной культуры. Дроблению служит множество технических приемов: статьи в газете разбиваются на части и помещаются на разных страницах, текст или телепередача разбиваются рекламой.

Г. Шиллер дает описание этой технологии: «Возьмем, например, принцип составления обычной телевизионной или радиопрограммы или компоновки первой страницы крупной ежедневной газеты. Общим для всех является полная разнородность подаваемого материала и абсолютное отрицание взаимосвязи освещаемых социальных явлений. Дискуссионные программы, преобладающие на радио и телевидении, представляют собой убедительные образцы фрагментации как формы подачи материала. Что бы ни было сказано, все полностью растворяется в последующих рекламных объявлениях, комических трюках, интимных сценах и сплетнях».

Одним из условий успешной и как бы оправданной фрагментации проблем является срочность, немедленность информации, придание ей характера незамедлительности и неотложности сообщения. Это - один из самых главных принципов американских СМИ. Считается, что нагнетаемое ощущение срочности резко усиливает их манипулятивные возможности. Ежедневное, а то и ежечасное обновление информации лишает ее какой-либо постоянной структуры. Человек просто не имеет времени, чтобы осмыслить и понять сообщения - они вытесняются другими, еще более новыми.

Ложное чувство срочности, возникающее в силу упора на немедленность, создает ощущение необычайной важности предмета информации, которое также быстро рассеивается. Соответственно ослабевает способность разграничивать информацию по степени важности. Быстро

чередующиеся сообщения об авиационных катастрофах, растратах и забастовках, сильной жаре и т.д. мешают составлению оценок и суждений. При таком положении вещей умственный процесс сортирования, который в обычных условиях способствует осмыслению информации, не в состоянии выполнять эту функцию.

*Сенсационность.* Обеспечивать фрагментацию проблем и дробить информацию так, чтобы человек никогда не получал полного, завершающего знания, позволяет использование сенсаций. Это - сообщения о событиях, которым придается столь высокая важность и уникальность, что на них концентрируется и нужное время удерживается почти все внимание публики. Под прикрытием сенсации можно или умолчать о важных событиях, которых публика не должна заметить, или прекратить скандал или психоз, который уже пора прекратить - но так, чтобы о нем не вспомнили.

Слова и формулировки являются великими генераторами мнений и верований. Внушаемость посредством слова - глубинное свойство психики, возникшее гораздо раньше, нежели способность к аналитическому мышлению. Все больше подтверждений находит теория советского ученого Б.Ф. Поршнева о том, что первоначальной функцией слова на заре человечества было его суггесторное воздействие - внушение, подчинение не через рассудок, а через чувство.

С развитием средств массовой коммуникации многократно возросла возможность воздействия посредством слова на массовое сознание. К сожалению, эту возможность используют не только для совершенствования гражданского общества, но и как желание руководителей иметь народ или население, которые вели бы себя во всех сферах жизни именно так, как выгодно, удобно и приятно именно им. Согласно Пауло Фрейре, манипуляция разумом человека «есть средство его порабощения, один из способов, с помощью которых правящие элиты пытаются подчинить массы своим целям».



Раздел второй

# **ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА**

## **ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЛ О ЛИШЕНИИ РОДИТЕЛЬСКИХ ПРАВ**

**БУЯНОВА Е.В.,**

*к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА имени О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8(3532) 72-22-77,*

*ekbuyanova@yandex.ru*

***Ключевые слова:** мера ответственности, родительские права, исковое производство, особое производство, производство по делам, возникающим из публичных правоотношений.*

*В статье исследована правовая природа одной из наиболее часто рассматриваемых судами категорий гражданских дел – дел о лишении родительских прав. Подвергнута скрупулезному анализу дискуссионная в науке гражданского процессуального права проблема видовой принадлежности производства, в рамках которого должно осуществляться рассмотрение и разрешение дел о лишении родительских прав, предложены возможные пути разрешения вопроса. Кроме того, высказано предложение о передаче данной категории дел в ведение ювенальных судов.*

**Keywords:** *Responsibility measure, the parental rights, claim manufacture, special manufacture, manufacture on the affairs arising from public legal relationship.*

*In the article the legal nature of one of categories of civil cases most often considered by courts – affairs about deprivation of the parental rights is investigated. The problem of a specific accessory of manufacture in which frameworks consideration and the permission of affairs about deprivation of the parental rights should be carried out is subjected the scrupulous analysis debatable in a science of a civil procedural right, possible ways of the permission of a question are offered. Besides, the offer on transfer of the given category of affairs in conducting family courts is stated.*

Право ребенка на воспитание является одним из его важнейших прав. Однако социальные и экономические проблемы в российском обществе на данном этапе развития существенно ослабили институт семьи, ее воздействие на воспитание детей. Поэтому проблема социального сиротства является одной из наиболее острых проблем детства. Отсутствие полноценной государственной системы поддержки семьи и стимулирования развития системы семейного воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, не способствуют решению данной проблемы. Лишение родительских прав в некоторых случаях становится единственно возможным способом обеспечить ребенку право на полноценное воспитание<sup>1</sup>.

В связи с этим дела о лишении родительских прав являются одной из самых распространенных категорий дел, рассматриваемых судами общей юрисдикции, причем из года в год количество таких дел возрастает<sup>2</sup>.

В науке семейного и гражданского процессуального права этой категории дел также справедливо уделялось и уделяется особое внимание. Обусловлено это, по большей части, тем, что лишение родительских прав в литературе по семейному праву всегда рассматривалось, прежде всего, как

мера ответственности родителей за неисполнение, ненадлежащее исполнение родительских прав<sup>3</sup>.

По убеждению Е.А. Фоминой, здесь налицо типичное правонарушение, находящее свое выражение в действиях (бездействии), наносящих вред семейному воспитанию ребенка, их перечень, приводимый в ст. 69 СК РФ, составляет основания лишения родительских прав<sup>4</sup>.

В свою очередь Ю.Ф. Беспалов указывает на то, что лишение родительских прав влечет существенное изменение родительского правоотношения, обеспечивает защиту прав и законных интересов ребенка, поскольку устраняется противоправное виновное воздействие родителей на ребенка. Лишение родительских прав следует рассматривать и в качестве способа защиты прав ребенка, понимать как меру, применяемую судом для восстановления нарушенных прав ребенка<sup>5</sup>.

В этой связи следует обратиться к исследованию вопроса о применении мер семейной ответственности в порядке гражданского судопроизводства.

Как указывает В.В. Бутнев, разработка понятия «спор об ответственности» позволит четко определить условия реализации ответственности через гражданское судопроизводство, т.е. будет способствовать повышению эффективности мер ответственности в отраслях, «обслуживаемых» гражданским процессом. Так, большое распространение в науке получило определение юридической ответственности как меры принуждения, применяемой к правонарушителю, реализации санкций правовых норм и т.п. Во всех этих случаях ответственность отождествляется с наказанием и трактуется как результат деятельности юрисдикционных органов, явление действительности. Если учесть, что субъективное право – вид и мера возможного поведения, то, естественно, понятия «спор о праве» и «спор об ответственности» никак не «стыкуются»<sup>6</sup>.

Но не все ученые-процессуалисты согласны с такой посылкой. К примеру, Н.М. Кострова делает вывод об искомом характере данной

категории дел, исходя из того факта, что родителям предоставлена «возможность защищаться против предъявленного требования, которая реализуется в исковой форме»<sup>7</sup>.

Н.Н. Тарусина считает, что в настоящее время, путем принятия СК РФ скорректированы и довольно четко дифференцированы основания исков о лишении и ограничении родительских прав. Введена особая категория истцов и ответчиков – несовершеннолетние родители. Несовершеннолетнему, достигшему возраста четырнадцати лет, предоставлено право самостоятельно защищать свои субъективные семейные права и интересы в суде, что соответствует общим началам ведущих отраслей российского права (административного, гражданского, трудового, уголовного) об альтернативах возрастной дееспособности<sup>8</sup>.

Ученые, отрицающие исковую природу дел о лишении родительских прав, приводят следующие аргументы:

*во-первых*, дела о лишении родительских прав «не типичны» для искового производства, так как возбуждаются в целях применения санкции к лицу, нарушившему свои обязанности, а не в целях восстановления нарушенного (оспоренного) права и разрешения спора о праве<sup>9</sup>;

*во-вторых*, разбирательство мало похоже на спор по поводу материального правоотношения частного характера<sup>10</sup>.

В свою очередь, Л.В. Туманова, исключая возможность рассмотрения дел о лишении родительских прав в порядке искового производства, убеждена, что требует решения вопрос о виде гражданского судопроизводства, наиболее приемлемого для дел данной категории<sup>11</sup>. Однако в процессе решения данного вопроса ученые-процессуалисты не проявляют единодушия и их воззрения на этот счет условно можно разделить на две группы.

Так, О.В. Исаенкова полагает, что эти дела можно было бы отнести к делам особого производства наряду с признанием гражданина ограниченно дееспособным, убрав соответственно отсюда институты искового

производства, в частности обеспечение иска (встречный иск и мировое соглашение здесь и так в принципе невозможны). Аналогично возможно решить вопрос и об ограничении родительских прав в порядке ст. 73 СК РФ<sup>12</sup>.

По мнению А.З. Лысовой исходя из смысла ч. 3 ст. 263 ГПК РФ именно отсутствие спора о праве позволяет выделять категорию дел, рассматриваемых по правилам особого производства. Спор о праве понимается как сопротивление, помеха осуществлению гражданского права, которые согласно закону могут быть устранены через суд. Если данную конструкцию спора о праве применять к делам о лишении родительских прав, относя их к исковому производству, то она не находит своего подтверждения. В относительном правоотношении, коим является родительское правоотношение, праву ребенка на воспитание своими родителями корреспондирует обязанность родителей надлежащим образом воспитывать детей (ч. 2 ст. 54, ч. 1 ст. 63 СК РФ). Данная обязанность не может быть выполнена принудительно в силу своей специфики, поэтому невозможна защита права ребенка таким способом. В то же время, преобразуя родительское правоотношение, суд не может защитить право ребенка на воспитание своими родителями, так как в результате лишения родительских прав родители лишаются своих прав на воспитание ребенка и далее права на общение с ним<sup>13</sup>.

Кроме того, А.З. Лысова убеждена, что, рассматривая дела о лишении родительских прав, суды в первую очередь проверяют наличие или отсутствие юридических фактов, с которыми законодатель связывает возможность применения этой семейно-правовой санкции. Судебная процедура установления юридических фактов применяется в тех случаях, когда эти факты (их существование) не представляются очевидными и требуют достаточно обширного анализа доказательств. Обращает на себя внимание и такая особенность дел о лишении родительских прав, как недостаточность признания иска ответчиком для вынесения судом решения

об удовлетворении заявленных требований в соответствии с ч. 3 ст. 173 ГПК РФ. Несмотря на то, что по исследуемой категории дел ответчики нередко признают иск, суд всегда продолжает рассмотрение дела по существу, выясняя конкретные факты нарушения прав детей со стороны родителей. В то же время признание заинтересованным лицом наличия того или иного юридического факта, который требует установить заявитель в особом производстве, не позволяет суду, не проводя рассмотрения дела по существу, вынести решение об установлении юридического факта<sup>14</sup>.

В свою очередь Л.В. Туманова указывает на то, что дела о лишении родительских прав следует относить к делам, возникающим из публичных правоотношений<sup>15</sup>.

Иногда по отношению к лишению родительских прав употребляется термин «наказание», и даже вносятся предложения отнести разрешение таких дел к уголовному судопроизводству<sup>16</sup>. В свою очередь, Е.В. Ерохина высказывает озабоченность тем, что «к родителям применяется столь суровая кара в порядке гражданского судопроизводства, в котором у них значительно меньше возможностей защитить свои права, чем в уголовном процессе. При лишении родительских прав на них не распространяется презумпция невиновности, напротив, они предполагаются виновными»<sup>17</sup>.

Однако, учитывая частно-правовой характер материальных правоотношений (а именно - семейных), спор из которых должен разрешить суд, представляется правильным отказаться от возможности рассмотрения дел о лишении родительских прав в рамках уголовного судопроизводства: такие дела должны рассматриваться судом исключительно в порядке гражданского судопроизводства. В то время как вопрос о видовой принадлежности данной категории дел к конкретному виду производства в рамках гражданского судопроизводства требует более конструктивного подхода и решения.

Думается, данная категория дел не может быть рассмотрена в порядке особого производства, так как не стыкуется с его определяющими признаками:

*во-первых*, бесспорный характер дел, отнесенных к особому производству<sup>18</sup>;

*во-вторых*, осуществляемая судом в его рамках защита охраняемых законом правовых интересов граждан и организаций<sup>19</sup>;

*в-третьих*, установление юридического факта или состояния как предмет особого производства<sup>20</sup>;

*в-четвертых*, отсутствие в делах особого производства сторон, поскольку в них нет спора о праве<sup>21</sup>.

В делах о лишении родительских прав налицо спор о праве семейном, то есть охранительное семейное правоотношение и возникшие на его основе разногласия, иными словами, семейно-правовой конфликт<sup>22</sup>, тогда как в делах особого производства устанавливаются юридические факты, а не их правовые последствия, а в делах о лишении родительских прав суд не может ограничиться установлением факта, а должен именно решить вопрос о праве.

Вряд ли приемлемым, на наш взгляд, является рассмотрение дел о лишении родительских прав в рамках производства по делам, возникающим из публичных правоотношений. Безусловно, учитывая материально-правовой характер данной категории дел, суд проявляет большую активность при установлении юридически значимых обстоятельств по делу: «не подменяя в состязательном процессе стороны и других участвующих лиц, суд не должен быть пассивным наблюдателем, во всех случаях полагаясь только на действия заинтересованных лиц»<sup>23</sup>. Вместе с тем это еще не является основанием для отнесения данной категории дел к производству по делам, возникающим из публичных правоотношений, характеризующегося следующими особенностями:

*во-первых*, неравноправным положением участников (сторон) в регулируемых (конституционных, административных) и иных публичных

правоотношениях, поскольку в них выступают, с одной стороны, - орган государства, должностное лицо, наделенное властными полномочиями, а, с другой стороны, – гражданин, организация, не имеющие таких полномочий;

*во-вторых*, специфической функцией суда при рассмотрении этих дел, состоящей не в разрешении спора о праве, как в исковых делах, а в осуществлении судебного контроля за законностью действий органов государства и организаций по отношению к гражданам, а в отдельных случаях – и к другим субъектам права<sup>24</sup>.

Таким образом, активность суда, в данном случае, обусловлена, иным фактором – публичным элементом, который предопределяет и все другие процессуальные особенности.

Исходя из всего вышеизложенного, следует заключить, что дела о лишении родительских прав должны рассматриваться только в порядке искового производства, так как речь идет о защите частных интересов, а не публичных. Только в рамках искового производства в полной мере действует принцип состязательности, который способствует изложению своей позиции родителями, которые не исполняли надлежащим образом свои родительские обязанности, уклонялись от их исполнения (ст. 69 СК РФ). Возможно, следует предоставить им время для исправления. Не нужно забывать о том, что семья – это сложный социальный микроорганизм, «загадочный по своей природе»<sup>25</sup>. В свете сказанного верным представляется замечание Н.И. Прокошкиной, указывающей на то, что «при установлении фактов, входящих в предмет доказывания, ведущих к ограничению родительских прав либо к лишению родительских прав, суд лишен возможности учета того, что родители могут исправиться. Представляется, что специфика семейных правоотношений, сказываясь на процессуальных отношениях лиц, должна в отдельных случаях, приостанавливать деятельность суда. В связи с чем, исчерпывающий список оснований для приостановления производства по делу должен быть дополнен. Например, правом суда приостанавливать производство по собственному усмотрению по делам о лишении родителей



родительских прав в целях установления испытательного срока для родителей», в связи с чем предлагается внести дополнительное основание о приостановлении гражданского судопроизводства в ст. 216 ГПК РФ<sup>26</sup>.

Принимая во внимание вышеизложенные предложения, в целом, существующий механизм искового производства следует признать вполне приемлемым для применения в отношении недобросовестных родителей такой серьезной меры ответственности, как лишение родительских прав. Только в рамках искового производства, на паритетных началах и с учетом интересов ребенка, используя весь предоставленный законом процессуальный инструментарий, суд может принять столь важное и судьбоносное решение для обеих сторон процесса.

Вместе с тем, издержки отнесения дел о лишении родительских прав к исковому производству Л.В. Туманова усматривает в том, что на практике суды оставляют заявления о лишении родительских прав без рассмотрения по причине неявки прокурора, инициировавшего процесс или представителя органа опеки и попечительства. И, в том случае, если бы для рассмотрения данной категории дел применялись правила производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, по ее мнению, можно было бы снять проблему незащищенности интересов детей, в частности, путем признания явки прокурора обязательной, разрешения дела по существу и вынесения решения об отказе в удовлетворении исковых требований, с предупреждением ответчицы о необходимости изменения своего отношения к воспитанию детей и возложением на органы опеки и попечительства контроля за выполнением ею своих родительских обязанностей<sup>27</sup>.

В отношении сказанного возникают следующие возражения:

*во-первых*, в порядке производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, суд не имеет права признать обязательной явку заявителя в процесс. Речь идет о представителях органов государственной власти, местного самоуправления или должностных лицах, нарушивших субъективное право гражданина-заявителя (ч. 4 ст. 246 ГПК РФ);

*во-вторых*, судья имеет право вынести частное определение в адрес не явившегося без уважительных причин прокурора или представителя опеки и попечительства (ч.1, 2 ст. 226 ГПК РФ);

*в-третьих*, автор предлагает данные изменения лишь в отношении дел о лишении родительских прав, тогда как и по другим категориям дел, возникающих из семейных правоотношений, также затрагиваются интересы несовершеннолетних детей, пусть и без применения мер ответственности к недобросовестным родителям (к примеру, по делам об отмене усыновления, установлении отцовства, расторжении брака и других). Выходит, все эти дела нужно рассматривать по правилам производства по делам, возникающим из публичных правоотношений? Представляется, ответ нужно дать отрицательный.

Кроме того, вызывает возражение утверждение Л.В. Тумановой о том, что «только специализация судей и даже введение ювенальных судов без изменения процессуального закона не решит проблемы защиты прав несовершеннолетних»<sup>28</sup>. Полагаем, что все дела с участием несовершеннолетних должны рассматриваться специализированными семейными или ювенальными судами. Совершенно справедливо в этом отношении Н.И. Прокошкина указывает на то, что «объективные особенности психики ребенка как субъекта права обуславливают необходимость разработки и практического внедрения особого механизма защиты его прав и интересов, отличающегося от механизма защиты прав и интересов совершеннолетних участников семейных правоотношений большей глубиной, проработанностью и всесторонностью. С этой точки зрения, создание в стране ювенальных семейных судов стало бы весомым вкладом России в дело защиты прав детей в соответствии с Конституцией РФ (ч. 4 ст. 15) и Конвенцией о правах ребенка, внедрившей принцип трансформации несовершеннолетних граждан государства из пассивных объектов защиты в активных деятельных субъектов»<sup>29</sup>.

По нашему мнению, должны быть созданы не отдельно взятые ювенальные суды, но система ювенальной юстиции, под которой следует понимать совокупность государственных органов, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждений, должностных лиц, неправительственных некоммерческих организаций, осуществляющих на основе установленных законом процедур действия, нацеленные на реализацию и обеспечение прав, свобод и законных интересов несовершеннолетнего ребенка<sup>30</sup>.

Те проблемы, о которых говорит Л.В. Туманова – это проблемы судебной практики, а не процессуального закона. То, что в процесс не является прокурор, заявивший иск – это, возможно, проблема загруженности органов прокуратуры. А чтобы исключить данную проблему необходимо создать такую систему ювенальной юстиции, при которой прокуроров будет достаточно на каждое дело, в рамках которого решается судьба конкретного ребенка. Не нужно сразу перечеркивать те процессуальные нормы, которые содержит кодекс, пожалуй, следует обратиться к созданию механизма их надлежащей практической реализации, а, возможно, даже и к правовой культуре, в первую очередь, тех лиц, которые в силу прямого указания закона, задействованы в решении судьбы детей, как будущего нашего государства.

---

<sup>1</sup> Лысова А.З. Обеспечение прав ребёнка на воспитание средствами гражданского процессуального права при рассмотрении дел о лишении родительских прав: Автореферат дисс. ...канд. юрид. наук. Тверь, 2003. <<http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=129627>> (последнее посещение – 06 февраля 2011г.).

<sup>2</sup> Беспалов Ю.Ф. Защита гражданских и семейных прав ребенка в Российской Федерации: Учебно-практическое пособие. М.: Ось-89, 2004. С. 82.

- <sup>3</sup> См., к примеру: Антокольская М.В. Семейное право. М.: Юристъ, 1997. С. 228; Гражданское право: учебник / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2002. Ч. 3. С. 426; Казанцева А.Е. Обязанности и права родителей (замещающих их лиц) по воспитанию детей и их ответственность за их нарушение. Томск: Издательство Томского университета, 1987. С. 130; Муратова С.А. Семейное право. М.: Юриспруденция, 2001. С. 159; Нечаева А.М. Правонарушения в сфере личных семейных отношений. М.: Наука, 1991. С. 164 и др.
- <sup>4</sup> Фомина Е.А. Споры о праве на воспитание детей (материально-правовые и процессуально-правовые проблемы): Автореферат дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2004. С. 17.
- <sup>5</sup> Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 82.
- <sup>6</sup> Бутнев В.В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе. Ярославль, 1985. С. 63-64.
- <sup>7</sup> Кострова Н.М. Теория и практика взаимодействия гражданского процессуального и семейного права. Ростов н/Д, 1988. С. 85.
- <sup>8</sup> Тарусина Н.Н. Проблемы оптимизации взаимодействия семейного и гражданско-процессуального права и законодательства. М.: Лиджист, 2001. С. 63.
- <sup>9</sup> Викут М.А. Судопроизводство по делам о лишении родительских прав // Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье в правоприменительной практике. Саратов, 1978. С. 108.
- <sup>10</sup> Туманова Л.В. Некоторые проблемы гражданского судопроизводства с участием несовершеннолетних // Тенденции развития гражданского процессуального права России: Сб. науч. статей. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2008. С. 95.
- <sup>11</sup> Туманова Л.В. Указ. соч. С. 94.
- <sup>12</sup> Исаенкова О.В. Иск в гражданском судопроизводстве: Учебное пособие / Под ред. М.А. Викут. Саратов: СГАП, 1997. С. 46-48.
- <sup>13</sup> Лысова А.З. Указ. соч. <<http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=129627>> (последнее посещение – 06 февраля 2011г.).
- <sup>14</sup> Лысова А.З. Указ. соч. <<http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=129627>> (последнее посещение – 06 февраля 2011г.).
- <sup>15</sup> Туманова Л.В. Указ. соч. С. 95.
- <sup>16</sup> Мурадян Э.М., Тихиня В.Г. Предупредительный иск в гражданском процессе // Правоведение. 1987. № 4. С. 77-78.
- <sup>17</sup> Ерохина Е.В. Характерные черты лишения родительских прав как меры ответственности, предусмотренной семейным правом // Сборник научных трудов юридического факультета ОГУ «Ученые записки». Выпуск 7. Актуальные вопросы юридической ответственности по российскому и зарубежному законодательству / под ред. Л.И. Носенко. Оренбург: ОГУ, 2010. С. 164.
- <sup>18</sup> Мельников А.А. Особое производство в советском гражданском процессе. М.: Наука, 1964. С. 7; Башкатов Н.И. Процессуальные особенности рассмотрения дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение / под ред. А.Т. Боннера. Лекция. М., 1980 С. 8.
- <sup>19</sup> Гражданский процесс. М.: Юридическая литература, 1972. С. 269.
- <sup>20</sup> Гражданский процесс. М.: Юридическая литература, 1968. С. 277.
- <sup>21</sup> Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 325; Мельников А.А. Особое производство в советском гражданском процессе. М.: Наука, 1964. С. 7.
- <sup>22</sup> Тарусина Н.Н. Защита семейных прав: учебное пособие. Ярославль, 1985. С. 8.
- <sup>23</sup> Прокошкина Н.И. Теоретические и практические проблемы обеспечения защиты семейных прав в гражданском судопроизводстве: Автореферат дисс. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 20.
- <sup>24</sup> Гражданский процесс: Учебник / под ред. М.К. Треушникова. М., 2006. С. 446; Никитина А.А. О характере правовой природы дел, возникающих из публичных правовых отношений в гражданском и арбитражном процессах // Тенденции развития гражданского процессуального права России: Сб. науч. статей. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2008. С. 662.
- <sup>25</sup> Боровиковский А. Отчет судьи. С. 263.
- <sup>26</sup> Прокошкина Н.И. Указ. соч. С. 19.
- <sup>27</sup> Туманова Л.В. Указ. соч. С. 97.
- <sup>28</sup> Туманова Л.В. Указ. соч. С. 97.
- <sup>29</sup> Прокошкина Н.И. Указ. соч. С. 23-24.
- <sup>30</sup> Батова О.С. Процессуальные особенности рассмотрения споров, связанных с воспитанием детей: Автореферат дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2007. С. 10.

**ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРОВ, ОПОСРЕДУЮЩИХ  
ОТНОШЕНИЯ ТЕПЛОСНАБЖЕНИЯ  
В ЖИЛИЩНО-КОММУНАЛЬНОМ ХОЗЯЙСТВЕ  
(ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА)**

***ЗАЛАВСКАЯ О.М.,***

*к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,  
Оренбургский институт (филиал) МГЮА имени О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8(3532) 72-22-77  
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:*** *теплоснабжение, жилищно-коммунальное хозяйство, коммунальные услуги.*

*В статье рассматривается вопрос о правовой природе договора теплоснабжения. Автор критикует теоретическое и нормативно-правовое отождествление договора теплоснабжения с оказанием услуг, обосновывает, что термин «коммунальная услуга» применительно к теплоснабжению не имеет гражданско-правового содержания.*

***Key words:*** *heating supply, housing and communal services, public services.*

*The article considers the issue on legal nature of the contract of heating supply and neighboring contracts. The author criticizes theoretical and normative law identification of the contract of heating supply and rendering of services. The author proves that the term "public service" in relation to district heating has no civil right content.*

Неизвестные ранее отечественной правовой системе правовые институты и нормы призваны урегулировать новые модели отношений, отражая их особенности, значение для общества. Вместе с тем, по-прежнему, правовая природа отдельных видов обязательственных отношений не определена. Среди них и отношения, выступающие предметом настоящего исследования.

Согласно статье 2 Федерального закона от 27.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении»<sup>1</sup> под теплоснабжением понимается обеспечение потребителей тепловой энергии теплоносителем, в том числе поддержание мощности, где тепловая энергия - энергетический ресурс, при потреблении которого изменяются термодинамические параметры теплоносителей (температура, давление).

Правила договора энергоснабжения рассчитаны на применение их к отношениям по снабжению потребителей электрической и тепловой энергией по присоединенной сети. В литературе предлагается особенности, связанные с обеспечением потребителей иными материальными ресурсами по присоединенной сети - газом, нефтью, водой, отразить в договорах, являющихся отдельными разновидностями договора снабжения материальными ресурсами по присоединенной сети<sup>2</sup>.

В плане постановки проблемы необходимо выдвинуть такой вопрос: что составляет объект обязательства по предоставлению теплоснабжения бытовым потребителям? Рассматриваемые положения имеют не столько теоретическое значение, сколько способствуют правильному применению правовых норм. Выделение объекта обязательства по предоставлению теплоснабжения в жилищно-коммунальном хозяйстве (бытовым потребителям) позволяет раскрыть специфику этого обязательства и обусловить их место в системе гражданско-правовых обязательств.

В специальной литературе в последнее время все чаще поднимается вопрос о природе теплоснабжения: по своему характеру это передача коммунального ресурса или оказание услуг. Нормы позитивного права

подчеркивает состоятельность проблематики. Неточность, неконкретность языка, приводит и самих специалистов к недопониманию и недоразумениям.

Прежде всего, необходимо уяснить сферу отношений жилищно-коммунального хозяйства, которую, как правило, связывают с коммунальными услугами.

В самом общем смысле под жилищно-коммунальным хозяйством понимается комплекс подотраслей, обеспечивающий функционирование инженерной инфраструктуры, различных зданий населенных пунктов, создающий удобства и комфортность проживания и нахождения в них граждан путем предоставления им широкого спектра жилищно-коммунальных услуг<sup>3</sup>.

Жилищно-коммунальное хозяйство в нашей стране традиционно подразделяется на две основные подотрасли:

- жилищное хозяйство (эксплуатация и обслуживание жилищного комплекса, благоустройство населенных пунктов, включая дорожно-мостовое хозяйство, озеленение, а также бытовое обслуживание, включая банно-прачечное хозяйство, гостиничное хозяйство, ритуальные услуги);
- коммунальное хозяйство, коммунальные предприятия ресурсоснабжения (теплоснабжение, электроснабжение, водоснабжение и водоотведение), а также предприятия по санитарной очистке и утилизации отходов.

Указанная классификация породила спорное, но устойчивое деление деятельности в системе жилищно-коммунального хозяйства на жилищные и коммунальные услуги. Это деление используется не только в подзаконных актах<sup>4</sup>, а также, в частности, воспроизводится в учебной литературе<sup>5</sup>, Жилищном кодексе Российской Федерации.

Внесение платы за жилое помещение и коммунальные услуги - признаваемая жилищным правом обязанность всех лиц, в собственности или в пользовании которых находятся жилые помещения. Часть 4 статьи 154 Жилищного кодекса Российской Федерации содержит полный перечень

коммунальных услуг, согласно которой плата за коммунальные услуги включает в себя плату за холодное и горячее водоснабжение, водоотведение, электроснабжение, газоснабжение (в том числе поставка бытового газа в баллонах), отопление (теплоснабжение, в том числе поставка твердого топлива при наличии печного отопления). Перечень является закрытым, следовательно, обслуживание лифтов, вывоз мусора и прочее не могут быть отнесены к коммунальным услугам.

К жилищным услугам принято относить действия по содержанию и ремонту имущества домовладения, общего имущества в многоквартирном доме.

Согласно пункта 3 Правил предоставления коммунальных услуг гражданам, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 23 мая 2006 г. № 307, коммунальные услуги - деятельность исполнителя коммунальных услуг по холодному водоснабжению, горячему водоснабжению, водоотведению, электроснабжению, газоснабжению и отоплению, обеспечивающая комфортные условия проживания граждан в жилых помещениях.

По мнению исследователей этой проблемы, как и прежде, действующие нормы, регулирующие отношения по водо-, тепло-, газо-, электроснабжению и водоотведению (в частности, Жилищный кодекс Российской Федерации и Правила предоставления коммунальных услуг гражданам), ошибочно определяют правовую природу данных отношений. Они фактически подменяют снабжение коммунальными ресурсами граждан предоставлением коммунальных услуг, что ни в коем случае не допустимо. Надо сказать, что начало данному заблуждению было положено в 1993 году с принятием Общероссийского классификатора услуг населению ОК 002-93 (утвержденного Постановлением Госстандарта России от 28.06.1993), в котором на нормативном уровне фактическая продажа коммунальных ресурсов гражданам была определена как предоставление услуг<sup>6</sup>.



Не сложилось определенности и в судебной практике. В судебных актах нередко отношения энергоснабжения завуалированы иными договорами, в частности, договором на исполнение муниципального заказа по обеспечению потребителей услугами по холодному водоснабжению, водоотведению и очистке сточных вод или теплоснабжения<sup>7</sup>. В другом случае идет речь об услугах по отпуску воды и приему<sup>8</sup>.

Известно, что без смысловой однозначности термин не может выполнять функцию обозначения понятия<sup>9</sup>, как и то, что терминология закона должна быть единой с терминами науки и языком юридической практики<sup>10</sup>.

Действия по снабжению тепловой энергией в сфере жилищно-коммунального хозяйства имеют специфику, predeterminedную особым характером самой деятельности и субъектным составом рассматриваемых отношений.

Как справедливо отмечается в специальных изданиях, эта проблема актуальна только в отношении бытовых потребителей, проживающих в многоквартирных домах. «Семьи, проживающие в частных жилых домах, которых в России огромное количество, не обременены понятием «коммунальная услуга» и нисколько от этого не страдают, получая от энергоснабжающих организаций воду, электроэнергию, газ, а в ряде случаев и тепло по договору энергоснабжения. В их домах из кранов течет вода; электроэнергия освещает помещения и обеспечивает работу бытовых приборов; газ используется для приготовления пищи и отопления. В договоре все это названо понятными словами: «вода», «электроэнергия», «газ», «тепло»<sup>11</sup>.

При разрешении судебных споров о взыскании за потребленную тепловую энергии рассмотрение иска ставится в зависимость от норм, подлежащих применению. Зачастую в последние годы препятствием для применения норм Жилищного Кодекса Российской Федерации к отношениям

теплоснабжения бытовых потребителей является проблема «исполнения коммунальных услуг».

На страницах журнала «ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера» опубликовано обращение представителей региональных отраслевых объединений работодателей предприятий жилищно-коммунального хозяйства Северо-Запада и некоммерческого партнерства «Объединение организаций для управления обслуживания домов» г. Твери к Министру регионального развития Российской Федерации. В нем говорится, что «попытки юристов совместить положения § 6 Гражданского кодекса Российской Федерации, которым руководствуются все энергоснабжающие (ресурсоснабжающие) организации, с положениями Жилищного кодекса Российской Федерации и Правилами предоставления коммунальных услуг гражданам безуспешны. Суды различных инстанций, как правило, отклоняют иски исполнителей коммунальных услуг о побуждении к заключению договора на условиях пункта 8 названных Правил по следующим основаниям:

- действия Правил не распространяются на спорные правоотношения<sup>12</sup> между ресурсоснабжающими организациями и исполнителями коммунальных услуг (суды руководствовались пунктом 2 Правил<sup>13</sup>);

- ресурсоснабжающие организации не оказывают коммунальных услуг, а подают энергию (суды руководствуются статьей 539 Гражданского кодекса Российской Федерации)<sup>14</sup>.

Далее авторы обращения парадоксальную ситуацию объясняют «неосязаемой» формулировкой «коммунальных услуги» в Жилищном кодексе Российской Федерации, которая повторяется во всех нормативных документах<sup>15</sup>. «Замена во всех нормативно-правовых документах термина «коммунальные услуги» термином «ресурс (энергия)» - заключают авторы, - исключит противоречия между § 6 Гражданского кодекса Российской Федерации и Жилищным кодексом Российской Федерации, а также другими нормативными правовыми документами»<sup>16</sup>.

Эти выводы подтверждаются рядами судебных актов.

Так, Высшим арбитражным судом Российской Федерации сделано заключение о правильности выводов судов о том, что возникшие между сторонами правоотношения не являются отношениями по предоставлению коммунальных услуг, поскольку общество не является исполнителем коммунальных услуг, подтверждается пунктом 17 статьи 2 Федерального закона от 30.12.2004 № 210-ФЗ «Об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса», согласно которому в жилищном секторе потребителями товаров и услуг организаций коммунального комплекса в сфере теплоснабжения водоснабжения и водоотведения в многоквартирных домах являются управляющие организации (помимо иных), которые приобретают указанные товары и услуги для предоставления коммунальных услуг лицам, пользующимся помещениями в данном многоквартирном доме<sup>17</sup>.

Однако с 2009 года в судебной практике правовая позиция изменилась и проявилось это в следующем.

Так, в споре об урегулировании разногласий, возникших при заключении договора на отпуск тепловой энергии в горячей воде, суд указал, что о ссыла на то, что стороной договора являются не граждане, а коммерческая организация, не принимается, поскольку в данном случае коммунальный ресурс приобретается у ресурсоснабжающей организации компанией как исполнителем не в целях перепродажи, а для предоставления гражданам - потребителям коммунальной услуги<sup>18</sup>.

В другом случае утверждение заявителя об ошибочности вывода судов относительно применения к спорным правоотношениям Правил № 307 неосновательно, так как исходя из буквального толкования пункта 2 указанных Правил их действие распространяется и на отношения связанные с продажей коммунальных ресурсов. При этом пунктом 15 Правил № 307 предусмотрено применение в расчетах с ресурсоснабжающей организацией тарифов, установленных в соответствии с законодательством Российской

Федерации и используемым для расчета размера платы за коммунальные услуги<sup>19</sup>.

Несмотря на сложившуюся тенденцию к изменению правоприменительной практики, актуальность вопрос не утратил, а потому следует обратиться к анализу объекта обязательства по предоставлению теплоснабжения в жилищно-коммунальном хозяйстве.

Для определения объекта обязательства по предоставлению теплоснабжения в жилищно-коммунальном хозяйстве необходимо соотнести его со сходными правовыми явлениями, прежде всего, с иными гражданско-правовыми договорными обязательствами.

Поскольку под системой понимается множество элементов, находящихся в отношениях и связях между собой и образующей определенную целостность, единство<sup>20</sup>, а для ее построения необходимо, прежде всего, обнаружить сходства и различия между элементами этой совокупности. Выделение существенных признаков у различных договорных форм отношений способствует выявлению особенностей их правового регулирования.

Система обязательств предполагает не только их единство, но и дифференциацию на основе правильно избранного классификационного критерия. Научно обоснованная система обязательственных отношений имеет важное значение, прежде всего, для их надлежащего правового регулирования. Она позволяет рассредоточить огромный нормативный материал по различным структурным подразделениям обязательственного права таким образом, что единые по своей природе обязательственные отношения регулируются одними и теми же нормами права. И наоборот, различные по своим наиболее существенным признакам обязательственные отношения регулируются различными по содержанию правовыми нормами<sup>21</sup>.

В юридической литературе термины классификация и система обычно используются как сходные, хотя и различные по значению понятия.

Классификация в своем сущностном значении представляет собой особый случай применения логической операции деления объема понятия<sup>22</sup>.

Построение научной классификации обязательств производится посредством деления объема научного понятия «обязательство». Для совершения классификации прежде всего, необходимо последовательно определиться в выборе классификационного основания, которое должно быть положено в основу деления.

Не углубляясь в подобную проблематику основательно, все же в отсутствие краткого обобщения представляется невозможным дальнейшее исследование.

Вопрос о классификации обязательств носит в литературе дискуссионный характер. Результаты рассмотрения доктринальных исследований в рамках интересующей проблемы позволяют выделить некоторые особенности ведущейся на протяжении более тридцати лет дискуссии.

Наибольшее признание в литературе получила классификация по особенностям объектного состава. Объект обязательственного отношения содержит достаточно особенностей, позволяющих видоизменять исходный признак, тем самым способствовать построению многоуровневой классификации.

Варианты дифференциации обязательств по объекту мы встречаем у М.В. Гордона<sup>23</sup> и О.А. Красавчикова<sup>24</sup>. Несмотря на то, что оба автора прямо и не называют объект в качестве основы классификации, но по существу и «правовой результат», к достижению которого стремятся стороны, и «направленность гражданско-правового результата» обязательства есть не что иное, как благо, способное удовлетворять потребности человека, то есть объект обязательственного отношения.

Классификационная модель обязательств Е.Д. Шешенина позволяет выделить обязательства по передаче имущества, выполнению работ, также обязательства оказанию услуг<sup>25</sup>.

Используя принцип «результата», а точнее «направленности результата», М.И. Брагинским гражданские договоры разделены на четыре группы, где кроме трех групп прежней классификации присутствуют «обязательства, направленные на учреждение различных образований»<sup>26</sup>.

Известен цивилистической науке и так называемый комбинированный критерий, обладающий юридическими и экономическими признаками. Использовал в качестве системообразующего фактора комбинированный критерий О.С. Иоффе<sup>27</sup>, где свое логическое развитие получила глубоко разработанная им концепция элементов правоотношения. Имеются в виду известные соображения относительно выделения двух объектов: юридического («поведение обязанного лица, на которое вправе притязать управомоченный»), и материального («объект, которым обладает лежащее в основе правоотношения закрепленное им общественное правоотношение»)<sup>28</sup>. Говоря о материальном объекте, О.С. Иоффе обращает внимание на то, что в ряде обязательств такой объект вообще отсутствует<sup>29</sup>.

Видятся вполне обоснованными в этой связи суждения современных цивилистов М.И. Брагинского и В.П. Павлова. Так, по замечанию М.И. Брагинского, присутствие единого критерия в данном случае несостоятельно, если материальный критерий и позволяет провести деление, то юридический присущ всем видам правоотношений<sup>30</sup>. В другой работе он же критически отзывается в отношении использования неоднородного, комбинированного критерия, поскольку тот «превратился в простую сумму критериев, благодаря чему единственное основание деления заменяется неограниченным их числом»<sup>31</sup>. С точки зрения В.П. Павлова, возможность существования юридического объекта, является недопустимым в научном обиходе, помимо удвоения терминологии, такое разделение объектов противоречит как гражданскому законодательству, которое оперирует понятием предмета обязательства, так и теории права, в которой под объектом правоотношения понимается фактическое поведение его участников<sup>32</sup>.

Предложенная М.И. Брагинским как единственно возможная многоступенчатая классификация, подобно упомянутой позиции О.А. Красавчикова, содержит несколько последовательных делений. Использование признака «результат» («направленность результата»), в первоначальном делении гражданские договоры позволило разделить, как рассмотрено выше, на четыре группы<sup>33</sup>. Если учесть, что использован тот же критерий – «результат», по которому в свое время М.В. Гордоном единым приемом проведено делением всех известных договоров<sup>34</sup>, то благодаря последующему делению, преодолено «недоразумение» объединения в один вид таких договоров как купля-продажа и дарение, имущественный найм и безвозмездное пользование имуществом и др.

Д.И. Степановым подчеркивается принципиальное отличие услуг от прочих объектов гражданских прав, которое заключается в «производности услуг от обязательственного права», об услугах можно говорить лишь в связи с обязательствами по оказанию услуг. Таким образом, услуги относятся к объектам гражданских прав лишь как объекты обязательственных отношений<sup>35</sup>.

Построение единой системы договорных обязательств, где классификационным основанием выступают особенности объекта обязательственного правоотношения, не позволяют определить место обязательств по предоставлению коммунальных ресурсов в группе обязательств по оказанию услуг.

Отличительные свойства обязательств по оказанию услуг выделяют, как правило, посредством сопоставления их с обязательствами на выполнение работ<sup>36</sup>. Однако смешение услуг с поставкой ресурсов, объектом которого является передача вещей в собственность, не свойственно российской цивилистической науке.

Определению понятий нередко способно оказать помощь уяснение сущности соответствующего термина как такового. В общем лингвистическом смысле под услугой в толковом словаре понимается

«действие, приносящее пользу, помощь другому лицу» или «бытовые удобства, предоставленные кому-нибудь»<sup>37</sup>. Таким образом, в «услуге» цель действия составляет «польза», «помощь». Более того, услуга предполагает адресата ее получения («действие в пользу кого-то», «предоставленные кому-нибудь»). «Деятельность» же сама по себе характеризует совокупность действий (множество единичных актов), направленных на достижение определенного результата.

В связи с этим любопытны взгляды Ю.Х. Калмыкова, своеобразность которых основывалась на факультативном (если так можно выразиться) значении услуги: «бытовых удобствах, предоставленных кому-нибудь». Услуга, по его мнению, выражается в «предоставлении каких-либо льгот или создании определенных удобств». Когда же такие действия вступают в качестве объектов правоотношения, речь идет об обязательствах по оказанию услуг<sup>38</sup>.

По замечанию М.И. Брагинского, «следуя такой линии едва ли не любой договор можно признать договором услуг, если, например, стороной в ней будет выступать тот, кто пользуется правом на льготу или преимущество. И далее им высказано соображение следующего порядка: «... в этом случае сотрутся границы между различными типами (видами) обязательств, поскольку критерием для их классификации станет неодинаковое решение вопроса об отнесении по тем или иным объективным или субъективным причинам льгот и преимуществ»<sup>39</sup>.

Заслуживает внимания концептуальный замысел позиции Ю.Х. Калмыкова. Он благодаря акценту на дополнительное значение слова «услуга», стало возможным обязательствами по оказанию услуг именовать и отношения, не являющиеся гражданско-правовыми (например, социальные услуги). Следовательно, последнее обстоятельство убеждает в необходимости широкого толкования услуги как таковой.

Иллюстрацией не сложившемуся также четкому употреблению термина «услуга» в текущем законодательстве и после принятия кодекса, как



и максимально точной регламентации правовой категории, служат нормы, определяющие правовой режим деятельности кооперативов. Так, в статье 2 Федерального закона «О производственных кооперативах»<sup>40</sup> говорится о регулировании деятельности кооперативов «в сфере производства и услуг». Очевидна в этом примере узкая трактовка производительного труда. Преамбула закона Российской Федерации от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации»<sup>41</sup> выделяет два вида услуг: производственные и бытовые. Своеобразным подходом законодатель расширяет границы производства, и услуги уже наделяются производственным характером. Если в первом случае обнаруживается разграничение сферы производства и услуг, то во втором случае услуги уже наделяются производственным характером. Законодатель тем самым изменяет терминологические границы значений понятий «производство» и «услуги», соответственно.

Таким образом, обязательства с участием потребителей в истории цивилистической мысли определялись в Советском периоде как обязательств по оказанию бытовых услуг или предоставлению услуг населения, обязательства по обслуживанию граждан.

Итак, недопустимо тепловую энергию отождествлять с коммунальной услугой.

Дилемма между снабжением коммунальными ресурсами и предоставлением коммунальных услуг в отношении теплоснабжения автором разрешается в пользу снабжения коммунальными ресурсами. Термин «коммунальная услуга» не имеет гражданско-правового содержания. Квалификация отдельными нормативными правовыми актами договоров снабжения тепловой энергией граждан - потребителей договором возмездного оказания услуг несостоятельна. Специфика такого контрагента как бытовой потребитель проявляется в особом характере прав и обязанностей сторон, в особом порядке заключения договора, но влиять на

видовую характеристику договора и изменять объект обязательства не может.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 31. Ст. 4159.

<sup>2</sup> Андреев В.К. Предпринимательское законодательство России: Научные очерки. М.: Статут, 2008.

<sup>3</sup> <http://ru.wikipedia.org>

<sup>4</sup> Правила предоставления коммунальных услуг гражданам, утверждены Постановлением Правительства РФ от 23 мая 2006 г. № 307 (ред. от 21.07.2008) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 23. Ст. 2501.

<sup>5</sup> См., например: См.: Шерстобитов А.Е. Договор возмездного оказания услуг // Гражданское право: В 2-х т. Том 2 (Полутом 2): Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2 изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. С. 14.; Афонина А.В. Жилищное право: Учебное пособие, 2007 (здесь и далее в случае, если не указаны страницы, материал из СПС КонсультантПлюс).

<sup>6</sup> В.К. Михайлов. Предоставление услуг или снабжение ресурсами - вот в чем вопрос // Жилищное право. 2009. № 4.

<sup>7</sup> Определение ВАС РФ от 06.03.2009 № 17156/08 по делу № А32-13815/2007-64/379

<sup>8</sup> Определение ВАС РФ от 17.12.2008 № 15660/08 по делу № А43-30595/2007-5-775

<sup>9</sup> См.: Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юридическая литература, 1990. С. 60, 65.

<sup>10</sup> Алексеев С.С. Теория права. М.: Изд. БЕК, 1994. С. 29.

<sup>11</sup> Дунин Ю.Г. «Коммунальные услуги» или «коммунальные ресурсы» // ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера. 2009. № 4. Часть I. С. 58.

<sup>12</sup> В тексте цитаты допущена ошибка, следует читать «отношение».

<sup>13</sup> Согласно п. 2 Правил действие настоящих Правил распространяется на отношения, касающиеся предоставления коммунальных услуг гражданам, проживающим на законных основаниях в жилых помещениях частного, государственного и муниципального жилищных фондов.

<sup>14</sup> Обращение к Министру регионального развития Российской Федерации ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера. 2009. № 4. Часть 2. С. 3.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Там же с. 4.

- <sup>17</sup> Определение ВАС РФ от 06.03.2009 № 17156/08 по делу № А32-13815/2007-64/379.
- <sup>18</sup> Определение ВАС РФ от 22.12.2009 № ВАС-16625/09 по делу № А23-4548/08Г-15-242.
- <sup>19</sup> Определение ВАС РФ от 04.09.2009 № ВАС-10945/09 по делу № А40-32809/08-22-278.
- <sup>20</sup> Философский словарь. Под ред. М. Розенталя. М. Изд. 3-е. М.: Политиздат, 1975. С. 365.
- <sup>21</sup> Гражданское право. Учебник. Часть I. Издание третье / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998. С. 485 – 486.
- <sup>22</sup> Философский словарь. Под ред. М. Розенталя. М. Изд. 3-е. М.: Политиздат, 1975. С. 177.
- <sup>23</sup> Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве / Ученые записки Харьковского юридического института. Выпуск 5. Харьков, 1954. С. 85.
- <sup>24</sup> О.А. Красавчиков предложил использовать для классификации обязательств «направленность правового результата», которым охватывались бы обязательства, возникающие из правомерных действий четырех групп: направленные на передачу имущества, выполнение работ, оказание услуг и уплату денег. (См.: Красавчиков О.А. Вопросы системы Особенной части ГК РСФСР. Свердловск, 1957. С. 127; Он же. Система отдельных видов обязательств // Советская юстиция. 1960. № 5. С. 4).
- <sup>25</sup> Шешенин Е.Д. Предмет обязательства по оказанию услуг // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. Выпуск 3. Свердловск. 1964. С. 159 - 161.
- <sup>26</sup> Брагинский М.И. Классификация договоров // Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд.2-е, испр. М.: Статут, 2000. С. 398 – 400.  
Следует заметить, что классификации во всех случаях подвергаются сложившиеся и получившие законодательную регламентацию обязательства. К чести автора, им и ранее были высказаны соображения по поводу многократного, а не однократного деления в монографии «Общее учение о хозяйственных договорах» (См.: Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск, 1967). Последовательно проводящаяся позиция так называемой «многократности» наполняется содержанием в соответствии с действующей правовой регламентацией.
- <sup>27</sup> Это позволило автору выделить следующие группы договоров: по возмездной реализации имущества; по возмездной передаче имущества в пользование; по безвозмездной передаче имущества в собственность и в пользование; по производству работ; по оказанию услуг; по перевозкам; по кредиту и расчетам; по совместной деятельности; по страхованию (Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 24 - 25).
- <sup>28</sup> См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л.: Изд. ЛГУ. 1968. С. 168, 169.
- <sup>29</sup> Он же. Обязательственное право. М., 1975. С. 14.
- <sup>30</sup> Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. М.: Статут, 1999. С. 230
- <sup>31</sup> Он же. Классификация договоров / Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд.2-е, испр. М.: Статут, 2000. С. 398.
- <sup>32</sup> Павлов В.П. Некоторые особенности теории гражданских правоотношений в части первой нового Гражданского кодекса Российской Федерации / Сборник научных трудов, посвященный памяти В.А. Рясенцева. М.: Юристъ, 1995. С. 45.
- <sup>33</sup> Брагинский М.И. Классификация договоров / Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд.2-е, испр. М.: Статут, 2000. С. 398 – 400.  
Следует заметить, что классификации во всех случаях подвергаются сложившиеся и получившие законодательную регламентацию обязательства. Автором и ранее были высказаны соображения по поводу многократного, а не однократного деления в монографии «Общее учение о хозяйственных договорах» (См.: Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск, 1967). Последовательно проводящаяся позиция так называемой «многократности» наполняется содержанием в соответствии с действующей правовой регламентацией.
- <sup>34</sup> Гордон М.В. Указ. соч. С. 85.
- <sup>35</sup> Степанов Д.И. Обязательства по оказанию услуг и его объект // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2004. № 5. С. 8.
- <sup>36</sup> Обзор концепций см., например: Кабалкин А.Ю. Договор возмездного оказания услуг // Российская юстиция. 1998. № 3,4; Он же. Возмездное оказание услуг // Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. Книга IV: Комментарий / Отв. ред. проф. Т.Е. Абова; А.Ю. Кабалкин. М.: Мзд. БЕК, 2000. С.100.
- <sup>37</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. Около 57000 слов. Под ред. Н.Ю. Шведовой. Изд. 5-е. М.: Русский язык, 1984. С. 746.
- <sup>38</sup> Калмыков Ю.Х. К понятию обязательств по оказанию услуг в гражданском праве // Советское государство и право. 1966. № 5. С. 117.
- <sup>39</sup> Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. М.: Статут, 1999. С. 228.
- <sup>40</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 20. Ст. 2321.
- <sup>41</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1788.

# РАСПОРЯЖЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫМ ПРАВОМ НА ПРОИЗВЕДЕНИЯ НАУКИ, ЛИТЕРАТУРЫ И ИСКУССТВА

**КОВАЛЕВ М.В.,**

*к.ю.н, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и процесса*

*Оренбургской институт (филиала) МГЮА им. О. Е. Кутафина*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50*

*тел. 8 (3532) 72-22-77*

*e-mail – oimsla\_civil@mail.ru*

***Ключевые слова:** Договор об отчуждении исключительного права, Лицензионный договор, Издательский лицензионный договор, Договор авторского заказа, Публичные лицензии (gnu gpl, eupl и др.).*

*В статье рассматривается договор об отчуждении исключительного права, лицензионный договор, договор авторского заказа и другие юридические средства распоряжения исключительным правом на произведения науки, литературы и искусства, дается толкование права автора на получение дополнительного вознаграждения за служебное произведение, предлагаются меры по совершенствованию правового регулирования договора авторского заказа, анализируется проект изменений и дополнений в раздел VII ГК РФ 2010 г. о публичных лицензиях.*

***Keywords:** Contract on assignment of exclusive right, License Agreement, Publishing license agreement, Commission contract, Public licenses (gnu gpl, eupl a.o.).*

*The article deals with contract on assignment of exclusive right, license agreement, commission contract and other methods to authorize the use of literary and artistic works, interprets the author's right on additional payment for works*

*made for hire, proposes some legislative measures on commission contract, analyses the 2010 intellectual property bill on public licenses.*

1. Являясь по своей природе нематериальными, объекты авторских прав не имеют пространственных границ. Соответственно ими невозможно физически владеть, их нельзя передавать. По этой причине допускается оборотоспособность не самих объектов авторских прав, а исключительного права на них. В силу п. 4 ст. 129 ГК РФ «результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (...) не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому. Однако права на такие результаты и средства... могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому».

Законодатель не ограничивает правообладателя в выборе способов распоряжения исключительным правом. Напротив, п. 1 ст. 1233 ГК РФ прямо подчеркивает, что такое распоряжение может осуществляться любым способом. Однако наибольшее распространение на практике все-таки получили два договора - договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор. Этим договорам законодатель уделяет особое внимание.

2. Согласно п. 1 ст. 1234 ГК РФ «по договору об отчуждении исключительного права одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в полном объеме другой стороне (приобретателю)».

Исходя из приведенного определения, можно сделать вывод о том, что договор об отчуждении исключительного права характеризуется следующими признаками.

Во-первых, договор направлен на передачу исключительного права «в полном объеме». Это означает, что не устанавливаются ограничения ни на

саму возможность использование результата интеллектуальной деятельности, ни на формы и способы такого использования. Договор, вводящий подобные ограничения, не является договором об отчуждении. В зависимости от обстоятельств дела он может быть квалифицирован как лицензионный договор или подлежит признанию недействительным<sup>1</sup>.

Во-вторых, договор является двусторонним. Одна сторона именуется правообладателем, а другая приобретателем.

В-третьих, договор может быть консенсуальным или реальным по усмотрению сторон, его заключающих.

Также по усмотрению сторон решается вопрос и о возмездности договора. В соответствии с п. 3 ст. 1234 ГК РФ «приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное».

На договор об отчуждении исключительного права распространяется ряд специальных правил.

Во-первых, к существенным условиям возмездного договора относится условие о размере вознаграждения.

Во-вторых, договор заключается только в письменной форме, а в случае отчуждения исключительного права на программу для ЭВМ или базу данных, зарегистрированную в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, также подлежит государственной регистрации в соответствующем органе. Несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации влечет за собой недействительность договора.

В-третьих, исключительное право переходит в момент заключения договора, если соглашением сторон не предусмотрено иное. Если договор подлежал государственной регистрации, исключительное право переходит в момент такой регистрации.

В-четвертых, при существенном нарушении приобретателем обязанности выплатить правообладателю в установленный договором срок

вознаграждение прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю. Если же исключительное право к приобретателю не перешло, правообладатель может отказаться от договора в одностороннем порядке и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора.

3. В соответствии с п. 1 ст. 1235 ГК РФ «по лицензионному договору одна сторона - обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах».

Из приведенного определения следует, что во многих отношениях лицензионный договор сходен с договором об отчуждении исключительного права. Он также является двусторонним, может быть реальным или консенсуальным, а из п. 5 ст. 1235 ГК РФ, кроме того, следует, что он презюмируется возмездным. То, что принципиально отличает лицензионный договор от договора об отчуждении исключительного права – это правовая цель. По лицензионному договору право не отчуждается, а передается. В этой связи п. 1 ст. 1233 ГК РФ прямо подчеркивает, что заключение лицензионного договора не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату. Отсюда и название рассматриваемого договора «лицензионный», которое происходит от латинского слова «разрешать».

Это предопределяет необходимость в четкой юридической квалификации противоправных действий лицензиата. Будет ли, например, превышение тиража книги нарушением договора, нарушением исключительного права или одновременно и тем, и другим. П. 3 ст. 1237 ГК РФ дает определенный ответ на этот вопрос – «Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации способом,

не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращении действия такого договора, либо иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, влечет ответственность за нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, установленную настоящим Кодексом, другими законами или договором».

4. Однако, независимо от того, какой договор будет заключен автором – договор об отчуждении исключительного права или лицензионный договор – установлена одна важная особенность. Согласно п. 1 ст. 1290 ГК РФ «ответственность автора... ограничена суммой реального ущерба, причиненного другой стороне, если договором не предусмотрен меньший размер ответственности автора». Это правило вводит исключение из общегражданских норм, в соответствии с которыми «лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков» (п. 1 ст. 15 ГК РФ).

5. Разновидностью лицензионного договора является издательский лицензионный договор, особенность которого состоит в том, что на издателя возлагается обязанность издать произведение, т.е. воспроизвести его и распространить полученные экземпляры (п. 1 ст. 1287 ГК РФ). В этой связи устанавливаются последствия неисполнения данной обязанности. Лицензиар вправе отказаться от договора без возмещения издателю причиненных таким отказом убытков и, более того, сам вправе требовать выплаты ему вознаграждения в полном размере.

6. Рассмотренные договоры применяются с момента появления авторского права и являются традиционными способами коммерциализации произведений. Правообладатель передает исключительное право и в обмен за это получает вознаграждение. В последнее время, однако, все большее распространение приобретает передача исключительных прав на безвозмездных началах. Отсутствие вознаграждения не всегда означает благотворительность. Это может быть хорошо продуманная маркетинговая



стратегия. Так, например, программист может привлечь к своему продукту больший интерес, а, следовательно, получить большую прибыль, если предоставит определенные компоненты бесплатно.

В этих условиях профессиональными сообществами были разработаны публичные лицензии (GNU GPL, EURL и др.), которые позволяют любому пользоваться произведением на оговоренных условиях без уплаты вознаграждения. Так, например, хорошо известный проект «Wikipedia» основывается на публичной лицензии, которая позволяет свободно изменять и дополнять содержание отдельных статей<sup>2</sup>.

В настоящее время ГК РФ не содержит каких-либо норм, регулирующих публичные лицензии. Однако в будущем положение дел может измениться. Согласно проекту изменений и дополнений в раздел VII ГК РФ ст. 1233 ГК РФ должна быть дополнена п. 6 следующего содержания:

«Правообладатель может сделать публично, то есть путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности на определенных им условиях и в течение указанного им срока. В течение этого срока любое лицо вправе использовать этот результат на указанных условиях.

При отсутствии в заявлении правообладателя указания на срок считается, что этот срок составляет пять лет.

В течение срока действия заявление не может быть отозвано, а предусмотренные в нем условия использования не могут быть изменены»<sup>3</sup>.

Поверхностный анализ этого положения позволяет заключить, что оно вводит новый способ распоряжения исключительным правом – одностороннюю сделку. В том случае, если правообладатель публично заявляет о возможности использования принадлежащего ему объекта, то это заявление порождает правовые последствия, состоящие в том, что любое лицо вправе использовать этот объект. При этом не имеет юридического значения, знал ли конкретный пользователь о данном заявлении или нет.

7. Договор об отчуждении исключительного права, лицензионный договор, и публичная лицензия опосредствуют переход исключительных прав на существующие произведения. Однако допускается также заключение договоров на создание произведения в будущем. В этой связи проводится различие между: а) договором авторского заказа и б) другими гражданско-правовыми договорами.

А) Договор авторского заказа применяется в тех случаях, когда автор самостоятельно организует свой труд по созданию произведения и выходит на рынок с предложением в качестве независимого услугодателя. В этой связи п. 1 ст. 1288 ГК РФ устанавливает: «По договору авторского заказа одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме». Из приведенного определения следует, что договор авторского заказа направлен на создание произведения в будущем и в качестве исполнителя выступает по нему сам автор.

Этими признаками обуславливаются следующие особенности в регулировании рассматриваемого договора: материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование; договор авторского заказа является возмездным, если соглашением сторон не предусмотрено иное.

По мнению Э.П. Гаврилова, «возможность заключения безвозмездных договоров авторского заказа, предусмотренная законодательством, представляется ошибочной. Думается, такие договоры противоречат общим принципам конституционного и гражданского права»<sup>4</sup>.

На первый взгляд, эта позиция выглядит вполне убедительной. Действительно, по безвозмездному договору авторского заказа автор обязуется оказать заказчику определенную услугу – создать произведение. При этом он не приобретает никакого права требовать от заказчика выплаты вознаграждения за свой труд. С другой стороны, у заказчика возникает право

требовать от автора создания произведения. Однако он не обязан выплачивать за это автору никакого вознаграждения. Выходит, что признание безвозмездного договора авторского заказа «равносильно признанию внеэкономической зависимости одного человека от другого»<sup>5</sup>.

Однако эта позиция не учитывает потребности практики в безвозмездных договорах авторского заказа. Автор может принять на себя обязанность по созданию произведения на безвозмездных началах в целях благотворительности, для того, чтобы оказать материальную помощь друзьям и т.д. В этих условиях юридические препятствия к заключению безвозмездного договора авторского заказа, неминуемо, приведут к выходу за рамки правового поля отношений сторон, что наглядно демонстрирует следующий пример.

По одной из версий песню «No Woman, No Cry», поставленную журналом «Rolling Stone» на 37 место среди 500 величайших песен всех времен, написал Боб Марли. Однако в качестве автора этой песни Боб Марли указал Винсента Форда. Мотивом для этого послужило стремление Боба Марли оказать материальную помощь Винсенту Форду за счет авторского гонорара<sup>6</sup>.

Безусловно, возможны и, видимо, на этом основывается позиция Э.П. Гаврилова, различные злоупотребления со стороны заказчика свои правом. Но для предотвращения таких злоупотреблений необходима «тонкая настройка» норм соответствующего института. В этой связи представляется целесообразным установить право автора на односторонний отказ от исполнения безвозмездного договора авторского заказа без выплаты заказчику какой-либо компенсации. Данная мера позволит, не ограничивая право автора на распоряжение исключительным правом, избежать возможности внеэкономической зависимости.

В соответствии с п. 2 ст. 1288 ГК РФ «договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление

заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах».

Как справедливо отмечает Э.П. Гаврилов, «смысл этой нормы состоит... в том, что договор авторского заказа «должен» (а не «может!») предусматривать либо отчуждение заказчику исключительного права, либо предоставление заказчику права на использование: «может» относится к возможности выбора между этими двумя условиями». В этой связи вызывает возражение позиция А.А. Молчанова, указывающего, что «при отсутствии в авторском договоре заказа условий о передаче авторских прав на произведение заказчику, последнему принадлежит лишь право собственности или право временного пользования материальным носителем произведения»<sup>7</sup>.

Однако в равной степени нельзя согласиться и с Э.П. Гавриловым, который в ходе дальнейших своих рассуждений отмечает: «ГК РФ не указывает, какое именно содержание договора авторского заказа должно презюмироваться. Однако следует считать, что при наличии неустранимых сомнений и разногласий относительно содержания договора авторского заказа должно предполагать, что договор предусматривает отчуждение исключительного права». Но, если договор авторского заказа, по справедливому замечанию самого автора, «должен» (а не «может!») предусматривать, отчуждается ли право или же оно только предоставляется, то это значит, что никакие презумпции не устанавливаются. Следует признать, что соответствующее условие относится к числу существенных, и при отсутствии этого условия в договоре он не считается заключенным.

Акт творчества носит индивидуальный характер. То, что один делает быстро, другой может делать медленно. Показателен пример, приведенный Плутархом: «... говорят, когда живописец Агафарх однажды хвалился, что он скоро и легко рисует фигуры живых существ, то Зевксид, услышав это, сказал: «А я так долго!»<sup>8</sup>. Поэтому общее правило п. 2 ст. 314 ГК РФ, допускающее в отсутствие соглашения сторон руководствоваться разумным

сроком исполнения обязательства, к договору авторского заказа не применяется. В соответствии с п. 1 ст. 1289 ГК РФ необходимо, чтобы этот срок был точно установлен в договоре. В противном случае договор не считается заключенным.

Теми же причинами вызвано появление правила п. 2 ст. 1289 ГК РФ, устанавливающего, что в случае просрочки исполнения договора автору «при необходимости и при наличии уважительных причин» предоставляется дополнительный льготный срок продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, в целях завершения создания произведения, если соглашением сторон не предусмотрен более длительный льготный срок». И только по истечении этого льготного срока заказчик вправе в одностороннем порядке отказаться от договора авторского заказа.

Однако заказчик также вправе отказаться от договора авторского заказа непосредственно по окончании срока, установленного договором для его исполнения, если договор к этому времени не исполнен, а из его условий явно вытекает, что при нарушении срока исполнения договора заказчик утрачивает интерес к договору.

Согласно с п. 2. ст. 1290 ГК РФ «в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора авторского заказа, за которое автор несет ответственность, автор обязан возратить заказчику аванс, а также уплатить ему неустойку, если она предусмотрена договором. При этом общий размер указанных выплат ограничен суммой реального ущерба, причиненного заказчику».

Б) При создании произведения в рамках договора авторского заказа автор совмещает две экономические функции: функцию производителя и функцию организатора производства. Между тем, в современной экономике эти функции, чаще всего разделены. Одни лица занимаются производством товаров, работ и услуг, другие – организуют производство этих товаров, работ и услуг. В основе соответствующего разделения лежит риск – один из

ключевых феноменов рыночной экономики. Объясняя значение этого феномена, экономисты рассуждают следующим образом.

Экономическая деятельность протекает в условиях неопределенности, поскольку «блага производятся для рынка, исходя из совершенно безличных прогнозов о потребностях, а не для удовлетворения нужд самих производителей». Это побуждает «сомневающимся и робких» в обмен на определенный доход, гарантированный «уверенными в себе и азартными» отдать в их руки функции управления своим трудом. Так появляется «новый функционер экономики - предприниматель». Он принимает решения, что и как производить, а, с другой стороны, несет ответственность за последствия принятых им решений. В случае успешности последних предприниматель получает прибыли, при их неудаче на него падают убытки<sup>9</sup>.

В этих условиях создание произведения опосредуется двумя договорами: гражданско-правовыми договорами, по которым лица, организующие труд авторов, обязуются передать результаты этого труда заказчику и трудовыми договорами.

При регулировании первой группы договоров законодатель проводит различие между договорами, предусматривающими создание произведения и договорами, по которым создается произведение в ходе выполнения другого задания. При этом законодатель значительно суживает сферу применения соответствующих договоров, ограничивая их предмет программами для ЭВМ и базами данных<sup>10</sup>.

В зависимости от того, как распределяются права на произведение между исполнителем и заказчиком в рассматриваемых договорах, различается две модели регулирования.

В рамках первой модели исключительное право на программу или базу данных переходит к заказчику. Однако за подрядчиком (исполнителем) сохраняется право использовать такую программу или такую базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой

(неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.

В рамках второй модели исключительное право на программу или базу данных сохраняется за исполнителем (подрядчиком). Однако заказчику переходит право использовать такую программу или такую базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права.

Выбор и условия применения любой из этих моделей основывается на соглашении сторон. В отсутствие такого соглашения действуют презумпции.

При заключении гражданско-правового договора, предметом которого было создание программы для ЭВМ или базы данных по заказу, презюмируется использование первой модели (п. 1 ст. 1296 ГК РФ). При заключении договора подряда или договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали создание программы для ЭВМ или базы данных, презюмируется использование второй модели (п. 1 ст. 1296 ГК РФ).

Особые правила рассчитаны на государственный или муниципальный контракт для государственных или муниципальных нужд.

По общему правилу п. 1 ст. 1298 ГК РФ исключительное право на произведение, созданное по такому контракту, сохраняется за исполнителем. В этом случае исполнитель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование произведения для государственных или муниципальных нужд (п. 3 ст. 1298 ГК РФ).

Однако государственный или муниципальный контракт для государственных или муниципальных нужд может предусматривать, что исключительное право на произведение: переходит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию либо

принадлежит совместно исполнителю и Российской Федерации, исполнителю и субъекту Российской Федерации или исполнителю и муниципальному образованию.

В первом случае исполнитель обязан передать соответствующее право Российской Федерации, субъекту Российской Федерации и муниципальному образованию (п. 2 ст. 1298 ГК РФ). Во втором случае государственный заказчик вправе предоставить безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование произведения для государственных или муниципальных нужд, уведомив об этом исполнителя. Применение соответствующих правил не зависит от того, предусматривал ли государственный или муниципальный контракт создание произведения по заказу или создание его выходило за рамки непосредственного задания.

При регулировании трудовых договоров, по которым работник-автор обязуется осуществлять деятельность, направленную на создание произведения устанавливаются следующие особенности.

По трудовому договору работник-автор обязуется осуществлять деятельность, направленную на создание произведения. В результате этой деятельности появляется служебное произведение. В этой связи п. 1 ст. 1295 определяет, что служебное произведение – это произведение, созданное в пределах, установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (служебное произведение).

По общему правилу результаты трудовой деятельности работника целиком принадлежат работодателю. Именно он становится единоличным собственником сшитой одежды, построенного здания и т.п., и вправе самостоятельно определять юридическую судьбу соответствующих вещей. Однако в отношении служебных произведений установлены особые правила. Законодатель признает совместную принадлежность этих произведений за работодателем и работником-автором.



В зависимости от того, как распределяются права на служебное произведение между работодателем и работником-автором, различается две модели регулирования.

В рамках первой модели за работодателем признается право на обнародование служебного произведения и исключительное право на служебное произведение (п. 2 ст. 1295 ГК РФ, п. 3 ст. 1295 ГК РФ). Следовательно, он может определять, использовать произведение или сохранить его в тайне, как использовать произведение и т.д. Но при этом работник-автор приобретает право авторства, право на имя и право на неприкосновенность (п. 1 ст. 1295 ГК РФ, ст. 1255 ГК РФ). Это позволяет ему оказывать существенное влияние на характер и способы использования служебного произведения.

Однако сказанным все дело не ограничивается. За автором признается право на получение дополнительного вознаграждения. В этих условиях возникает вопрос, как соотносится между собой заработная плата и вознаграждение.

По мнению Э.П. Гаврилова, «если трудовой договор предусматривает включение творческой деятельности... в трудовую функцию работника, то заработная плата включает в себя вознаграждение за использование служебных произведений»<sup>11</sup>.

Однако с этим мнением можно согласиться лишь отчасти.

В соответствии с ч. 1 ст. 129 ГК РФ заработная плата включает в себя три составные части:

- вознаграждение за труд;
- компенсационные выплаты (доплаты и надбавки компенсационного характера, в том числе за работу в условиях, отклоняющихся от нормальных, работу в особых климатических условиях и на территориях, подвергшихся радиоактивному загрязнению, и иные выплаты компенсационного характера);

- стимулирующие выплаты (доплаты и надбавки стимулирующего характера, премии и иные поощрительные выплаты).

По цели вознаграждение за использование служебного произведения сходно со стимулирующими выплатами. В обоих случаях поощряется и тем самым стимулируется более высокая производительность труда. Однако по юридической природе эти меры разные. Стимулирующие выплаты осуществляются работникам на основании трудового договора. Вознаграждение за использование служебного произведения, напротив, выплачивается в силу норм гражданского закона.

В рамках второй модели за автором признается право авторства, право на имя, право на неприкосновенность и исключительное право на произведение. Следовательно, в данном случае он, а не работодатель вправе определять характер и способы использования произведения. Но при этом работодатель может использовать произведение способами, обусловленными целью служебного задания, и в вытекающих из задания пределах, а также обнародовать такое произведение.

Выбор одной из этих моделей основывается на соглашении между работодателем и работником-автором. В отсутствие такого соглашения вступают в действие правила п. 2 ст. 1295 ГК РФ. Согласно этим правилами первая модель применяется, если в течение трех лет со дня, когда служебное произведение было предоставлено в распоряжение работодателя, он начал использование служебного произведения либо передал право на использование служебного произведения другому лицу, либо принял решение о сохранении служебного произведения в тайне. В противном случае применяется вторая модель.

---

<sup>1</sup> П. 13.1. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 5/29 от 26 марта 2009 года «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ».

<sup>2</sup> См.: <http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:About> (дата обращения 06.02.2011). Более подробно о публичных лицензиях см.: Зуев Ф. Обзор публичных лицензий //Компьютерра № 21 от 07 июня 2006 года.

<sup>3</sup> См. Проект изменений в раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации. Доступен к скачиванию по адресу: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html> (дата обращения 06.02.2011).

<sup>4</sup> Гаврилов Э.П. Комментарий к главам 69, 70, 71, 76 части четвертой Гражданского кодекса РФ. «Экзамен», 2008. СПС «Гарант».

<sup>5</sup> Степанов Д.И. Услуги как объект гражданских прав. М., 2005, с. 171.

<sup>6</sup> См. : [http://en.wikipedia.org/wiki/No\\_Woman\\_No\\_Cry](http://en.wikipedia.org/wiki/No_Woman_No_Cry) (дата обращения 06. 11. 2010).

<sup>7</sup> Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). Под редакцией Ю.А. Дмитриева, А.А. Молчанова. М.: «Деловой двор», 2008. СПС «Гарант».

<sup>8</sup> Плутарх. Избранные жизнеописания. В двух томах. Том 1. М.: Правда, 1986, с. 296.

<sup>9</sup> Knight F. H. Risk, Uncertainty and Profit. London: London School of Economics and Political Science, 1933, p. 268, 270. Обзор других точек зрения по рассматриваемому вопросу см.: Ковалев М.В. Актуальные вопросы правового регулирования предпринимательской деятельности: Монография. Оренбург: ООО «Агентство «Пресса», 2009, с. 49-56.

<sup>10</sup> Поскольку никаких оснований для подобного сужения на практике выявлено не было, в проекте изменений и дополнений в раздел VII ГК РФ предлагается распространить действие соответствующих положений на все произведения (См. Проект изменений в раздел VII Гражданского кодекса Российской Федерации. Доступен к скачиванию по адресу: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html> (дата обращения 06.02.2011).

<sup>11</sup> Гаврилов Э.П. Указ. соч.

## **ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ ПРИЗНАКОВ ЦЕННЫХ БУМАГ**

***МАРЧЕНКО Т.В.,***

***к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса,***

***Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,***

***460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,***

***тел. 8 (3532) 72-22-77,***

***post@oimsla.edu.ru***

***Ключевые слова:*** бездокументарные ценные бумаги; документ; имущественные права; информация; презентация; реквизит; формальность; ценные бумаги.

*Работа посвящена исследованию основных признаков ценных бумаг, вытекающих из определения понятия ценной бумаги в гражданском законодательстве. Освещаются проблемы правовой квалификации отношений, возникающих в связи с их выпуском, и предлагаются пути их решения.*

**Key words:** *undocumented securities; document; property rights; information; presentation; requisites; formality; securities.*

*The work deals with the research of the main signs of the securities, which result from the definition of the notion of the security in the civil legislation. The problems of the legal qualification of the relations, which appear in connection with their issue, are elucidated and the ways of their solution are offered.*

В период становления теории ценных бумаг большинство юристов сходилось во мнении, что не существует даже просто четких определений понятия ценных бумаг, не говоря уже об их единстве. Поэтому в своих трудах они предпочитали указывать существенные признаки ценных бумаг, а не давать их точное определение. По утверждению большинства исследователей, признаки ценных бумаг были выявлены германскими коммерциалистами в конце XIX - начале XX в., а свое начало теория ценных бумаг ведет от работы Г. Бруннера, опубликованной в 1882 г. («Воплощение субъективного права и необходимость презентации»)<sup>1</sup>. Определение ценной бумаги Jacobі содержало всего три признака - документарность, удостоверение имущественных прав, необходимость предъявления для реализации права на бумагу и права из бумаги. Также признаки ценных бумаг исследовали Н.О. Lehmann, Н. Dernburg, С. Crome, М.М. Агарков, Е.А. Крашенинников и др.<sup>2</sup>

Из определения ценной бумаги в п. 1 ст. 142 ГК РФ можно вывести следующие признаки ценных бумаг: документарность; формальность;

удостоверение имущественных прав; необходимость предъявления документа для реализации «права на бумагу» и «права из бумаги» (презентация); легальные основания отнесения документа к числу ценных бумаг; публичная достоверность<sup>3</sup>.

Первым из признаков является документарность ценных бумаг.

К.В. Павлов выделяет три основных признака, которые являются общими для определения ценной бумаги по германскому праву: а) документ; б) гарантированное (фиксированное) право; в) связь между правом и документом. Ценная бумага как документ представляет в смысле частного права официально написанную бумагу, которая содержит в себе частноправовое существенное значение<sup>4</sup>.

Что же такое документ по российскому законодательству? В ст. 2 ФЗ от 27 июля 2006 г. № 149 «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>5</sup> (далее – Закон об информации) сказано, что «документированная информация (документ) - зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию или в установленных законодательством РФ случаях ее материальный носитель». Таким образом, современное законодательство выделяет два вида документа: 1) как информация с реквизитами на материальном носителе; 2) материальный носитель.

Ст. 128 ГК РФ перечисляет виды объектов гражданских прав, относя к ним вещи, включая ценные бумаги, а также информацию, которая соответственно вещью не является. Это подтверждается и Законом об информации, где информация представлена как «сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления» (ст. 2), тем самым подчеркивается нематериальность данного объекта гражданских прав. ГК РФ ценные бумаги отнесены к категории вещей, следовательно, первое определение документа для ценных бумаг не применимо, иначе пришлось бы исключить их из данной категории.

Понятие информации содержится также в ч. 4 ГК РФ<sup>6</sup>, однако оно характеризует сведения об авторском и смежном праве и к ценным бумагам применимо быть не может (ст.ст. 1300, 1310 ГК РФ).

Понятие документа содержится также и в ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77 «Об обязательном экземпляре документов»<sup>7</sup>: документ – это «материальный носитель с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи (фонограммы), изображения или их сочетания, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования и хранения». В.К. Андреев считает, что определение документа имеет общеправовое значение вне зависимости от того, является ли им ценная бумага или акт органа исполнительной власти<sup>8</sup>.

Однако можно согласиться с мнением авторов о том, что это определение без каких-либо уточнений не может быть применимо к ценным бумагам, так как не раскрывает функции, которые ценная бумага должна выполнять в качестве документа<sup>9</sup>. Помимо этого указание целей его использования сужает сферу применения любого документа.

Как отмечает В.А. Белов, российское понятие ценных бумаг близко к понятию ценных бумаг континентального права (Франции, ФРГ, Швейцарии), где ценная бумага определяется как всякий документ, с которым связано какое-либо право так, что оно без этого документа не может быть ни осуществлено, ни передано другому лицу. По праву Англии и США, оборотный документ – это всегда документ по содержанию денежный, а по форме – предъявительский или ордерный, то есть англосаксонское понятие уже континентального (векселя, чека)<sup>10</sup>.

Как определил А.Ф. Черданцев, ценные бумаги, наряду с деньгами, являются видом юридических документов<sup>11</sup>. Понятие документа, на наш взгляд, применительно к ценным бумагам можно представить как материальный носитель, фиксирующий информацию с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать, и имеющий доказательственную силу<sup>12</sup>. То есть можно выделить такие признаки документа: 1) материальный

носитель (бумажный, электронный, лазерный и т.д.); 2) наличие информации; 3) информация воспроизводится путем активации записи, что позволяет выявить реквизиты ценной бумаги и определить содержание документа; 4) доказательственная сила документа означает, что он доказывает, подтверждает возникновение, существование и возможность реализации прав, закрепленных в ценной бумаге.

Обладают ли ценные бумаги в бездокументарной форме признаком документарности? Используя понятие «бездокументарные ценные бумаги», законодатель, по мнению А.В. Майфата, заимствует свою позицию из американской правовой системы, где используется термин «доля», «участие», «интерес», «контракт», «инвестиции», объединяя их общим понятием «securities», которое «представляет собой совокупность имущественных прав, принадлежащих инвестору вне зависимости от формы, в которой это право зафиксировано (в документе, реестре или иным образом)»<sup>13</sup>. Нормы о бездокументарных ценных бумагах (uncertificated security) содержатся в Единообразном торговом кодексе (ЕТК) США уже с 1972 г.

В нашем законодательстве конструкция ценных бумаг в форме «записей на счетах» была введена положением «О выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР».

Но сам принцип и характер включения в круг ценных бумаг их бездокументарной формы оказались предметом споров и дискуссий. В российской цивилистике в настоящий момент сложились две различных концепции в понимании правовой природы ценных бумаг: существования документарной и бездокументарной теорий. Одни авторы полагают, что только та ценная бумага признается таковой, которая представляет собой документ, не относя к ним бездокументарные ценные бумаги (документарная концепция). Ее сторонниками являются, например, Е.А. Суханов, Л.Р. Юлдашбаева, В.А. Белов. Другие же, например, В.К. Андреев, говорят о едином понимании ценной бумаги, развивая учение о «бестелесных» вещах

(бездокументарная теория). Сторонники этой идеи предлагают понимать ценные бумаги как вещи, лишенные материального субстрата, как обязательственные права.

ГК РФ среди объектов гражданских правоотношений называет вещи, и к разновидности вещей относит все виды ценных бумаг. Однако сходство между ценными бумагами и вещами никогда не было полным и всегда носило внешний характер. Нормы о вещах применяются к ценным бумагам только по возможности, то есть там, где это «не противоречит их специфическим статусам, обусловленным обязательственной правовой природой»<sup>14</sup>. По мнению М. Крыловой, необходимость придания имущественным отношениям большей динамики вызвала появление правовых конструкций, которые, опосредуя обязательственные правоотношения, позволили включить права в имущественный оборот наподобие реальных вещей. Для обозначения этого явления обычно используют выражение «право овеществляется в бумаге». Но, по словам М.М. Агаркова, «этой формуле нельзя придавать значения больше, чем образному выражению..., не обладающему той степенью точности, которая необходима в юридических построениях»<sup>15</sup>.

Одни авторы полагают, что ценная бумага – это бестелесная вещь, то есть совокупность установленных законом гражданских прав, своеобразная правовая условность, фикция, не имеющая никакой материальной формы. Другие авторы считают, что нельзя рассматривать «бездокументарные ценные бумаги» как «бестелесные вещи» и такой взгляд приведет лишь к усложнению реальной ситуации, ничего не добавляя к статусу управомоченного лица<sup>16</sup>. А вот бездокументарный «способ фиксации права» – это новый неизвестный ранее способ фиксации некоторых прав, традиционно закреплявшихся в обычных ценных бумагах, а значит, нет оснований для пересмотра общей категории ценных бумаг и ее законодательного определения. К схожему выводу приходит А. Трофименко и другие авторы, утверждая, что не следует смешивать понятия ценной



бумаги и различных форм фиксации прав. Существует возможность практически полного применения теории «документарных» ценных бумаг к иным способам фиксации информации, и при подобном подходе оказывается применимым большинство классических положений, разработанных для ценных бумаг, что позволит положить конец спорам вокруг идеи «бездокументарных ценных бумаг» и подойти к разработке общей теории оборота прав, удостоверяемых материальными носителями<sup>17</sup>.

Согласно п. 1.3.1. «Концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках», рекомендованной Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, «представляется нецелесообразным исключать такого рода права из круга ценных бумаг и рассматривать их как объекты иного рода, поскольку, с нашей точки зрения, превалирующее значение должно быть отдано характеру прав, а не способу их фиксации. Такое исключение, хотя и может быть оправдано с теоретической точки зрения, на практике может привести к масштабной и коренной ломке значительного массива нормативных актов, имеющих широкое и повседневное применение. В связи с этим, целесообразно сохранить в качестве родового понятие «ценные бумаги», имея в виду, что оно должно охватывать как классические ценные бумаги, так и права, зафиксированные посредством записей по счетам»<sup>18</sup>.

Анализ норм ГК РФ и ФЗ «О рынке ценных бумаг» от 22 апреля 1996 г. № 39<sup>19</sup> (далее – Закон о РЦБ) с изменениями и дополнениями<sup>20</sup> позволяет сделать вывод о том, что законодатель в действительности не выделяет таких разновидностей ценных бумаг, как «документарная» и «бездокументарная». Длительные споры по поводу различий в их правовой природе можно было бы свести к минимуму, если принять понимание документа, данного в Законе об информации, как материального носителя с информацией определенного рода (бумажного, электронного и т.д.). В обоих случаях имущественные права имеют воплощение в документе, являющемся вещью. Аналогичной позиции придерживается А.Е. Камышанова, утверждавшая, что «... и при

фиксации имущественных прав в бездокументарной форме существует материальный носитель, в роли которого будет выступать соответствующий бумажный или электронный реестр»<sup>21</sup>.

Из смысла п. 1 ст. 149 ГК РФ вытекает, что специальный субъект может фиксировать права из ценной бумаги как в документарной, так и в бездокументарной форме. Не должно быть вообще разделения ценных бумаг на документарные и бездокументарные, должны быть только разные способы фиксации прав со своими особенностями. Поэтому название ст. 149 ГК РФ «Бездокументарные ценные бумаги» нужно изменить на «Бездокументарный способ фиксации прав по ценным бумагам» и в тексте статьи заменить соответствующие выражения.

Поскольку ранее установлено, что документ – это материальный носитель, фиксирующий информацию, то не обязательно, чтобы это был только бумажный носитель. «Тип материального носителя не влияет на то, какие права удостоверяет документ. ... Отсутствие бумажного носителя информации не лишает ценную бумагу безбумажного типа признака документарности»<sup>22</sup>. Поэтому ценная бумага как документ может находиться также на бумажном, электронном, магнитном носителе. В п. 1 ст. 142 ГК РФ права удостоверяются документом, находящимся в руках кредитора, в п. 2 ст. 142 ГК РФ - документом, находящимся в руках третьих лиц<sup>23</sup>.

Документы могут «фиксироваться» на различных носителях и, как следствие, иметь различную материализацию письменной формы. На бумажном носителе ценные бумаги традиционно выражались в виде отдельно существующего документа, текст которого воспроизводит обязательные реквизиты ценной бумаги и ничего более. Ценные бумаги в таком виде именуются документарными классическими ценными бумагами. При рассмотрении вопроса о сущностных различиях между «документарными» и «бездокументарными» ценными бумагами Г.Н. Шевченко констатирует, что таковых нет. Они закрепляют субъективные гражданские права, являющиеся обрацаемыми<sup>24</sup>.

Таким образом, предпочтительной является позиция тех ученых, которые форму ценной бумаги усматривают в технических характеристиках исполнения бланка<sup>25</sup>. По мнению С.Е. Долгаева, это позволит рассматривать бездокументарные ценные бумаги в гражданском обороте исключительно как средство юридической техники<sup>26</sup>.

Появление и развитие средств звукозаписи, электронно-вычислительной техники заставило признать значение документа за объектами с такими свойствами, которые исключали органолептическое, непосредственное восприятие содержания данного документа.

Тем не менее, идет ли речь о бумажной вещи с зафиксированным на ней текстом, либо об электронных носителях текстуальной информации, которая может быть воспроизведена визуально и материально, перед нами в широком смысле документ с «информацией в виде текста»<sup>27</sup>. «Особое значение имеет машинная информация, под которой понимается информация, циркулирующая в вычислительной среде, зафиксированная на физическом носителе в форме, доступной восприятию ЭВМ, или передающаяся по телекоммуникационным каналам»<sup>28</sup>.

Нормы вещного права могут быть применены только к ценной бумаге как к документу (вещи, материальному носителю), а не к тем правам, которые она воплощает в любой форме. Если права в бездокументарной форме закреплены в компьютеризированном реестре, то как происходит передача права собственности? Конечно же, не путем передачи компьютера. Собственник ценной бумаги в бездокументарной форме не владеет ей как вещью, так что непосредственной передачи «из рук в руки» не происходит. Переход фиксируется специализированными субъектами особым образом. Следует признать, что не все институты вещного права безоговорочно применимы при бездокументарном способе фиксации прав, например, виндикация. Поэтому возможно сделать дополнение к ст. 149 ГК РФ «нормы о праве собственности и других вещных правах применяются к

ценным бумагам в бездокументарной форме, если иное не вытекает из содержания и характера закрепленных в них прав».

В «Докладе о концептуальных подходах к месту и роли депозитарной деятельности на современном рынке ценных бумаг» от 1 июля 1997 г. № 05-01-01, подготовленном в письме Центрального банка РФ, ФКЦБ РФ и Министерства финансов РФ, отмечено: «Необходимо рассматривать бумажный документ и «бездокументарную форму» как два возможных способа фиксации прав из ценной бумаги, оставляя возможность и для других, не противоречащих законодательству способов фиксации. При этом: ценная бумага остается имуществом, вещью вне зависимости от выбора способа фиксации прав из нее. Следовательно, для любой ценной бумаги с любой формой фиксации прав из нее действуют общие нормы гражданской оборотоспособности, установленные для имущества, для вещей»<sup>29</sup>.

Анализ постановлений Президиума ВАС РФ по конкретным делам позволяет выделить наметившуюся тенденцию, свидетельствующую о том, что судебная практика склоняется к тому, чтобы применять к бездокументарным ценным бумагам, равно как и к документарным, одни и те же вещные гражданско-правовые институты и нормы<sup>30</sup>. При разрешении споров, связанных с ценными бумагами, выпущенными в бездокументарной форме, суд без каких-либо оговорок применяет вещные институты гражданского права, такие, как институт права собственности на бездокументарные ценные бумаги, виндикацию. «ВАС РФ в своей практике исходит из возможности предъявления виндикационного иска как способа защиты права собственности на акции, включая бездокументарные. Данный подход позволяет более четко разграничивать основания требования при возможной конкуренции исков, например, об истребовании акций на основании признания недействительной сделки, по которой они были приобретены их фактическим владельцем, или в порядке виндикации»<sup>31</sup>.

Второй признак ценной бумаги – формальность. Согласно ст. 142 ГК РФ ценная бумага как документ должна быть составлена в установленной

форме с наличием обязательных реквизитов. Этот признак отражает необходимость помещения в нее всех реквизитов, без которых нет самой ценной бумаги.

«Форма» – это технические характеристики исполнения бланка бумаги<sup>32</sup>. Однако, как справедливо отмечает А.В. Габов, при таком понимании «формы» из поля зрения выпадает «бездокументарная» реальность ценных бумаг, он считает, что форма - это способ фиксации прав, удостоверенных ценной бумагой<sup>33</sup>. Только по отношению к институту ценных бумаг ГК РФ выдвигает форму «определяющим и конструирующим признаком» главного понятия института, в то время как в других институтах первична содержательная сторона основополагающих понятий<sup>34</sup>. Само определение ценной бумаги как документа исключает ее выдачу в устной форме<sup>35</sup>. На наш взгляд, форма документа – это не только сам носитель информации, но и форма фиксации прав.

Поэтому форма фиксации прав из ценных бумаг должна соответствовать более строгим требованиям, отличным от всех иных способов удостоверения гражданских прав, должна конкретно и достоверно фиксировать факт существования прав и их принадлежность определенному лицу. По мнению В.А. Белова, «под реквизитами понимается совокупность фактических обстоятельств такого рода, что отсутствие сведений хотя бы об одном из них лишает информационную запись статуса документа. Наличие же данных обо всех обстоятельствах, предусмотренных законодательством для данного вида документов (реквизитов) автоматически придает данной информационной записи статус документа, вне зависимости от стремления лица, которое составило эту запись»<sup>36</sup>. Можно согласиться с такой трактовкой реквизитов, сделав при этом дополнение: такие реквизиты должны быть отнесены к числу обязательных, если же реквизит определимый, то его отсутствие не влияет на действительность документа.

Реквизиты устанавливаются тем нормативным актом, который объявил документ ценной бумагой. Реквизиты составляют в совокупности

содержание ценной бумаги как сделки. Слово реквизит произошло от латинского слова «reguisitum» - «необходимое». В законодательстве, как правило, везде используется сочетание «обязательные реквизиты», но в некоторых случаях встречалось выражение «дополнительные реквизиты»<sup>37</sup>. Поэтому можно согласиться с заключением А.А. Вишневого о выделении «реквизитов безусловно обязательных» и «реквизитов, отсутствие которых не влечет автоматического лишения документов вексельной силы, но может быть восполнено в силу существующих в вексельном праве презумпций»<sup>38</sup>, и применить данный вывод к реквизитам ценных бумаг вообще (обязательные и определяемые). С помощью реквизитов можно проводить разграничение одной ценной бумаги от другой, поскольку они содержат не что иное, как идентификационные признаки ценных бумаг.

Третий признак ценной бумаги – удостоверение имущественных прав кредитора.

В ст. 142 ГК РФ определено, что ценная бумага удостоверяет имущественные права. В ст. 2 Закона о РЦБ сказано, что эмиссионная ценная бумага закрепляет совокупность имущественных и неимущественных прав. В.С. Белых указывает, что все ценные бумаги «обладают существенным свойством – их ценность заключается не в качестве материального носителя, а в содержании имущественных и неимущественных прав»<sup>39</sup>.

Акция предоставляет право акционеру на участие в управлении акционерным обществом. Данное право является неимущественным. Для других ценных бумаг не предусмотрено закрепление неимущественных прав. Однако Л.Р. Юлдашбаева считает, что право на участие в управлении акционерным обществом направлено на реализацию имущественных прав акционера, и в этом смысле имеет денежную оценку, как и совокупность прав, удостоверяемых акцией, что видно в процессе оборота ценных бумаг. Таким образом, в широком значении понятия акция закрепляет имущественные права<sup>40</sup>. Согласно ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относится имущество, в том числе имущественные права. Л.

Эннексерус считает, что «имущественные права предназначены для удовлетворения потребностей лица, и ... являются не только средством для осуществления этической обязанности в отношении другого лица, но имеют своей ближайшей целью удовлетворение самого обязанного лица»<sup>41</sup>. В качестве имущественных прав он называет вещные права, права на нематериальные блага, обязательственные права и наследственное право.

Ст. 209 ГК РФ указывает на то, что право собственности имеет своим предметом имущество. Получается, что можно приобрести право собственности на имущественное право, т.е. имущественные права являются объектом вещных прав. По мнению В.А. Белова это противоречит здравому смыслу<sup>42</sup>. «Имущество» и «имущественные права» – это самостоятельные категории. Имущественные права являются объектами гражданских прав, но не объектами вещных прав. В.К. Андреев считает, что из анализа ст. 128 ГК РФ можно предположить, что имущественные права – это какая-то часть обязательственных прав, а не вещные права. Подобный вывод он делает из предмета залога, где имущественные права употребляются в значении, тождественном праву требования (ст. 336 ГК РФ). Виды имущественных прав, которые могут удостоверяются ценные бумаги, возникают из обязательств договорного характера<sup>43</sup>. Д.В. Мурзин также указывает, что права, удостоверяемые большинством ценных бумаг, относятся к обязательственным<sup>44</sup>. С этим можно согласиться, и признать такие права вещными нельзя, так как они не обладают абсолютным характером: по ценным бумагам устанавливается связь только между держателем и обязанным лицом.

Не могут удостоверяются ценной бумагой права, неразрывно связанные с личностью кредитора, в частности, требования об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью. Ценная бумага удостоверяет только то имущественное право, которое прямо указано в законе.

Четвертый признак ценной бумаги – необходимость предъявления документа для реализации «права на бумагу» и «права из бумаги» (презентация).

Предъявление бумаги необходимо для осуществления выраженного в ней права. Оно необходимо кредитору для легитимации его в качестве субъекта выраженного в ней права, и должник может выполнять свою обязанность только в отношении предъявителя бумаги. Однако, это полностью справедливо лишь для бумаг на предъявителя, для других – легитимационное действие ценной бумаги основано еще и на некоторых иных юридических фактах. То есть для осуществления права, выраженного в бумаге, не всегда достаточно одного предъявления, а нужна еще дополнительная легитимация<sup>45</sup>. Именная ценная бумага легитимирует своего держателя, если он означен еще и в книгах (реестре) обязанного лица.

С вещно-правовой точки зрения для ректа-бумаг действует принцип: право на бумагу как телесную вещь следует праву, которое выражено в бумаге (*Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier*)<sup>46</sup>. В противоположность этому в предъявительских, ордерных и именных ценных бумаг право, выраженное в бумаге, следует праву на бумагу<sup>47</sup>. Принцип следования права по бумаге вещному праву на бумагу, согласно российскому законодательству, характерен для всех ценных бумаг, обладающих публичной достоверностью.

В.К. Андреев необходимость предъявления объясняет абстрактностью возникновения права из ценной бумаги<sup>48</sup>. ГК РФ в ч. 1 п. 2 ст. 147 устанавливает абстрактность для всякого обязательства, выраженного ценной бумагой, в следующих выражениях: «отказ от исполнения обязательства, удостоверенного ценной бумагой со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность не допускается». Абстрактность – следствие различного отношения права к роли и значению основания сделок различных типов. Ценная бумага является одновременно и



правоустанавливающим документом и средством доказывания воплощенных в ней прав, и основанием, подтверждающим исполнение по этой бумаге.

Выдача отдельных ценных бумаг иногда основывается на отношениях займа (ст.ст. 815-817 ГК РФ), это - первичное обязательство. И это обязательство может трансформироваться во вторичное, абстрактное, где отказ от исполнения со ссылкой на отсутствие основания либо на его недействительность не допускается (п. 2 ст. 147 ГК РФ). Вторичное обязательство, порожденное ценной бумагой, теряет первоначальное основание.

А.В. Мурзин заметил противоречие современной теории ценных бумаг: общая норма говорит об абстрактности (п. 2. ст. 147 ГК РФ), она же объясняет публичную достоверность, но в то же время признается, что ценные бумаги могут быть каузальными, если они содержат ссылку на основную сделку.

Из начала презентации следует, что право собственности или иное вещное право на документ должно быть таким образом связано с правом, инкорпорируемым в нем, что без него оно не может быть ни осуществлено, ни передано, то есть в наличии взаимосвязь «права на бумагу» с «правом из бумаги».

Ценные бумаги отнесены к вещам, а признак вещи – выраженная во вне материальная форма (ст. 128 ГК РФ). Как правило, они являются индивидуально-определенными вещами (кроме бумаг на предъявителя).

«Ценная бумага - специализированная вещь, так как является объектом права не сама по себе, а потому что выражает право на что-то, имеющее ценность. В то же время, если бы право осуществлялось беспрепятственно без бумаги, то ему незачем было искать воплощения в бумаге. Поэтому ценной бумагой является только тот документ, который право на ценность ставит в неразрывную связь с бумагой, а не каждый документ, свидетельствующий о праве на ценность»<sup>49</sup>. Аналогичной позиции придерживаются М.М. Агарков и В.А. Белов<sup>50</sup>. «Следовательно, сущность

ценных бумаг заключается в той связи, которая существует между данным правом и документом»<sup>51</sup>.

Ценные бумаги в бездокументарной форме также обладают данным признаком. При обращении владельца для осуществления своих прав, регистратору необходимо удостовериться, что презентант не только надлежащим образом легитимирован, но и обладает всем набором прав, воплощенных в ценных бумагах в бездокументарной форме. Для этих целей регистратор активизирует соответствующие ведущиеся у него записи на том носителе, на котором зафиксированы права владельца. В этот момент документ не на бумажном носителе овеществляется. Данные действия можно квалифицировать как презентацию, а право владельца ценной бумаги в бездокументарной форме требовать совершения соответствующих действий от регистратора – реализацией «права на бумагу». Без совершения этих действий невозможно осуществление «права из бумаги».

Пятый признак ценных бумаг: легальные основания отнесения документа к числу ценных бумаг.

Согласно ст. 143 ГК РФ к ценным бумагам относятся документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг. То есть, недостаточно того, что документ соответствует признакам ценной бумаги, требуется еще и законодательное подтверждение. Необходимость существования такого признака связана с одинаковым пониманием сущности ценных бумаг всеми участниками экономического оборота и исключением «самодеятельного нормотворчества».

По мнению М.В. Митрошиной, этот внешне формальный признак на самом деле имеет значение решающего условия для юридической науки и практики, поскольку юридическая сущность ценной бумаги такова, что практически любое имущественное право может быть представлено в данной вещной форме. Под легитимацией в юридической науке принято понимать подтверждение и публичное признание определенного лица носителем

конкретного субъективного права, в нашем случае – управомоченного держателя ценной бумаги, воплощающего это право<sup>52</sup>.

Шестой признак ценных бумаг – публичная достоверность.

Данный признак основан на п. 2 ст. 147 ГК РФ, где говорится, что отказ от исполнения обязательства, удостоверенного ценной бумагой, со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность не допускается. Его можно еще обозначить как «начало ограничения возражений по ценной бумаге»<sup>53</sup>. Отказ от исполнения обязательства, закрепленного в ценной бумаге возможен лишь в случаях: её несоответствия реквизитам; доказанности факта подлога или подделки; доказанности недобросовестности держателя.

Действие публичной достоверности и обусловленного ею начала ограничения возражений не распространяется на первоначального, а также недобросовестного приобретателя документа. Поэтому в случае предъявления бумаги её первоначальным приобретателем допустимы все возражения, основанные на отношениях между должником и его контрагентом<sup>54</sup>.

Bruner предложил различать ценные бумаги, обладающие публичной достоверностью (*Papiere oeffentlichen Glaubens (Scripturobligationen)*), и ценные бумаги, не обладающие этим свойством. Обладают публичной достоверностью те ценные бумаги, содержание которых, безусловно, определяет права добросовестного их приобретателя (*Deren Wortlaut zu gunsten des gutgläubigen Erwerbens unbedingt massgebend ist*)<sup>55</sup>. «Добросовестный владелец бумаги может довериться тем формальным признакам, которые легитимируют его в качестве субъекта выраженного в бумаге права»<sup>56</sup>.

К ценным бумагам, обладающим признаком публичной достоверности, Bruner относит предъявительские, ордерные и именные. Обыкновенные именные ценные бумаги не обладают данным свойством. Их легитимация основывается на предъявлении бумаги держателем, названным

в ней в качестве первоначального субъекта права по бумаге, или лицом, приобретшим бумагу в порядке цессии<sup>57</sup>. Поэтому по именной ценной бумаге обязанное лицо не может приводить возражения, основанные на своих отношениях с предшественниками управомоченного по бумаге лица.

По мнению Д.В. Мурзина, для ценной бумаги публичная достоверность имеет, прежде всего, процессуальное значение. Публичная достоверность выступает процессуальной стороной абстрактности ценных бумаг, а необходимость предъявления – формальной (или: абстрактность – это основание публичной достоверности ценной бумаги, а последняя выражается в необходимости предъявления бланка ценной бумаги).

Публичная достоверность делает права, принадлежащие держателю ценной бумаги, автономными и независимыми от прав его предшественников, тем самым, обеспечивая оборотоспособность бумаг. «Именно свойство публичной достоверности упрощает технику обращения и универсализирует экономические функции ценных бумаг, делая их не просто средствами обращения, но и титулами обязательств (перевода, кредита и платежа), а также титулами собственности»<sup>58</sup>.

Если лицо легитимировано документом или записью регистратора, то оно имеет право рассчитывать на получение по нему исполнения, и может распорядиться своими правами вне зависимости от чистоты прав своих предшественников. Ему не нужно представлять документы, которые показывали бы, откуда и почему он получил ценную бумагу.

---

<sup>1</sup> Brunner H. Die Wertpapiere // Handbuch des gesamten Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. Leipzig, 1882. Bd. II.

<sup>2</sup> Lehmann H.O. Zur Theorie der Wertpapiere. Marburg, 1890; Dernburg H. Das burgerliche Recht des Deutschen Reichs und preussens. Halle, 1899. Bd. II Abt. 1.; Crome C. System des Deutschen Burgerlichen Rechts/ Tubingen und Leihzig. 1900. Bd. I.; Крашенинников Е.А. Ценные бумаги на предъявителя. Ярославль, 1995.

- <sup>3</sup> Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 12.
- <sup>4</sup> Павлов К.В. Финансово-правовое регулирование рынка ценных бумаг: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 18-19.
- <sup>5</sup> Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (часть I). Ст. 3448.
- <sup>6</sup> Гражданский кодекс РФ. Ч. 4 от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 25 декабря 2006 г. № 52 (часть I). Ст. 5496.
- <sup>7</sup> Собрание законодательства РФ. 1995. № 1. Ст. 1.
- <sup>8</sup> Андреев В.К. Рынок ценных бумаг. Правовое регулирование. М., 1998. С. 27.
- <sup>9</sup> См., например: Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 23.; Шестопалова А.К. Гражданско-правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг в России. М., 1997. С. 16.
- <sup>10</sup> Белов В.А. Государственное регулирование рынка ценных бумаг в современной России. М., 2000. С. 25-26.
- <sup>11</sup> Общая теория государства и права: Акад. курс: Учеб. для вузов. В 2 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 1998. С. 364-365.
- <sup>12</sup> А.Б. Быля также соглашается с определением документа как материального объекта, обозначенного в ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» // Быля А.Б. Финансово-правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг (облигация, вексель): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 70.
- <sup>13</sup> Майфат А.В. Ценные бумаги. Сравнительный анализ понятий в правовых системах России и США // Государство и право. 1997. № 1. С. 83.
- <sup>14</sup> Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. № 2. С. 61.
- <sup>15</sup> Агарков М.М.. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М., 1993. С. 178.
- <sup>16</sup> См., например: Лысихин И. Давайте разберемся в дефинициях // Рынок ценных бумаг. 1996. № 17; Демушкина Е. Безналичные ценные бумаги – фикция или реальность? // Рынок ценных бумаг. 1996. № 18-20; Марченко А. Символ комплекса прав // Рынок ценных бумаг. 1996. № 12; Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. № 2. С. 60-63; № 4. С. 57-60; № 5. С. 29-32; Решетина Е.Н. Корпоративные эмиссионные ценные бумаги и их купля-продажа при первичном размещении: проблемы правового регулирования: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. 2003. С. 17.
- <sup>17</sup> Трофименко А. Признаки ценной бумаги // СПС Гарант; Чуваков В.Б. Правовая природа ценных бумаг: Дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2004. С. 38.
- <sup>18</sup> [www.privlaw.ru](http://www.privlaw.ru)
- <sup>19</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.
- <sup>20</sup> ФЗ «О внесении изменений и дополнений в ФЗ «О рынке ценных бумаг» и о внесении дополнения в ФЗ «О некоммерческих организациях» от 28 декабря 2002 г. № 185 // Собрание законодательства РФ. 2002. № 52 (часть II). Ст. 5141; ФЗ «О внесении изменений в ФЗ «О рынке ценных бумаг», ФЗ «Об акционерных обществах» и ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» от 27 декабря 2005 г. № 194 // Собрание законодательства РФ. 2006. № 1. Ст. 5.
- <sup>21</sup> Камышанова Е.А. Правовая природа жилищных сертификатов и их роль в обеспечении граждан жилищными помещениями: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. 2004. С. 20.
- <sup>22</sup> Окунев К. Феномен бездокументарных ценных бумаг // Кодекс INFO: информационный бюллетень текущего законодательства. 17 апреля 1996 г. № 18 (150).
- <sup>23</sup> Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории. С. 23.
- <sup>24</sup> Шевченко Г.Н. Эмиссионные ценные бумаги. М., 2006. С. 20.
- <sup>25</sup> Митрошина М.В. О признаках ценных бумаг по российскому гражданскому праву // Закон и право. 2000. № 3. С. 29.
- <sup>26</sup> Долгаев С.Е. Правовое регулирование оборота ценных бумаг: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2002. С. 43.
- <sup>27</sup> Митрошина М.В. Указ соч. С. 30.
- <sup>28</sup> Карась И.З. Экономический и правовой режим информационных ресурсов // Право и информатика / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1990. С. 40.
- <sup>29</sup> Вестник Банка России. 1997. № 47.
- <sup>30</sup> Постановление Президиума ВАСРФ «Дело по иску о взыскании дивидендов по привилегированным акциям и процентов за пользование чужими денежными средствами направлено на новое рассмотрение в связи с неполным исследованием арбитражным судом обстоятельств дела» от 1 июня 1999 г. № 1439/99 // СПС Гарант. Документ опубликован не был.
- <sup>31</sup> Шапкина Г.С. Некоторые вопросы применения корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 1999. № 5. С. 91.
- <sup>32</sup> Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи: правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. С. 10.

- <sup>33</sup> Габов А.В. О форме и реквизитах векселя // Журнал российского права. 1999. № 10. С. 92.
- <sup>34</sup> Майфат А.В. Указ. соч. С. 85.
- <sup>35</sup> Белевич А. В. Правовые основы рынка ценных бумаг / Под ред. Е.А. Шерстобитова. М., 1997. С. 71-72.
- <sup>36</sup> Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории. С. 63.
- <sup>37</sup> Приказ Министерства финансов РФ «Положение о бухгалтерском учете и отчетности в РФ» от 26 декабря 1994 г. № 170 // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств РФ. 1995. № 5. С. 3.
- <sup>38</sup> Вишнеvский А.А. Вексельное право. М., 1996. С. 15.
- <sup>39</sup> Белых В.С. Категория «имущество» в российской доктрине, законодательстве и судебной практике // Правовой режим имущества субъектов предпринимательской деятельности: сб. науч. трудов / Отв. ред., сост. В.С. Белых. М., 2006. С. 44.
- <sup>40</sup> Юлдашбаева Л.Р. Гражданско-правовое регулирование сделок с эмиссионными ценными бумагами: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 25-28.
- <sup>41</sup> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. М., 1949. С. 263.
- <sup>42</sup> Белов В.А. Юридическая природа «бездокументарных ценных бумаг» и «безналичных денежных средств» // Рынок ценных бумаг. 1997. № 5. С. 25.
- <sup>43</sup> Андреев В.К. Указ. соч. С. 27.
- <sup>44</sup> Мурзин Д.В. Указ. соч. С.32.
- <sup>45</sup> Агарков М.М. Указ. соч. С. 176-177.
- <sup>46</sup> Cosack K. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5 Aufl. Jena, 1912. Bd. 2. S. 432; Below K.- H. Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil. Wiesbaden, 1960. S. 67; Baumbach A., Hefermehl Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen und einer Einführung in das Wertpapierrecht. 19 Aufl. München, 1995. S 13. 29; Rehfeldt B., Zöllner Wertpapierrecht. Ein Studienbuch. 12 Aufl. München, 1978. S. 10.
- <sup>47</sup> Крашенинников Е.А. Ценные бумаги на предъявителя. С. 27.
- <sup>48</sup> Андреев В.К. Указ. соч. С. 27.
- <sup>49</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 173.
- <sup>50</sup> Агарков М.М. Указ. соч. С. 175; Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. С. 34.
- <sup>51</sup> Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М., 1998. С. 140.
- <sup>52</sup> Митрошина М.В. Указ. соч. С. 31.
- <sup>53</sup> Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории. С. 16.
- <sup>54</sup> Крашенинников Е.А. Ценные бумаги на предъявителя. С. 20.
- <sup>55</sup> Bruner, Die Wertpapiere, Endeman' I Handbuch des deutschen Handels, - See – und Wechselrechts, B. IV, 1917. S. 168.
- <sup>56</sup> Свядосц Ю.И. Ценные бумаги и оборотные документы // Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. доц. Е.А. Васильева. М., С. 207.
- <sup>57</sup> Крашенинников Е.А. Правовая природа ректа-бумаг // Очерки по торговому праву: Сб. науч. трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 3. Ярославль, 1996. С. 5.
- <sup>58</sup> Койчуев А.А. Гражданско-правовые средства регулирования оборота ценных бумаг: Дис. ... кан. юрид. наук. Ставрополь, 2005. С. 44.

# ПРАВО НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В РАЗУМНЫЙ СРОК

**САТТАРОВА З.З.,**

*к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,  
Оренбургский институт (филиал) МГЮА имени О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8(3532) 72-22-77,  
zsaf@yandex.ru*

*Ключевые слова: право на судебную защиту, разумный срок, судопроизводство, исполнение судебного акта.*

*В статье анализируется важная проблема конституционного права на судебную защиту, связанная с осуществлением правосудия и исполнения судебного акта в разумный срок. Автором рассматриваются критерии разумности срока.*

*Keywords: right of relief, reasonable period, judicial proceeding, execution of judicial act.*

*The article analyses important problem constitutional right of relief connected with judicature and execution of judicial act within a reasonable period. The author considers criteria of reasonable period.*

Право каждого на судебную защиту своих прав, свобод и законных интересов, закрепленное в Конституции РФ, международных правовых актах и процессуальном законодательстве само по себе еще недостаточно, чтобы считать проблемы судебной защиты исчерпанными. Необходимо обеспечить всем заинтересованным лицам реальную возможность осуществления этого права, т.е. реальный доступ к правосудию.

Как отмечает В.М. Жуйков<sup>1</sup>, на обеспечение доступа к правосудию наибольшее влияние оказывают следующие факторы:

- 1) устройство судебной системы;
- 2) распределение полномочий между судами в этой системе (определение их компетенции);
- 3) процедуры рассмотрения дел в судах;
- 4) процедуры обжалования судебных постановлений;
- 5) исполнение судебных постановлений.

Представляется необходимым выделить еще один не менее важный фактор – срок судебной защиты. Указанный аспект доступности правосудия по гражданским делам приобрел особую актуальность в связи с принятием Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или право на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее – Закон о компенсации) и последующими изменениями в законодательстве (ГПК РФ, АПК РФ)<sup>2</sup>. Верховный Суд Российской Федерации и Высший Арбитражный Суд Российской Федерации приняли совместное Постановление от 23 декабря 2010 г. № 30/64 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или право на исполнение судебного акта в разумный срок»<sup>3</sup>. Эффективность судебной защиты зависит от правильности и своевременности рассмотрения и разрешения гражданского дела. При этом следует учитывать, что в соответствии с практикой Европейского суда по правам человека при оценке соблюдения разумного срока судопроизводства учитывается общее время производства по конкретному делу, исчисляемое с момента подачи заявления в суд до исполнения судебного решения. Нарушения сроков, волокита при рассмотрении дела в суде и при исполнении решения, так же как и неправильное разрешение дел, грубо нарушают права и законные интересы участников судопроизводства, соответственно она наносит большой урон авторитету судебной власти.



Столь пристальное внимание законодателей и высших судебных инстанций срокам на судопроизводство и исполнение судебного акта не случайное явление.

Серьезное влияние на уровень судебной защиты, оценку его эффективности оказывает Конвенция о защите прав человека и основных свобод<sup>4</sup> с признанием обязательной юрисдикции Европейского суда по правам человека. Прецедентная практика Европейского суда способствует внедрению в деятельность российских судов европейских стандартов в сфере правосудия, в основе которых лежит право на справедливое судебное разбирательство в разумные сроки (п. 1 ст. 6 Конвенции). Интерпретация этого права Европейским судом по правам дала значительный толчок усилиям отечественной юридической мысли по уяснению подлинного смысла соответствующих требований применительно к реалиям российского судопроизводства, что уже нашло отражение в законодательстве, судебной практике, научной литературе<sup>5</sup>. Значение этого трудно переоценить, поскольку без обеспечения права на справедливое судебное разбирательство судопроизводство не вправе претендовать на роль правосудия. Несомненно, влияние решений Европейского суда по правам человека на российскую судебную систему будет возрастать по мере увеличения общего количества дел, рассмотренных в отношении Российской Федерации. По мнению В.И. Анишиной<sup>6</sup>, с одной стороны, решения Европейского суда по правам человека последовательно формируют стандарт в сфере правосудия (создания, функционирования, процедур и полномочий судов), а с другой - они же вырабатывают правовые ориентиры для судов в сложных и спорных вопросах осуществления правосудия в сфере прав человека, в различных направлениях правового воздействия на национальное законодательство.

По справедливому замечанию Т.В.Сахновой<sup>7</sup>, право на судебную защиту следует рассматривать не в контексте форм реализации гражданского права, а в контексте гарантий его реализации. Такое понимание

соответствует конституционной формуле: "каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод".

Эффективность судебной защиты нарушенных прав зависит от правильности и своевременности рассмотрения и разрешения гражданского дела. Вне зависимости от того, считать ли нарушение предусмотренных законом сроков рассмотрения дела судебной ошибкой или иным упущением суда, правосудие по самой своей природе предполагает своевременную защиту прав, свобод и законных интересов лиц, участвующих в деле. Неоправданная задержка в разрешении дела несовместима с доступным и гарантированным судопроизводством, она нередко приводит к обесцениванию защищаемого субъективного права, а иногда и к утрате самой возможности его защиты. Во всяком случае наличие неразрешенного в течение длительного времени гражданского дела консервирует состояние неопределенности в материально-правовых отношениях, приводит к значительным затратам времени и средств субъектов судопроизводства на судебную тяжбу, к отрицательным эмоциональным переживаниям со стороны непосредственных участников разрешаемого в суде правового конфликта, нарушает нормальное течение их жизни. Если же говорить о волоките при разрешении гражданских дел как явлении, то она существенно усложняет и гражданский оборот как таковой, поскольку при возникновении спорных ситуаций препятствует реализации права на судебную защиту и этим способствует произвольному осуществлению гражданских прав и обязанностей, поощряет неправомерное поведение субъектов материальных правоотношений<sup>8</sup>.

Неслучайно, как уже отмечалось, требование своевременности правосудия является одной из общих задач гражданского судопроизводства. Наряду с требованием правильного рассмотрения и разрешения дел своевременность обеспечивает реализацию конечных целей правосудия по гражданским делам, т.е. защиту нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов субъектов процесса, укрепление законности и

правопорядка, предупреждение правонарушений, формирование уважительного отношения к закону и суду (ст. 2 ГПК, ст. 2 АПК). В этой связи существует необходимость установления баланса между продолжительностью рассмотрения дела и правильностью судебного акта<sup>9</sup>.

Между тем иногда высказываются мнения о том, что потребность в оперативности судопроизводства велика по уголовным делам, когда привлекаемые к ответственности лица находятся под стражей. Что касается гражданских дел, то главное правильно разрешить спор сторон, а какое время для этого понадобится - вопрос второстепенный. Подобные суждения вступают в очевидное противоречие с нормами международного и российского права, практикой Европейского суда по правам человека, относящих право на судебное разбирательство дела об определении гражданских прав в разумный срок к основным правам человека.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях»<sup>10</sup> внимание судов обращено на необходимость при осуществлении правосудия исходить из того, что несоблюдение сроков рассмотрения уголовных, гражданских дел и дел об административных нарушениях существенно нарушает конституционное право граждан на судебную защиту, а также противоречит общепризнанным принципам и нормам международного права, которые закреплены, в частности, в п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в п.п. "с" п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Таким образом, Верховный Суд Российской Федерации не проводит различий между уголовными, гражданскими и иными судебными делами.

Указав в преамбуле названного Постановления и ряде пунктов его констатирующей части на необходимость принятия мер по обеспечению своевременного рассмотрения судебных дел, Пленум термин «своевременность» специально не раскрывает, сосредоточив все свое

внимание на проблеме соблюдения процессуальных сроков. Такой подход понятен, поскольку своевременность и означает соблюдение установленных в нормах процессуального законодательства сроков при совершении судом и другими субъектами всей совокупности процессуальных действий по делу, с тем чтобы общая продолжительность судопроизводства в конечном счете укладывалась в отведенные законом временные рамки. С учетом этого задача своевременной защиты прав распространяется и на дела, отнесенные к компетенции арбитражных судов, хотя в ст. 2 АПК РФ указания на своевременность рассмотрения и разрешения дела также не содержится, а формулируется требование обеспечить судебное разбирательство в установленный законом срок.

Следует заметить, что гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство не устанавливает единообразных сроков рассмотрения гражданских дел в суде первой и последующих инстанций. По сути сроки рассмотрения и разрешения дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах является одним из элементов дифференциации гражданской процессуальной формы.

В отличие от отечественного законодательства в нормах международного права не указываются конкретные сроки рассмотрения и разрешения гражданских дел. В частности, п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод закрепляет право каждого при определении его гражданских прав на справедливое и публичное разбирательство дела судом в разумный срок. Европейский суд по правам человека в своих постановлениях поясняет, что Конвенция не навязывает государствам - членам Совета Европы какие-либо четко установленные периоды, в течение которых гражданское дело должно быть разрешено по существу. Нарушение "разумного срока" оценивается Судом через призму сложности предмета спора, поведения сторон и судебных властей, юридических последствий его несоблюдения для заявителя<sup>11</sup>. При этом очевидно, что сам по себе термин "разумный срок" носит неопределенный и оценочный характер, в связи с чем

мера разумной продолжительности судебного разбирательства не может быть одинаковой для всех гражданских дел. Следовательно, при отнесении срока разбирательства конкретного дела к разумному или неразумному необходимо учитывать общие и дополнительные критерии, которые бы исключали возможность произвольной оценки.

Прежде чем говорить о таких критериях, необходимо определиться с соотношением понятий своевременного рассмотрения и разрешения гражданских дел и разумного срока судебного разбирательства. При этом следует учитывать, что российский законодатель в силу приоритета международных норм при установлении процессуальных сроков, соблюдение которых дает основания для отнесения судопроизводства к своевременному, обязан действовать в соответствии с их требованием о разумном сроке судебного разбирательства. Анализ действующего процессуального законодательства, несмотря на разную продолжительность сроков производства по гражданским делам для судов общей юрисдикции и арбитражных судов, не дает оснований для вывода о несоблюдении законодателем названного требования.

Как отмечает Г.А. Жилин<sup>12</sup>, в практике Конституционного Суда РФ нет решения о признании неконституционной какой-либо процессуальной нормы как не обеспечивающей реализацию права на судебную защиту из-за чрезмерной продолжительности установленных ею сроков судопроизводства. Не имеется также решения Европейского суда по правам человека против России, которым была бы признана продолжительность судебного разбирательства по конкретному делу, проведенного в установленные национальным законодательством сроки, неразумной по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Следовательно, своевременное рассмотрение дела в соответствии с требованиями российского законодательства будет соответствовать разумному сроку судопроизводства. Необходимость же учета дополнительных критериев разумности срока судебного разбирательства

возникает лишь при нарушении судом предусмотренных законом процессуальных сроков. Эти критерии выработаны практикой Европейского суда по правам человека и с ее учетом сформулированы для российского гражданского судопроизводства в п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»<sup>13</sup>.

Соответственно Пленум Верховного Суда РФ в п. 12 названного Постановления разъяснил, что сроки судебного разбирательства по гражданским делам в смысле п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод исчисляются со времени поступления искового заявления, а заканчиваются в момент исполнения судебного акта. Отсюда следует, что разумность срока судопроизводства по конкретному делу должна определяться с учетом общей продолжительности производства по нему в суде первой инстанции, производств по пересмотру судебного постановления и исполнительного производства. Закон о компенсации рассматривает право на судопроизводство и право на исполнение судебного акта как самостоятельные составные части права на судебную защиту.

Относительно разумности или неразумности срока судопроизводства по конкретному делу Пленум Верховного Суда РФ с учетом практики Европейского суда по правам человека разъяснил, что при определении того, насколько срок судебного разбирательства являлся разумным, во внимание принимаются сложность дела, поведение сторон, поведение государства в лице соответствующих органов. Следует заметить, что наряду с названными критериями Европейский суд по правам человека учитывает еще и последствия несоблюдения разумного срока для заявителя с учетом важности предмета разбирательства. Например, по делам о восстановлении на работе, о воспитании детей, о возмещении вреда здоровью.

При определении сложности того или иного дела как критерия для определения разумности или неразумности срока судебного разбирательства

Европейский суд по правам человека исходит из фактических обстоятельств дела и их правовой оценки. Учитываются серьезность и неоднозначность поставленных перед судом вопросов, их многочисленность в рамках одного дела, необходимость исследования значительного процессуального материала, удаленность во времени и пространстве между исследуемыми судом фактами и судебным процессом, трудности в юридической квалификации спорных отношений. Эти и другие сходные проблемы, возникающие перед судом, могут служить основанием для опровержения обвинений в его адрес о чрезмерной продолжительности рассмотрения и разрешения конкретного дела с точки зрения разумности срока судопроизводства. Однако задержка в судопроизводстве для оправдания ее значительной продолжительности должна быть связана именно со сложностью дела, а не с бездеятельностью или с другими фактами ненадлежащего исполнения обязанностей со стороны суда и других органов государства.

Гражданское судопроизводство осуществляется на основе принципов состязательности и диспозитивности, в связи с чем от поведения сторон также зависит оперативность рассмотрения и разрешения конкретного дела. Возможная задержка судопроизводства по вине сторон может быть связана с неправильным оформлением процессуальных документов, заявлением необоснованных ходатайств, неявкой в судебное заседание, уклонением от участия в экспертизе и иных действиях по исследованию обстоятельств дела, необоснованным оспариванием судебных актов, включая промежуточные постановления, и т.п. В исполнительном производстве задержка в исполнении судебных актов может быть обусловлена отказом взыскателя от получения конкретного имущества, укрывательством имущества должником, отказом должника совершить определенные действия по исполнению, если исполнение не связано с передачей имущества, и т.п.

За неблагоприятные последствия ненадлежащего поведения сторон должны отвечать они сами, включая поведение их адвокатов и иных

представителей. Например, если ответчик ссылается на нарушение своих прав длительным судебным разбирательством, время задержки по его вине не должно учитываться как основание для признания срока судопроизводства неразумным.

Вместе с тем процессуальное поведение сторон контролируется судом, рассматривающим конкретное дело, или судебным приставом-исполнителем, осуществляющим исполнение судебного акта. В их распоряжении достаточно средств, чтобы неблагоприятные последствия неправомерного поведения стороны или ее представителя не были возложены на другую сторону. Например, если ответчик в целях затягивания процесса не является в судебное заседание, суд вправе рассмотреть дело в его отсутствие в обычном или заочном производстве (ст. 167, 233 ГПК).

Во всяком случае на суде вне зависимости от поведения сторон и других субъектов судопроизводства лежит обязанность по выполнению предусмотренных ст. 2 ГПК и ст. 2 АПК задач по правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дела. Для их выполнения суд обязан принимать все предусмотренные законом меры по приведению поведения всех других субъектов судопроизводства в соответствие с их процессуальными правами и обязанностями, не допуская необоснованной задержки в судебном разбирательстве. В исполнительном производстве согласно Федеральному закону от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ "О судебных приставах" (ст. 12) и Федеральному закону № 229-ФЗ от 2 октября 2007 г. "Об исполнительном производстве" (ст. 2, 4, 5 и др.) обязанность принятия мер по своевременному, полному и правильному исполнению судебных актов лежит на судебном приставе-исполнителе.

Дела отдельных категорий в силу специфики и особой значимости защищаемого права требуют особой оперативности разрешения спора, что находит отражение в процессуальном законодательстве. Так, если общий срок рассмотрения и разрешения гражданского дела составляет до двух месяцев, то дела о восстановлении на работе и о взыскании алиментов



должны быть рассмотрены до истечения одного месяца (ст. 154 ГПК). Еще более краткие сроки разбирательства предусмотрены для некоторых других категорий дел, например по заявлениям о защите избирательных прав (ст. 260 ГПК). В подобных случаях законодатель заранее устанавливает сокращенные процессуальные сроки для всех дел определенной категории вне зависимости от их конкретных обстоятельств, исходя из большой вероятности наступления по ним неблагоприятных последствий для заявителя вследствие задержки судебного разбирательства.

Европейский суд по правам человека при учете последствий несоблюдения разумного срока судопроизводства для заявителя при определении гражданских прав также в первую очередь исходит из характера защищаемого права. В частности, по смыслу решений на более краткие сроки судопроизводства вправе рассчитывать заявители по делам о трудовых спорах и о защите пенсионных прав, о компенсации лицам, ставшими носителями ВИЧ-инфекции в результате переливания не прошедшей проверку крови.

Основные причины нарушения судами общей юрисдикции сроков рассмотрения гражданских дел названы в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях». Это: ненадлежащая подготовка дел к судебному разбирательству, ненадлежащее извещение участников процесса о времени и месте судебного заседания, необоснованное отложение и приостановление дел, несвоевременное изготовление решений и протоколов. Такие же недостатки встречаются в работе арбитражных судов.

Между тем Европейский суд по правам человека в своих решениях исходит из того, что п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод требует, чтобы все стадии судебного разбирательства заканчивались в разумный срок, так чтобы нельзя было исключить стадии, следующие за вынесением решения по существу. Он всегда имеет дело с конкретным

делом, в материалах которого запечатлены все временные прегрешения при производстве по нему. Для Европейского суда несущественно, кто конкретно из соответствующих должностных лиц виновен в этих прегрешениях, поскольку ответчиком перед ним всегда выступает государство, не обеспечившее соблюдение разумных сроков судопроизводства по делу заявителя.

Анализ практики Европейского суда по правам человека позволяет сделать вывод, что не всякое нарушение сроков судопроизводства, установленных национальным законодательством, по смыслу п. 1 ст. 6 Конвенции одновременно является нарушением разумного срока разбирательства дела судом. Скорее несоблюдение требований о разумном сроке судопроизводства сопоставимо с таким явлением, как судебная волокита. Она определяется в русском языке как недобросовестное затягивание судебного дела.

Поскольку право на разбирательство дела об определении гражданских прав в разумный срок относится к числу основных прав, защищаемых Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, каждое присоединившееся к ней государство обязано выработать и принимать эффективные средства правовой защиты против нарушения данного права.

Меры, направленные на предупреждение нарушения сроков судопроизводства, в том числе и волокиты, названы в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52. Они предусматривают повышение личной ответственности каждого судьи за соблюдение процессуальных сроков, усиление контроля со стороны председателей судов за прохождением судебных дел и устранением организационных недостатков в деятельности судов. При выявлении фактов волокиты, грубого или систематического нарушения судьями процессуальных сроков, приводящих к ущемлению прав и законных интересов граждан в ходе рассмотрения дел, квалификационные коллегии должны в установленном Законом "О статусе судей в Российской

Федерации" порядке привлекать судей к дисциплинарной ответственности, в том числе и посредством досрочного прекращения их полномочий. В литературе, посвященной соблюдению сроков рассмотрения гражданских дел, предлагаются комплексные мероприятия, включающие в себя социальные, финансовые, дисциплинарные, правовые и законодательные меры<sup>14</sup>. Так, предлагается более детальная конкретизация сроков судопроизводства по отдельным категориям дел, увеличение сроков с учетом сложности по усмотрению председателя суда по представлению судьи, в производстве которого находится дело.

Однако следует признать, что эти меры далеко не всегда приводят к должному результату. Наглядным примером этому служит Постановление Европейского суда по правам человека от 30 июля 2009 г. по делу «Орлова против России» (жалоба 4487/04)<sup>15</sup>.

Трудовой спор Орловой С. находился в производстве судебных инстанций с 2001 по 2008 годы. В общей сложности суды рассматривали дело шесть раз. В данном разбирательстве усматриваются два основных недостатка. Прежде всего, в первых трех разбирательствах дело рассматривалось судами, которые не могли считаться беспристрастными и независимыми. Неоднократная передача дела из одного суда в другой повлекли значительные задержки рассмотрения. Кроме того, заявительница находилась в особенно уязвимом положении, поскольку она была уволена во время декретного отпуска. Дав оценку сложности дела, поведению заявителю и государства и тому, какой интерес представляли для заявителя результаты спора, Европейский суд по правам человека сделал вывод, что дело Орловой С. не было рассмотрено в пределах разумного срока, чем государство нарушило требования п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Суд также признал нарушение ст. 13 Конвенции, поскольку «заявитель не имел никакого внутреннего средства правовой защиты, использование которого могло привести к реализации права на разбирательство дела в разумный срок.

Таким образом, недостатки в выработке и применении на практике действенных средств по предупреждению судебной волокиты уже приводят к значительным затратам государства в связи с взысканием Европейским судом по правам человека компенсации в пользу лиц, пострадавших от нарушения разумных сроков судопроизводства. Причем сумма таких ежегодных расходов может многократно увеличиться, если будет реализована идея о создании внутригосударственного механизма по выплате денежной компенсации гражданам и организациям, пострадавшим от несвоевременного рассмотрения дел и исполнения судебных актов. Однако материальные расходы здесь не главное, важнее обеспечить действенную защиту прав лиц, нарушенных из-за неэффективного судопроизводства, а также умело использовать практику Европейского суда по правам человека и соответствующего национального органа по защите прав для исправления сложившейся ситуации с соблюдением сроков судопроизводства.

В дополнении к вышеизложенному следует отметить, что критериям разумности сроков уделено отдельное внимание в Постановлении от 23 декабря 2010 г. № 30/64. Так, в п.п. 35-38 содержатся руководящие разъяснения об оценке обстоятельств, имеющих существенное значение для установления факта нарушения права на судопроизводство или права на исполнение судебного акта в разумный срок, к числу которых относятся правовая и фактическая сложность дела, поведение заявителя, действия суда (судьи). Кроме того, в указанном постановлении раскрывается общая продолжительность судопроизводства по гражданскому делу, учитывающая период с поступления искового заявления в суд первой инстанции до дня принятия последнего судебного акта по делу, а также общая продолжительность исполнения судебного акта, включающая период со дня поступления надлежаще оформленного исполнительного документа на исполнение до момента окончания производства по исполнению судебного акта.

Установленный Законом о компенсации механизм защиты от нарушений при осуществлении правосудия по гражданским делам и исполнении судебных актов является серьезным шагом в закреплении системы гарантий доступности права на судебную защиту. С учетом международного влияния на реформирование российского законодательства категория «разумный срок» имеет перспективы для дальнейшего исследования и теоретического обоснования.

---

<sup>1</sup> Жуйков В.М. Судебная реформа: проблема доступа к правосудию. М., 2006. // СПС «Гарант».

<sup>2</sup> Грось Л.А. О федеральных законах, принятых с целью обеспечить реализацию права на судопроизводство в разумный срок. // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 9-10.

<sup>3</sup> Постановление ВС РФ и ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 30/64 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или право на исполнение судебного акта в разумный срок». // СПС «Гарант».

<sup>4</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Рим. 1950 г. // СЗ РФ. 2001. № 2.

<sup>5</sup> Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010. // СПС «Гарант», Лукис Г. Лукайдеc. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Российская юстиция. 2004. № 2. С. 24, Султанов А.Р. Влияние на право России Конвенции о защите прав человека и основных свобод и прецедентов Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2007. № 12. // СПС «Гарант» и др.

<sup>6</sup> Анишина В.И. Влияние решений Европейского суда по правам человека на российское правосудие. Международное публичное и частное право. 2007. № 1. // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>7</sup> Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М., 2008. С. 283-284.

<sup>8</sup> Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010. // СПС «Гарант»

<sup>9</sup> Исаева Е.В. Процессуальные сроки в гражданском и арбитражном процессе: учебно-практическое пособие. М., 2005. С. 24-26.

<sup>10</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях». // СПС «Гарант».

<sup>11</sup> Микеле де Сальвиа. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. С. 461 – 462.

<sup>12</sup> Жилин Г.А. Указ. соч. // СПС «Гарант».

<sup>13</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». // СПС «Гарант».

<sup>14</sup> Захаров В.Н., Афанасьев С.Ф. О соблюдении процессуальных сроков в гражданском судопроизводстве: исторический анализ и современные проблемы. Российская юстиция. 2008. № 8. // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>15</sup> Постановление Европейского суда по правам человека от 30 июля 2009 г. по делу «Орлова против России» (жалоба 4487/04). // СПС «Гарант».

# СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ В ПЕРИОД ОТ РУССКОЙ ПРАВДЫ ДО СЕРЕДИНЫ 19 ВЕКА

**ТОМИНА А.П.,**

*к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,  
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,  
тел. 8 (3532)72-22-77,  
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** принципы, состязательность, гражданское судопроизводство, история развития состязательного начала, судебная реформа.*

*Статья посвящена исследованию истории развития состязательного начала в отечественном дореволюционном процессуальном законодательстве. Определённое внимание в данной научной работе уделено оценке соответствующих положений Русской Правды, Новгородской судной грамоты, Судебников 1447 и 1550 года и других нормативных актов. Автором сделаны выводы о предпосылках судебной реформы 1864 года.*

***Key words:** principles of competition, civil proceedings, the history of the development of a competitive start, judicial reform.*

*Article is dedicated to the study of the history of the development of controversial beginning in the domestic pre-revolutionary processual legislation. The specific attention in this scientific work is given to the estimation of the corresponding positions of Russian Pravda, Novgorod certificate, codes of law*

*1447 and 1550 and other normative reports. The author made conclusions about the prerequisites of the judicial reform of 1864.*

В философском истолковании всем природным и общественным явлениям присущи необходимые и устойчивые связи, носящие закономерный характер. Закономерности движения и развития, познания всех явлений объясняет философия с её составными частями, изучающими наиболее общие законы развития природы, общества, мышления.

Диалектика как метод есть логика содержательного творческого мышления<sup>1</sup>. В диалектике все проблемы приобретают исторический характер – ведь результат развития никогда не может быть оторван от самого процесса развития. Поскольку современные науки вплотную заняты проблемой развития объектов, постольку методом их теоретической стратегии неизбежно становится диалектика.

В общем виде диалектика в её наиболее широком понимании может быть определена как учение о развитии. Поэтому историзм можно смело назвать ядром диалектического метода – «рассмотрение предмета в его развитии, самодвижении, изменении»<sup>2</sup>. Развитие действительности, образующее её историю, представляет собой смену качественных состояний материи<sup>3</sup>.

Гражданское судопроизводство в настоящее время есть результат продолжительного исторического развития. Такое развитие обусловило, и, в свою очередь, было обусловлено, изменениями, связанными с существованием такого правового явления, как состязательность судопроизводства. Практически все исследователи, занимающиеся изучением принципа состязательности, не обходят своим вниманием историю его развития<sup>4</sup>. Такой подход в свете изложенных общеметодологических положений представляется наиболее правильным.

История развития государства и права знает два типа гражданского процесса: следственный и состязательный. Возникает вопрос, какой из этих типов был присущ дореформенной России? Для ответа в основу исследования положим процессы времен великокняжеских, царских и императорских.

Как справедливо указывает М.А. Фокина, состязательность – наиболее древняя форма разрешения гражданско-правовых споров. Состязательная форма разрешения гражданско-правовых споров была обычаем славянских племён, который к моменту санкционирования его государством перерос в традицию, поскольку вышел за пределы регулирования общественных отношений отдельной общности<sup>5</sup>.

В древнейшую эпоху нашей исторической жизни государство не задавалось какими-либо сложными общественными и политическими задачами. Первые князья, о которых упоминается в летописях, должны были восстанавливать порядок и устранять неурядицы. Поэтому, весьма вероятно то, что состязательное начало в древнем процессе применялось в широких размерах именно благодаря пассивному отношению великокняжеской власти к судебным делам<sup>6</sup>.

Так, начало процесса зависело от усмотрения самого пострадавшего лица. По Русской Правде, процесс назывался «тяжебным», где главная роль принадлежала сторонам. Подтверждение этому мы находим не только в Русской Правде, но и в Псковской и Новгородской судных грамотах: суд по делам гражданским начинается иском или жалобой истца на определённого ответчика.

Анализируя такие источники, как Русская Правда, Новгородская судная грамота, Псковская судная грамота, можно утверждать, что состязательность пронизывает весь процесс разрешения спора по существу. Процесс начинался только по инициативе истца, на стороны было возложено бремя установления действительных обстоятельств дела, истец должен был обеспечить явку в суд лица, которое предположительно нарушило его право, стороны занимали равное положение в процессе (в указанный период



времени обе стороны спора именовались истцами, понятие «ответчик» ещё не было известно. Как отмечается в процессуальной литературе, это объясняется тем, что закон признавал процессуальное равноправие сторон<sup>7</sup>), судопроизводство было гласным и устным<sup>8</sup>.

Весь процесс описываемого периода можно представить себе как выполнение отдельных процессуальных действий или их совокупностей, которые, как правило, письменно фиксировались.

Интересным в иллюстративном плане является положение Новгородской судной грамоты, которое давало возможность суду вынести решение в пользу явившейся стороны против неявившейся<sup>9</sup>. Подобное решение выносилось, если сторона в срок, назначенный судом, не вызывала на очную ставку свидетелей или другую сторону. По Русской правде суд стоял в стороне при разыскании истины, истец был представлен в большей степени самому себе. Даже отыскание ответчика возлагалось на самих частных лиц.

Двинская и Псковская Судные Грамоты придали большую самостоятельность деятельности суда, чем Русская Правда. Отыскание ответчика, дача бессудной грамоты, наличие в суде нескольких должностных лиц и, вообще, большое регулирование процесса, указывают на то, что суд относился к процессу далеко не безучастно. Так, по Псковской Судной грамоте «суд ведёт следствие, посылает своих людей для расследования обстоятельств дела, вызывает ответчика. Если вызванный на суд ответчик не является в суд, то на него может быть дана «грамота на виноватого», равносильная праву на его привод, а если ответчик скрывается, то он может быть пойман с наложением оков и в этом случае обязан уплатить долг и издержки по розыску и задержанию<sup>10</sup>.

Немаловажным является закрепление обязанности суда судить справедливо, непредвзято и бескорыстно, и неприменительно к социальному статусу сторон. А. Куницын констатирует предоставление законами Новгородскими обеим тяжущимся сторонам равных прав на

внимание судей, повелевая оказывать всем равное правосудие, без различия чина и звания<sup>11</sup>. Собираение доказательств производилось не только истцами и доносчиками, а также самим судьёй и особенными чиновниками (по уголовным в современном понимании делам).

Судебное право регламентировалось в Псковской судной грамоте более обстоятельно, чем в Русской правде. Процесс носил состязательный характер, но роль суда заметно усилилась: вызов в суд по повестке («позовнице») и через судебного исполнителя («позовника»). Сохраняются упомянутые в Русской Правде судебные доказательства, но появляются и новые: судебный поединок, письменные доказательства, разделяющиеся на «доски» (частные расписки) и «записи» (официально заваренные документы). Возникает институт судебного представительства в судебном поединке. В отдельных случаях вместо себя на поединок можно было послать наймитов, но не всегда. Примером серьёзного ограничения института представительства в судопроизводстве является Псковская Судная грамота, которая позволяет участвовать представителям только в делах, где сторонами являются малолетние дети, старики, люди с физическими недостатками (например, глухота).

Разрешённые судом дела пересмотру не подлежали<sup>12</sup>. Таким образом, широко использовались не только личные доказательства, но и предметные, в частности, письменные (доски, грамоты, рядницы).

Споры могли разрешаться также поединком с участием не только сторон, но и послухов. А.Ф. Воронов называет поединок формой судебного разбирательства, а не только разновидностью доказательств. Ими можно было решать иски как уголовные, так и гражданские в случае неясности улики и доводов<sup>13</sup>.

Древнерусский состязательный процесс применял также ордалии – испытание железом и водой: выигравшей дело признавалась сторона, успешно прошедшая испытание. Безусловно, испытания – это особый вид доказательств (или особая форма судебного разбирательства), что трудно

отнести к состязанию в современном понимании<sup>14</sup>: как правило, испытанию подвергалась только одна сторона – истец, когда было недостаточно других доказательств, но было подозрение в отношении кого-либо в совершении деяния, «однако, возможно, современниками это воспринималось как состязание между правдой и неправдой, «божеский суд», как и поединок»<sup>15</sup>.

Особенностью состязательного процесса по Русской Правде было то, что с самых древних времён свидетели или сами являлись к суду, или были представляемы тяжущимися<sup>16</sup>.

Псковская Судная Грамота впервые сформулировала два основных положения состязательного начала: 1) суд не может присудить более того, что требует истец; 2) решение суда приводилось в исполнение не иначе, как по особой просьбе оправданной стороны. Как правило, дела рассматривались на вече; иногда состязания между сторонами переходили в состязания между судьями, то есть в поединок, между теми или иными группами горожан, собравшимися на вече, и выразившими различные мнения по поводу разрешаемого дела. Отмечается, что данный поединок также подчинялся определённым правилам. Так, если одна часть жителей была в доспехах, то и другая должна быть соответствующе вооружена<sup>17</sup>.

Состязательный процесс начинался или чтением жалобы, или устным изложением требования истца, после чего судья предлагал ответчику отвечать, оправдаться. Состязание заключалось в объяснении сторонами сути конфликта, а также в указании на достаточное количество доказательств.

В поединках состязательный процесс проявляется наиболее ярко. В Новгороде поединки происходили в определённом месте, в присутствии новгородского посадника, княжеского наместника и двух приставов, посторонние и зрители к поединку не допускались.

По мере усложнения социально-экономических отношений изменилась организация государственного и судебного аппарата в сторону его централизации, что не могло не сказаться на порядке отправления

правосудия. Такой порядок в 15-17 веках носил инквизиционный характер – по уголовным делам, и преимущественно состязательный – по гражданским.

В этот период можно говорить о постепенном появлении в гражданском судопроизводстве элементов следственного процесса.

В дальнейшем развитие состязательного судопроизводства можно проследить по Судебникам 1447 и 1550 года.

Если Русская Правда была, по сути, сводом обычных норм и судебных прецедентов и своеобразным пособием для поиска нравственной и юридической истины, то Судебники были, прежде всего, инструкцией для организации судебного процесса.

Великокняжеский Судебник Иоанна III сохранил начало состязательности, причем количество правонарушений, в которых видно нарушение общественного интереса и преследование которых исходило от самого государства, значительно увеличено. В великокняжескую эпоху не только начало процесса, но и вся процессуальная деятельность суда существенным образом обуславливалось деятельностью сторон.

Великокняжеский Судебник, являющийся сводом, объединившим положения местных законодательных актов, воспроизвёл состязательный древнерусский процесс.

Дела не разделялись на гражданские и уголовные, но уже в это время преступления рассматривались не как причинение личной «обиды», а как совершение «лихого дела», способного причинить вред как личности, как государству<sup>18</sup>.

В Судебнике достаточно чётко различается два вида процесса, которые отличались по порядку доказывания.

Первый - состязательный или обвинительный («суд»), во многом схожий с порядком рассмотрения дел по Русской Правде. Дело возбуждалось по жалобе (челобитной) истца. Использовались виды доказательств: признание, свидетельские показания, поединок, присяга, письменные доказательства.

Второй вид процесса – розыскной или инквизиционный («розыск») – возникал по доносу, инициативе судебного органа. Поскольку ответственность за его дальнейшее проведение ложилась полностью на государственный орган, явка в суд ответчика признавалась обязательной и специальный судебный работник имел право его арестовать в случае неявки. Предусматривалась возможность проведения расследования перед разрешением особо важных дел. В качестве доказательств использовались обыски, расспрос, пытка для получения признания.

Два обозначенных вида процесса, как отмечалось в литературе, отличались в основном не доказательствами, а различными отношениями судей к спорящим сторонам и делу. «Если в судопроизводстве является деятелем судья, то есть если он отыскивает своё право, сам собою, без просьбы тяжущихся, отыскивает доказательства, чтобы убедиться в правоте или неправоте сторон, то судопроизводство будет инквизиционным, следственным. Если же деятелями в судопроизводстве являются тяжущиеся, то есть если иск вчиняется по просьбе одного из них, а не по произволу судьи; если приведение доказательств в пользу и против спорного дела, между ними возникшего, есть их обязанность, а не дела судьи; если, наконец, пропущенные ими доказательства не обязан приводить вместо них судья, и он, как будто лицо постороннее, посредник, произносит своё мнение о правоте и виновности тяжущихся сторон по одним доказательствам, ими приведённым, не обращая внимание на все прочие... – то это форма судопроизводства есть обвинительная»<sup>19</sup>. К. Кавелиным также отмечалось невозможность развития указанных форм во всей чистоте и последовательности.

Основными чертами состязательного судопроизводства здесь можно назвать следующие.

Во-первых, можно проследить определённую эволюцию порядка возбуждения дела в суде: если первоначально это могло происходить устно,

то в конце 16 века было установлено правило о письменной челобитной, подаваемой в определённой форме<sup>20</sup>.

Во-вторых, само рассмотрение дела допускалось только в присутствии сторон спора или их представителей. Если ответчик не являлся в судебное заседание, это влекло за собой признание его виновным.

В-третьих, показательным является несение сторонами бремени доказывания своих утверждений, а также возможность задавать вопросы по ходу рассмотрения дела.

Царский Судебник Иоанна IV был дополнением великокняжеского. В нём, как и в последнем, состязательное начало было положено в основу процесса. Суд полагал решение только на основании представленных сторонами доказательств. Он не только устанавливал вину, но и участвовал в раскрытии преступления. Необходимым видом доказательств, который предвещал исход дела, было собственное признание обвиняемого.

В 16 веке были несколько расширены полномочия суда: он был вправе не только вынести решение на основе тех доказательств, которые представили стороны, но и имел право потребовать от стороны дополнительных доказательств или разъяснений по поводу обстоятельств дела. Кроме того, явно прослеживается действие выделяемого в настоящее время принципа процессуального равноправия.

В Судебнике уточняется ответственность судей и работников суда, подробно регламентируются правила поединка. В частности, стряпчие и поручники, то есть помощники и поручители сторон удалялись с поля боя.

В основу Судебника 1589 года были положены правила Русской Правды, Новгородской и Псковской Судной грамоты. Поэтому Судебник упоминает и «суд», и «розыск». «Виды доказательств по каждому из процессов также различаются: в состязательном процессе предпочтение отдаётся письменным документам, причём требуется их надлежащее оформление, свидетелям, которые представлены самими сторонами,

розыскной процесс предусматривает «повальный обыск» - расспрос населения о факте преступления и личности преступника, пытку»<sup>21</sup>.

Ещё более заметное усиление активности суда можно увидеть из анализа Соборного Уложения 1649 года. Судебное право в Уложении составило особый комплекс норм, регламентирующих организацию суда и процесса. Ещё более определённо, чем в Судебниках, здесь происходит дифференциация на две формы процесса: «суд» и «розыск». В рамках «суда» обычно рассматривались гражданские и мелкие уголовные дела.

Глава 10 Уложения подробно описывает различные процедуры «суда»: процесс распадался собственно на «суд» и «вершение». Суд начинался с «вчинания», подачи челобитной жалобы. По искам, возникающим из договоров, Уложение предписывает прилагать к прошениям документы, доказывающие правомерность требования<sup>22</sup>, без них челобитные не принимались. Затем в суд вызывался ответчик, который мог представить поручителей. Пристав обеспечивал явку в суд ответчика, она также могла быть гарантирована поручителями.

Сторона, которая была извещена и не явилась в суд в установленный срок, по общему правилу несла риск проигрыша дела. Ответчик имел право дважды не являться в суд по уважительным причинам, но после третьей неявки он автоматически проигрывал процесс. Выигравшей стороне доставалась соответствующая грамота. В состязательном процессе было допустимо использовать различные виды доказательств. Доказательства должны были быть представлены до составления «судебного списка». Судоговорение в процессе было устным, но протоколировалось в «судебном списке». Явившиеся в назначенный срок тяжущиеся стороны «ставились к суду». Судья заслушивал челобитную истца, которую тот зачитывал, затем ответчик излагал свой ответ устно, высказывал возражения и приводил доказательства, оправдывающие его «в предъявленном на него иске». Каждая стадия оформлялась особой грамотой<sup>23</sup>.

Государство становилось активным участником разрешения гражданско-правовых споров. Это подтверждается тем, что суд обладал правомочием принять или не принять то или иное доказательство, определял их значение и силу, а также подлинность. Когда предоставленных доказательств было недостаточно, он мог затребовать их в установленный срок от истца или ответчика<sup>24</sup>.

По Уложению 1649 года суд никогда не открывался по произвольному назначению или предписанию судьи, но всегда по просьбе истца – «подачею приставной памяти». Доказывать и опровергать иск было делом самих тяжущихся, они отыскивали и приводили доказательства в свою пользу. Если какие-либо доказательства были ими пропущены умышленно или неумышленно, судья не напоминал им об этом, он мог не принимать предъявленного доказательства, он определял силу и действительность доказательств, удостоверялся в их подлинности. Решение приводилось в исполнение по желанию оправданной стороны.

В Уложении много норм, закрепляющих требования к судьям при отправлении правосудия. Статей об ответственности судей и судейских работников за различные нарушения в ходе судебного разбирательства дел больше, чем в судебниках<sup>25</sup>, и уже предусмотрена возможность отвода судьи в случае его состояния в родстве с одной из сторон.

Саму форму процесса можно считать состязательной: истец предъявляет свои требования, ответчик должен отвечать как в отношении материально-правового требования, так и в отношении обстоятельств дела и доказательств, которыми они подтверждаются.

Заслушав ответчика, суд требовал объяснений истца по поводу их содержания. Истец также давал устный ответ, опровергая показания ответчика, возражал и представлял доказательства в свою пользу. В свою очередь ответчик делал новые возражения.

Таким образом, перед судом происходил спор сторон до тех пор, пока суд: 1) приказывал произвести обыск для удостоверения и «большого



убеждения»; 2) определял тяжущимся срок для пополнения доказательств новыми доказательствами; 3) приступал немедленно к рассмотрению и разбору собранных доказательств, если суд считал их достаточными для вынесения решения<sup>26</sup>.

Если ответчик признавал часть исковых требований, то в основу судебного решения суд должен был положить именно это признание, не требуя более никаких доказательств. Другая часть иска подлежала доказыванию в общем порядке. По Уложению виды доказательств в определённой степени зависели от вида процесса: в состязательном процессе использовались письменные доказательства: писцовые книги, крепости (письменные договоры), показания свидетелей, которых представляли стороны.

Повальный обыск обычно проводился по «розыску», то есть по делам о религиозных и политических преступлениях, о тяжких преступлениях (убийство, грабёж, разбой). Применялась пытка, однако о поединке Уложение не упоминает. Снимались ограничения по представительству сторон, устанавливаемые судебником<sup>27</sup>.

Как отмечает М.А. Фокина, начинавшаяся с Судебника 1497 года линия на усиление инквизиционного процесса в период реформ Петра Первого достигла своего наивысшего развития. Соборное уложение уделяло следственному процессу значительное место, но предпочтение отдавалось состязательному судопроизводству<sup>28</sup>.

В дальнейшем развитие состязательного судопроизводства в основном можно отследить по содержанию таких документов, как Именной Указ 1697 года «Об отмене в судебных делах очных ставок, о бытии вместо оных расспросу, об отводе оных, о присяге, о наказании лжесвидетелей и о пошлинных деньгах»<sup>29</sup>, «Краткое изображение процессов или судебных тяжб».

Пётр Первый проявил себя решительным противником состязательного процесса. Этими актами, по сути, был узаконен

следственный процесс вместо состязательного: активность сторон была ограничена, так как суд сам стремился к установлению истины. Указ 1697 года устанавливал: «А которые статьи в Уложении надлежат к розыску: и по тем статьям розыскивать по-прежнему».

В указанный период не создавалось принципиально новых форм процесса. Использовались уже сложившиеся на протяжении веков формы розыска, которыми предполагалось руководствоваться в необходимых пределах<sup>30</sup>. Указ содержал только общие положения, без конкретизации форм нового судопроизводства, что порождало судебный произвол. Ситуация осложнялась и невозможностью чёткого разделения гражданских дел и уголовных. На практике это выразилось в том, что вместо словесного состязания допросы должны были производить сами судьи, после записи допроса он должен был быть скреплён подписью истца и ответчика, ответчикам было запрещено приносить в суд заранее составленные письменные ответы на челобитную истца, вместе с тем истец мог возражать ответчику и «уличать ответчика» после того, как он «очистит челобитную истца, ответчик же на улику истца мог представлять свои улики.

И.А. Исаев обращает внимание на письменную форму и официальность оповещения о явке всех заинтересованных в деле лиц в суд. Претензии челобитчика и пояснения ответчика также были письменными и протоколировались. В процессе не допускалось представительство. В рассматриваемый период господствующей становится «формальная теория доказательств», где ценность каждого доказательства определялась заранее и была неизменной<sup>31</sup>.

Реформа Петра Великого - поворотный пункт в истории проявления состязательного начала. Указом 1697 года им был создан новый гражданский процесс. Большое значение было придано судье, на него была возложена обязанность розыскания истины, он участвовал в собирании доказательств. Сами тяжущиеся, хотя и не стояли совсем в стороне, но личная самостоятельность их была крайне стеснена.

Достаточно указать, что для блага самого же ответчика, его подвергали аресту: в силу Закона от 24 декабря 1699 года ответчик, не предъявивший в свою защиту никаких возражений, сажался под арест на 7 дней и, если затем все-таки не желал защищаться, то его обвиняли в иске.

Петр Великий ввел розыск в гражданский процесс: «быть вместо суда и очных ставок розыску...» Он проводился после допроса истца и ответчика: «суд должен был разыскивать ответы и доказательства». На практике уголовный розыск с пытками и прочим к гражданским делам то применялся, то не применялся. Причем не применялся он только потому, что, либо дьяки, воспитанные на началах древнего процесса, сознательно продолжали действовать в духе последнего, либо действовали так по необходимости, затрудняясь новыми формами процесса.

Хотя состязательный процесс был формально отменён, по гражданским и некоторым уголовным делам сохранялись черты, свойственные этой форме судопроизводства. «Так, предусматривался частный способ возбуждения дела – по челобитной, во многом сохранилось состязание между челобитчиком и ответчиком, как по форме, так и по представлению доказательств»<sup>32</sup>.

К. Кавелин, разъясняя действия Петра Великого, указывал на отсутствие у царя намерения вводить в гражданском процессе розыск в смысле уголовного производства. Он желал усилить контроль судей за движением дела и ограничить произвол тяжущихся и злоупотребление ими своими правами, что иногда имело место в производстве по гражданским делам<sup>33</sup>.

Это подтверждается содержанием «Краткого изображения процессов или судебных тяжб» от 1715 года, где были развиты идеи указов 1697 года. Доказательствами по всем делам считались «своевольное признание», свидетели, «письменные доводы», присяга. Прослеживались различия между гражданскими и уголовными делами. Например, пытка для получения признания «употребляется в делах видимых, в которых есть преступление. Но в гражданских делах прежде пытать не мочно, пока в самом деле злое действо

наружу не объявится...». Институт представительства полностью не отрицался.

Спустя 26 лет Петр I отменил действующее законодательство и ввел не новый, а тот же исконно русский состязательный процесс. Новый закон 1723 года был весьма краток: розыск был отменён, судья решал дело на основании судных речей, занимая объективное положение, но он сам мог собирать справки по делу, то есть дополнять его сведениями, не представленными тяжущимися. Не определив пределов права суда собирать эти справки, не определив даже, чего собственно они должны касаться, закон открыл произволу широкую дорогу.

Указ «О форме суда» 1723 года по своему содержанию можно назвать противоположным предыдущим актам. Это объясняется тем, что фактически Указ, пусть не вполне последовательно, но, всё же, возродил состязательный характер процесса, оставив за судом ряд активных полномочий. Эти новшества были предметом обсуждения представителями процессуальной науки, и не получили единой однозначной оценки<sup>34</sup>. Так И.Е. Энгельман писал: «Пётр очевидно убедился, как вредно действовало следственное начало в процессе. Поэтому он перешёл к другой крайности... указ вводит устное состязательное судоговорение и допускает поверенных...»<sup>35</sup>.

Таким образом, в этот период тяжеловесное и громоздкое письменное судопроизводство было вновь заменено устным судоговорением. Устанавливались сокращённые сроки явки сторон в суд. Не явившегося ответчика разыскивали с барабанным боем, зачитывая указ. Если же он так и не являлся в суд по истечении недели, решение выносилось в пользу истца.

Указ также предписывал обеспечить явку сторон в суд, однако стороны имели право присылать вместо себя представителя. В этом смысле позитивной является возможность пользоваться в процессе услугами представителя (на основании доверенности или поручительства). Особенно важным с точки зрения современного законодательства является обязанность сторон до разбирательства дела ознакомить друг друга со своими требованиями, возражениями, доводами, доказательствами, «что говорит о

стремлении законодателя обеспечить действительную состязательность процесса»<sup>36</sup>.

Краткое изображение процессов не отменялось, и в самом Указе устанавливалась возможность применения по отдельным делам иного порядка рассмотрения дел, что можно назвать сочетанием состязательности с активной ролью суда. «Розыск» в чистом виде себя не оправдал: процессуальные формы, связанные с канцелярской тайной и письменным произволом, не только не устранили волокиты в судах, но даже в значительной степени способствовали её развитию.

Утверждённый Петром Великим порядок суда по форме не был преобразованием древнего порядка суда, а только усовершенствованием, то есть дальнейшим развитием древних чисто русских начал суда под влиянием иностранных форм<sup>37</sup>.

Однако уже в 1725 году вновь был расширен круг дел, рассматриваемых на основе «Краткого изображения процессов».

«Главной тенденцией в развитии судебного процесса было усиление розыскных, инквизиционных начал. Состязательность ограничивалась и отходила на второй план, и это было вполне логично при усилении централизаторских, абсолютистских принципов петровской юстиции»<sup>38</sup>. «Форма суда» постепенно забывалась, несмотря на сохранение в законе до реформ 1864 года.

Можно утверждать, что по мере эволюции абсолютизма следственный процесс стал занимать преобладающее место. В конце 18 века область применения состязательного процесса сузилась, заменяемая следственными формами. Это подтверждается содержанием целого ряда нормативных актов периода с 1754 по 1811 год<sup>39</sup>. Поскольку качество отправления правосудия оставляло желать лучшего, Екатериной Второй была сформирована комиссия по подготовке нового Уложения.

Ценным нормативным источником, дающим представление о порядке отправления правосудия, является Учреждение о губерниях или Учреждение

для управления губерний Всероссийской Империи от 7 ноября 1775 года. В губерниях создавались самостоятельные Палаты уголовного и гражданского суда, что способствовало дифференциации формы процесса (розыскной или состязательной). Однако во многом порядок производства в обеих палатах совпадал, и Учреждение было посвящено в основном организационным вопросам.

Некоторое ограничение инквизиционного начала в гражданском судопроизводстве было осуществлено в 1832 году. И.Е. Энгельман более ста лет назад указывал, что под влиянием капиталистических отношений, требовавших коренного улучшения той части судопроизводства, которая непосредственно была связана с решением имущественных, товарно-денежных споров, были введены в коммерческих судах присяжные стряпчие, состязательность, и, в ряде случаев, устность процесса. Но эти новшества не коснулись судопроизводства основной массы судебных органов и поэтому не изменили инквизиционную природу дореформенного гражданского судопроизводства<sup>40</sup>.

Возможность выделить объективно гражданское процессуальное законодательство, где состязательность всё же является важнейшей характеристикой, появляется с изданием Полного собрания законов Российской империи 1830 года, Свода законов 1832 года и 1857 года, хотя и базировалось это законодательство на прежних нормативных актах (Соборное Уложение 1649 года, Указы Петра Первого). Процессуальное законодательство содержит по-прежнему и инквизиционное начало в форме необходимости собирания фактов и доказательств, как существенных атрибутов суда<sup>41</sup>.

В середине 19 века становится очевидным неудовлетворительное состояние правосудия, которое нуждалось в серьёзном реформировании. К 1864 году назрела необходимость проведения правовой революции, призванной нанести удар худшему из видов произвола, произволу судебному, прикрываемому маской формальной справедливости. Она

имела своим последствием оживление в обществе умственных интересов и научных трудов. Со старой судебной практикой науке было нечего делать<sup>42</sup>.

Поэтому можно утверждать особое предназначение судебной реформы 60-70 годов 19 века, призванной подвергнуть серьёзным изменениям процессуальное законодательство. Вместе с тем, нельзя наблюдать единства мнений по поводу характера всего строя гражданского судопроизводства, и возможно ли закрепление законодательно оптимального баланса состязательного и следственного начал<sup>43</sup>. Указанный период времени характеризуется, скорее, высказываниями за сохранение как преобладающего следственного (инквизиционного) начала.

Как справедливо отмечает Т.В. Докучаева<sup>44</sup>, дореформенный процесс был построен на следственном начале, и опыт показал его слабые стороны: следственный принцип шёл в разрез с «началом автономии частных прав», активное вмешательство суда в автономную область тяжущихся порождало порою неблагоприятные последствия для последних, открывалась возможность для массового произвола и связанного с ним злоупотребления властью, что вело к значительной медлительности процесса. Изложенное обусловило необходимость дальнейшего реформирования процессуального законодательства.

---

<sup>1</sup> Глаголев В.Ф., Спиркин А.Г. Материалистическая диалектика – методология современной науки. М., 1968. С.42.

<sup>2</sup> Кохановский В.П. Учебное пособие по философии для вузов. «Феникс». 1998. С.98.

<sup>3</sup> Подкорытов Г.А. Историзм как метод научного познания. Л., 1967. С.55.

<sup>4</sup> Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М.: Городец. 2000. Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М.: Городец. 1997. Фокина М.А. Теория и практика доказывания в состязательном гражданском судопроизводстве. Домодедово. 2000. Докучаева Т.В. Гражданско-процессуальная доктрина истины в России конца 19 - 20 веков. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1999. Олегов М.Д. Истина в гражданском процессе. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1999.

<sup>5</sup> Фокина М.А. Указ. соч. С. 7,8.

<sup>6</sup> Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. М., 2003. Т. 1. С. 59

<sup>7</sup> Маташова В.В. Доказательственный процесс в России: история и современность // Арбитражный и гражданский процесс. №7, 2003. С. 12.

<sup>8</sup> Исаев И.А. История государства и права России. Полный курс лекций. М.: Юрист. 1994. С. 19.

<sup>9</sup> Подробнее о сути судопроизводства по Русской правде см.: Лаптева Л.Е. Исследования обычного права народов Российской империи // Государство и право. 1997. №8. Дювернуа Н. Источники права и суд в

древней России. М., 1869. Дмитриев Ф.М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного производства от Судебника до Учреждения о губерниях. М., 1859.

<sup>10</sup> См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. М., 2003. Т. 2. С. 66.

<sup>11</sup> Куницын А. Историческое изображение древнего судопроизводства в России. СПб., 1843. С. 82-84.

<sup>12</sup> Исаев. И. А. Указ. соч. С. 26-27.

<sup>13</sup> См.: Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 285.

<sup>14</sup> См.: Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 282-283.

<sup>15</sup> См.: Куницын А. Историческое изображение древнего судопроизводства в России. СПб., 1843. С. 113.

<sup>16</sup> См.: Михайлов. М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1864 года. СПб., 1848. С. 89-92.

<sup>17</sup> См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. Т. 2. С. 65-67.

<sup>18</sup> См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. Т. 2. С. 126-129.

<sup>19</sup> Кавелин К. Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях. М., 1844. С. 47-50.

<sup>20</sup> Развитие русского права в 15 первой половине 17 веков / под ред. Нерсесянца В.С. М., 1986. С. 225.

<sup>21</sup> Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 288.

<sup>22</sup> См.: Михайлов. М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1864 года. СПб., 1848. С. 70-72.

<sup>23</sup> Исаев И.А. Указ. соч. С. 54-55.

<sup>24</sup> См.: Михайлов М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1864 года. СПб., 1848. С. 8.

<sup>25</sup> Воронов А.Ф. Указ. соч. С. 289.

<sup>26</sup> См.: Михайлов М.М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1864 года. СПб., 1848. С. 83-85.

<sup>27</sup> См.: Воронов А.Ф. Указ. соч. С. 291.

<sup>28</sup> Фокина М.А. Указ. соч. С. 13.

<sup>29</sup> См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. Т. 2. С. 145.

<sup>30</sup> См.: Кавелин К. Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях. М., 1844. С. 56-57.

<sup>31</sup> Исаев И.А. Указ. соч. С. 123-124.

<sup>32</sup> Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 293.

<sup>33</sup> См.: Кавелин К. Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях. М., 1844. С. 171-172.

<sup>34</sup> Гольмстен А.Х. Состязательное начало гражданского процесса в теории и в русском законодательстве, преимущественно новейшем. Юридические исследования и статьи. СПб. 1894. С. 433; См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. Т. 2. С. 145 – 148.

<sup>35</sup> Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912. С. 48.

<sup>36</sup> Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 297.

<sup>37</sup> Михайлов М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1864 года. СПб., 1848. С. 89-92.

<sup>38</sup> Исаев И.А. Указ. соч. С. 125; См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. Т. 2. С. 147.

<sup>39</sup> Подробнее о них см.: Фокина М.А. Указ. соч. С. 16; Полное собрание законов Российской империи с 1649 года. СПб. 1830. Российское законодательство 10-20 веков в девяти томах. Отв. ред. О.И. Чистяков. М.: Юрид. Лит. 1987.

<sup>40</sup> Энгельман И.Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. Юрьев. 1904. С.7.

<sup>41</sup> Энгельман И.Е., Указ. соч., С. 51; Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 158-160.

<sup>42</sup> Кони А.Ф. «Отцы и дети судебной реформы». Цит. по: Маташова В.В. Указ соч. С. 14.

<sup>43</sup> Блудов Н.Д. Общая объяснительная записка к проекту Устава судопроизводства гражданского. Материалы по судебной реформе в России 1864 года. СПб. 1864. Т.2 С. 1-2. Журнал соединённых департаментов законов и гражданских дел Государственного совета. 1859. №50. С. 13. Джаншиев Г. Основы судебной реформы (к 25-летию нового суда). М., 1891. С. 52. Гессен В. Судебная реформа. СПб. 1905. С. 77, 107.

<sup>44</sup> Докучаева Т.В. Гражданско-процессуальная доктрина истины в России конца 19-20 веков. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1999. С. 40.



# ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ СТОРОН И СУДА ПО ДОКАЗЫВАНИЮ В НАСЛЕДСТВЕННЫХ СПОРАХ

**ЯНЕВА Р.Р.,**

*к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

*Ключевые слова:* доказательство, наследование, презумпция, оценка доказательств.

*В статье автором рассматриваются отдельные аспекты института судебного доказывания в делах, связанных с наследованием. Особое внимание уделено вопросам о доказательственных презумпциях, исследованию и оценке доказательств судом.*

*Key words:* proof, inheritance, the presumption, the evaluation of evidence.

*The activities of the parties and the Court of proof in disputes hereditary. The author considers some aspects of the Institute of Forensic Evidence in cases of inheritance. Particular attention is paid to issues of evidentiary presumptions, research and evaluation of evidence by the court.*

Судебное доказывание складывается из процессуальных действий по утверждению сторонами и заинтересованными лицами фактов и

подтверждению их соответствующими доказательствами, а также из исследования и оценки последних судом.

Принцип состязательности гражданского судопроизводства предполагает, что определяющим в процессе доказывания являются действия сторон - каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 56 ГПК РФ)<sup>1</sup>. Положения закона об обязанности доказывания, применительно к конкретному возбужденному делу о праве на наследственное имущество, применяются с учетом содержания относящихся к рассматриваемым правоотношениям норм материального права о наследовании<sup>2</sup>.

Обязанность доказывания может быть "сдвинута" в связи с наличием правовых презумпций. Согласно ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, федеральным законом могут быть предусмотрены случаи, когда имеют место исключения из общего правила распределения обязанности по доказыванию – в данной норме речь идет о доказательственных презумпциях. В научной литературе существуют различные позиции относительно понятия и правовой природы доказательственных презумпций<sup>3</sup>.

Также, существует несколько подходов относительно классификации правовых презумпций, самой распространенной считается деление их на материально – и процессуально – правовые<sup>4</sup>. Суть материально – правовых презумпций заключается в том, что они закрепляются в материальном праве и могут быть опровергнуты в случае доказательства отсутствия фактов, при которых презумпция применяется<sup>5</sup>. Процессуально – правовые презумпции содержатся в нормах ГПК РФ. При этом в научной литературе подчеркивается объективная взаимосвязь последних, в частности, указывается, что процессуальная презумпция может вытекать из норм материального права, в том числе из норм, в которых заложены материально – правовые презумпции<sup>6</sup>.

А.Ф. Клейнман, указывал на то, что доказательственные презумпции бывают трех родов: неопровержимые, опровержимые, презумпции фактические. В качестве примера неопровержимой презумпции ученый приводил ст. 429 ГК РСФСР, в которой говорилось, что наследник, присутствующий в месте открытия наследства, если не заявит в течение трех месяцев со дня открытия наследства нотариальному органу об отказе от наследства, считается принявшим наследство<sup>7</sup>. По действующему наследственному праву правила принятия наследства существенно изменены. На смену указанной ученым неопровержимой, пришла презумпция опровержимая, согласно которой наследник признается принявшим наследство, пока не доказано иное, если он совершил действия, свидетельствующие о фактическом его принятии (ч. 2 ст. 1153 ГК РФ).

Если наследник вступил во владение имуществом, если он ведет себя так, как вел бы себя собственник, если он обнаруживает перед третьими лицами свое намерение управлять и пользоваться имуществом, то существует вполне обоснованное предположение о принятии наследства, построенное на высокой степени вероятности факта. Поведение наследника в этом случае такое, которое не позволяет сделать иного вывода, пока фактическое владение наследственным имуществом остается доказанным<sup>8</sup>.

Также к спорам, связанным с наследованием, может быть применена презумпция происхождения ребенка от родителей, находящихся в зарегистрированном браке. Иногда это необходимо для получения наследства. Если в суд обращается законный представитель ребенка о получении наследственного имущества от отца – наследодателя, то факт отцовства предполагается. Если другие наследники не считают этот факт существующим или действительным, то на них лежит обязанность доказывания данного утверждения<sup>9</sup>.

Доказательственные презумпции в гражданском процессе являются опровержимыми, что обеспечивает условия для вынесения законных и обоснованных решений. Любая сторона обладает правом опровергнуть

презумпцию, если она не соответствует обстоятельствам дела. Суд имеет право основывать решение на презумпции только в то случае, если не окажется доказательств, опровергающих существование презюмируемого факта. Однако, по мнению Ю.А. Серикова, в гражданском судопроизводстве существует опровержимая презумпция процессуальной недееспособности лица, не достигшего возраста четырнадцати лет. Последняя является неопровержимой, поскольку пока лицо не достигло указанного в законе необходимого возраста для самостоятельного участия в судопроизводстве, оно в любом случае признается недееспособным. С момента же достижения лицом возраста четырнадцати лет факт - основание меняется, и презумпция недееспособности прекращает свое действие. Ее место занимает опровержимая презумпция частичной процессуальной дееспособности несовершеннолетнего, или презумпция полной процессуальной дееспособности лица, достигшего возраста восемнадцати лет<sup>10</sup>. Мы не можем согласиться с данной точкой зрения. Прежде всего, презумпция в общем виде – это предположение о существовании определенного факта. В свою очередь, недееспособность лица, не достигшего возраста четырнадцати лет, не презюмируется, а является прямым установлением закона (ст. 37 ГПК РФ).

К числу не нуждающихся в дополнительном доказывании по делам, связанным с наследованием, можно отнести факты открытия и принятия наследства, если наследник получил в нотариальной конторе свидетельство о праве на наследство. Также, при составлении нотариусом описи имущества, широко применяется предположение о том, что последнее принадлежит умершему до тех пор, пока не доказано обратное. Таким образом, составленная опись является документом, освобождающим истца от обязанности доказывать принадлежность умершему вещей, поименованных в этой описи, другими доказательствами.

В соответствии с ч.2 ст. 195 ГПК РФ, суд основывает решение только на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании. После представления доказательств сторонами суд сначала исследует

доказательства на предмет их относимости и допустимости, а затем оценивает их достоверность и достаточность. Исследование и оценка доказательств – это разные по времени осуществления и по своей сущности этапы доказывания. В результате оценки доказательств суд делает выводы о доказанности или недоказанности фактов, подлежащих установлению по делу.

В науке гражданского процесса существуют разные определения относимости доказательств<sup>11</sup>. Согласно ст. 59 ГПК РФ суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для дела. Также, в соответствии со ст. 60 ГПК РФ, обстоятельства дела, которые в соответствии с законом должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами. Правильное решение вопросов об относимости и допустимости доказательств способствует вынесению законного и обоснованного судебного решения.

Законодатель не указывает полного перечня относимых к тому или иному делу доказательств, поскольку относимость доказательств по конкретному делу определяется судом исходя из его обстоятельств. Один и тот же факт в одном случае может иметь существенное значение для дела, а в другом – нет. Например, срок исковой давности по требованию о применении последствий недействительности оспоримой сделки, в частности – завещания, составляет один год (ч.2 ст. 181 ГК РФ). В соответствии со ст. 205 ГК РФ, в исключительных случаях суд может признать относящимся к делу доказательство уважительности причин пропуска срока исковой давности, если истец, требующий признания оспоримого завещания недействительным, обратился в суд в течение последних шести месяцев срока давности. В то же самое время, в силу ч. 3 ст. 1175 ГК РФ суд не вправе принимать и исследовать как относящиеся к делу доказательства в подтверждение уважительности причин пропуска срока для предъявления претензий кредиторами наследодателя, поскольку срок, установленный для

соответствующих требований, не подлежит перерыву, приостановлению и восстановлению.

Если относимость судебных доказательств определяется их содержанием, т.е. наличием в доказательствах информации, способной подтвердить или опровергнуть факты, имеющие значение по делу, то допустимость доказательств как явление связано с их процессуальной формой, т.е. с источником доказательства и способом хранения в нем информации независимо от того, какие сведения содержатся в доказательстве<sup>12</sup>. Данный вывод следует из содержания статьи 60 ГПК РФ: обстоятельства дела, которые в соответствии с законом должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами. А.Т. Боннер справедливо отметил, что в соответствии с «буквой закона» к правилу допустимости доказательства должны быть отнесены лишь положения данной статьи, однако в современный период, в связи с совершенствованием конституционного и процессуального законодательства, необходимо вести речь и о другой составной слагаемой данного правила - недопустимости использования в гражданском судопроизводстве доказательств, полученных с нарушением закона<sup>13</sup>.

В юридической литературе по гражданскому процессу допустимость доказательств рассматривается различно: принцип процесса, свойство доказательств, правило доказывания, признак судебных доказательств<sup>14</sup>, однако объединяет все позиции по данному вопросу то, что правила допустимости доказательств содержатся как в процессуальном, так и в материальном праве. Допустимыми доказательствами в гражданском процессе являются объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключения экспертов. Наиболее известным случаем в гражданском праве, касающимся правила допустимости доказательств является требование соблюдения сторонами простой письменной формы гражданско-правовых

сделок (ст. 162 ГК РФ). Для разрешения дел, связанных с наследованием, данное положение имеет весьма важное значение, поскольку, например, соглашение наследников о разделе наследственного имущества стоимостью не менее чем в десять раз превышающую установленный законом минимальный размер оплаты труда, должно совершаться в простой письменной форме (ст. 1165, 161 ГК РФ)

Обязанность доказывания определяется материально-правовыми нормами, придающими соответствующее правовое значение подлежащим доказыванию юридическим фактам. Предусмотренная материальным правом письменная форма сделок ведет к созданию документов и тем самым обуславливает доказательства в гражданском процессе<sup>15</sup>. В зависимости от последствий нарушения письменной формы сделки делят на две группы: 1) сделки, для которых законом установлена простая письменная форма, нарушение которой влечет последствия в виде лишения стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки на свидетельские показания. Здесь следует отметить, что несоблюдение простой письменной формы влечет недействительность сделки лишь тогда, когда это прямо указано в законе. Если закон не содержит прямого указания о недействительности сделки в силу нарушения письменной формы, то при соблюдении требуемой формы сделки стороны в случае спора лишаются права ссылаться на свидетельские показания, но не лишены права приводить иные письменные доказательства (ч. 1 ст. 162 ГК РФ). 2) Сделки, для которых установлена простая или нотариальная форма сделок, а также их регистрация, когда нарушение формы влечет недействительность сделки. А.Т. Боннер указывал, что письменная и нотариальная формы сделки затрудняют фальсификацию доказательств. Однако, пишет ученый, полностью исключить такие случаи невозможно, поэтому нельзя исключать те или иные средства доказывания по конкретным категориям дел, поскольку это противоречит принципу объективной истины и выступает по существу остаточным явлением теории формальных доказательств<sup>16</sup>.

В наследственном праве существует правило о допустимости доказательства, которым является завещание - оно должно быть составлено в письменной форме и удостоверено нотариусом (ч. 1 ст. 1124 ГК РФ). Роль письменных доказательств в гражданском процессе значительно возрастает, когда в силу правила допустимости суд не вправе исследовать показания свидетелей<sup>17</sup>, однако не следует думать, что задача судьи в таком случае исчерпывается истребованием распорядительного документа, в котором зафиксированы условия сделки – суд должен истребовать и другие доказательства по делу<sup>18</sup>.

Правило ст. 60 ГПК РФ гласит, что обстоятельства дела, которые в соответствии с законом должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами. По мнению И.Л. Корнеевой, не могут быть использованы в качестве доказательств супружеских, родственных или иждивенческих отношений свидетельские показания<sup>19</sup>. Мы не можем согласиться с данным утверждением, поскольку в нормах права отсутствует прямой запрет на использование в процессе данного средства доказывания.

Принятие наследства должно быть доказано в случаях, если возник спор о наследстве или если наследник обратился в нотариальную контору за получением свидетельства о праве на наследство. Причем, формальный способ принятия наследства не нуждается в каких-либо дополнительных доказательствах, но он должен отвечать всем предусмотренным законом требованиям, предъявляемым к действительности сделок. Принятие же наследства путем фактического вступления во владение наследственным имуществом должно быть подтверждено письменными доказательствами или показаниями свидетелей<sup>20</sup>.

В теории гражданского процесса правовая сущность оценки доказательств рассматривалась учеными по-разному<sup>21</sup>. Оценка доказательств является и логическим актом и элементом доказывания, подлежащим правовому регулированию<sup>22</sup>. Поскольку на основе проведенного в судебном



заседании исследования суд делает выводы о доказанности или недоказанности фактов, подлежащих установлению по делу, то под оценкой доказательств следует понимать определение судом достоверности, силы и достаточности доказательств<sup>23</sup>.

В научной литературе также указывается, что оценка доказательств – это специфическая мыслительная деятельность, поэтапно осуществляемая судом, лицами, участвующими в деле, и судебными представителями посредством процессуальных действий по определению относимости, допустимости, достоверности, достаточности и взаимной связи доказательств в целях установления фактических обстоятельств, имеющих значение для дела, либо для проверки правильности их установления нижестоящим судом<sup>24</sup>. Однако, по мнению В. Пучинского, правила относимости и допустимости средств доказывания вообще неуместно охватывать понятием оценки доказательств. Под последней ученый предлагает понимать определение судом правдивости изученных сведений о фактах, а при использовании косвенных доказательств – также выявление наличия или отсутствия взаимосвязей фактов доказательственных с главными<sup>25</sup>.

На наш взгляд, оценка доказательств является самостоятельным этапом процесса доказывания, который наступает уже после определения судом предмета доказывания и исследования представленных сторонами доказательств на предмет их относимости и допустимости. Таким образом, суд сначала определяет, допустимы ли конкретные доказательства, относятся ли они к делу, а только затем оценивает их достоверность и достаточность.

Положения действующего законодательства содержат указания – рекомендации по оценке отдельных средств доказывания. Чаще всего последними по делам, связанными с наследованием, как мы уже указывали ранее, являются письменные, вещественные доказательства и показания свидетелей.

Так, согласно ч. 5 ст. 67 ГПК РФ, при оценке документов или иных письменных доказательств, суд обязан с учетом других средств доказывания

убедиться в том, что такие документ или иное письменное доказательство исходят от органа, уполномоченного представлять данный вид доказательств, подписаны лицом, имеющим право скреплять документ подписью, содержат все другие неотъемлемые реквизиты данного вида доказательств. Так, при оценке свидетельства о праве на наследство, суд обязан с учетом других доказательств убедиться в том, что такой документ действительно исходит от нотариального или органа, уполномоченного выдавать данный документ, подписан его должностным лицом, имеющим право скреплять этот документ подписью.

При оценке соглашения о разделе наследственного имущества суд должен проверить его соответствие правилам гражданского законодательства о форме сделок (ст. 1165 ГК РФ).

При оценке копии документа или иного письменного доказательства суд проверяет, не произошло ли при копировании изменение содержания копии документа по сравнению с его оригиналом, с помощью какого технического приема выполнено копирование, гарантирует ли копирование тождественность копии документа и его оригинала, каким образом сохранялась копия документа. Суд не может считать доказанными обстоятельства, подтверждаемые только копией документа или иного письменного доказательства, если утрачен и не передан суду оригинал документа, и представленные каждой из спорящих сторон копии этого документа не тождественны между собой, и невозможно установить подлинное содержание оригинала документа с помощью других доказательств.

Оценивая свидетельские показания, суд должен учитывать некоторые особенности данного вида доказательств. Достоверность свидетельских показаний зависит от точности восприятия, сохранения в памяти и правильности передачи свидетелем сведений о фактах, которые он наблюдал. Так, по делу о признании завещания недействительным, суд может исследовать показания свидетелей, присутствовавших при составлении

завещания гражданином в чрезвычайных обстоятельствах. Оценивая их показания, суд не может не учесть, что данные обстоятельства могли повлиять на правильное и точное восприятие полученных сведений самих свидетелей.

Суд должен особенно критически относиться к полученной от свидетеля информации, если имеется предположение о его заинтересованности в деле. Например, по спору о правах на наследственное имущество между наследниками, заинтересованными в его исходе могут быть их близкие родственники.

При исследовании вещественного доказательства и для его оценки, как правило, требуются соответствующие пояснения участвующих в деле лиц, а иногда заключения сведущих лиц и показания свидетелей. Поэтому в необходимых случаях вещественные доказательства предъявляются свидетелям, экспертам, специалистам (ст. 183 ГПК РФ). Например, вещественным доказательством по делу о признании наследника недостойным может выступать подделанное ответчиком завещание в свою пользу. Установить факт подложности завещания возможно на основании заключения эксперта, а также свидетельских показаний нотариуса.

Таким образом, стороны и другие лица, участвующие в деле, представляют доказательства суду ориентируясь на свой интерес и тот результат, которого они желают достигнуть по разрешению наследственного спора. Суд, в свою очередь, собирает, исследует и оценивает доказательства. Полно и всесторонне выяснить фактические взаимоотношения сторон в гражданском процессе можно лишь при условии, если доказательства будут собраны именно судом, а также исследованы им в соответствии с действующим законодательством и оценены, основываясь на внутреннем убеждении.

---

<sup>1</sup> Однако в науке гражданского процесса существует спор терминологического характера - некоторые ученые указывают, что правильнее говорить о бремени доказывания, другие же – об обязанности. (см.:

Гурвич М. Является ли доказывание в гражданском процессе юридической обязанностью? // Советская юстиция. 1975. № 5. С. 16-17; Баулин О.В. Указ. соч. С. 99; Курылев С. О принципах распределения обязанностей по доказыванию. // Советская юстиция. 1966. № 16. С. 10; Амосов. С. Обязанности по доказыванию в арбитражном процессе. // Хозяйство и право. 1999. № 8. С. 52; Решетникова И.В. Указ. соч. С. 159).

<sup>2</sup> См.: Остапук Н. Споры о праве на наследственное имущество. // Законность. 1999. № 12. С. 10.

<sup>3</sup> См.: Гурвич М. А. Доказательственные презумпции в советском гражданском процессе. // Советская юстиция. 1968. № 12. С. 9; Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М.: «Городец», 2004. С. 235; Гражданское процессуальное право России. Учебник. / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 174; Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. М.: «Волтерс Клувер», 2006. С. 85 – 93.

<sup>4</sup> Такая классификация имеет основание в самом разграничении отраслей права на материальные и процессуальные. Однако следует отметить, что данная классификация является условной, поскольку презумпция, установленная материальным законом, после ее применения в судопроизводстве является процессуальной (см.: Брагинский М.И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность. // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 1995, № 7. С.101; Веденеев Е.Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве. // Государство и право. 1998, № 2. С. 44).

<sup>5</sup> См.: Веденеев Е.Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве. // Государство и право. 1998, № 2. С. 43.

<sup>6</sup> См.: Астемирова Л.А. К вопросу о материально – правовых презумпциях. // Российская юстиция. 2008. № 7. С.10.

<sup>7</sup> См.: Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М., 1950. С. 47.

<sup>8</sup> См.: Елизаров В.А. Доказывание сторонами оснований своих требований и возражений в гражданском процессе. Дис. ...канд. юрид. наук. М., 1968. С. 213.

<sup>9</sup> См.: Саломатова Т.В. Наследование по завещанию и по закону. Защита наследственных прав в суде. М., 2004. С. 118.

<sup>10</sup> См.: Сериков Ю.А. Указ. соч. С. 123.

<sup>11</sup> Например, с точки зрения Г.Любарской, суть относимости заключается в надлежащем отборе фактического и доказательственного материала, т.е. в выяснении судом только фактов, имеющих значение для дела, и соответственно в принятии только тех доказательств, которые могут установить эти факты (см.: Любарская Г. Указ. соч. С. 56); М.К. Треушников определяет относимость доказательств как наличие связи между содержанием фактических данных и самими подлежащими установлению фактами, имеющими значение для правильного разрешения дела (см.: Треушников М.К. Указ. соч. С.111-116, а также: Мохов А.А. Рыженков А.Я. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве России. Волгоград. 2005. С. 40); по мнению И.В. Решетниковой, доказательства по гражданскому делу признаются судом относимыми, если они содержат сведения о фактах, устанавливаемых в целях разрешения гражданского дела или совершения отдельных процессуальных действий (см.: Решетникова И.В. Указ. соч. С. 145).

<sup>12</sup> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М.: «Городец», 2005. С. 133.

<sup>13</sup> См.: Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М.: «Городец», 2000. С. 178-179.

<sup>14</sup> См., например: Треушников М.К. Судебные доказательства. М.: «Городец», 2004. С.128; Гражданское процессуальное право России. Учебник. /Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С.178; Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М.: «Норма», 2000. С. 147 – 148.

<sup>15</sup> См.: Сталев Ж.С. Указ. соч. С. 20.

<sup>16</sup> См.: Боннер А.Т. Правило допустимости доказательств в гражданском процессе: необходимость или анахронизм? // Государство и право. 1990. № 10. С. 24.

<sup>17</sup> Автор здесь рассматривает в качестве примера последствия несоблюдения письменной формы сделки (ст. 162 ГК РФ).

<sup>18</sup> См.: Боннер А.Т. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. // Советская юстиция. 1969. № 4. С. 22.

<sup>19</sup> См.: Наследственное право Российской Федерации. Учебное пособие под ред. И.Л. Корнеевой. М.: «Юристъ», 2005. С. 141.

<sup>20</sup> См.: Чепига Т. Способы принятия наследства. // Советская юстиция. 1968. № 16. С. 14 -15.

<sup>21</sup> Так, по мнению С.В. Курылева оценка доказательств – это акт мысли, логическая операция, и поэтому она выходит за пределы процессуальных действий по доказыванию. Б.Т. Матюшин и Ф.Н. Фаткуллин признают ее элементом процесса доказывания (См.: Треушников М.К. Указ. соч. С. 139); И.М. Резниченко указывал, что оценка доказательств в процессе установления истины проявляется, во-первых, в качестве внутренней стороны исследования доказательств, а во-вторых, в качестве самостоятельного этапа, отделенного от исследования и следующего за ним (см.: Резниченко И.М. Оценка доказательств в советском гражданском процессе. Дис. ...канд. юрид. наук. М., 1968. С. 36).

---

<sup>22</sup> См.: Треушников М.К. Указ. соч. С. 154.

<sup>23</sup> См.: Гражданское процессуальное право России. Учебник. / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 181.

<sup>24</sup> См.: Михайлов С.М. Оценка доказательств судом второй инстанции в гражданском судопроизводстве. Дис. ...канд. юрид. наук. М., 2001. С. 62.

<sup>25</sup> См.: Пучинский В. Оценка доказательств в российском гражданском и арбитражном процессуальном праве. // Хозяйство и право. 2005. № 6. С. 33-34.

# УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

## ГРАММАТИЧЕСКИЙ СПОСОБ ТОЛКОВАНИЯ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

**ВЕЛИКИЙ Д.П.,**

*к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права и  
криминалистики Оренбургского института (филиала) МГЮА*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, д.50.*

*e-mail: dvugproc@yandex.ru*

*Ключевые слова: толкование уголовно-процессуальных норм; грамматическое толкование; филологическое толкование; лингвистическое толкование; морфологическая структура правовой нормы; синтаксическая структура правовой нормы.*

*В статье рассматриваются проблемы и особенности грамматического толкования уголовно-процессуальных норм, предмет грамматического толкования уголовно-процессуальных норм, этапы грамматического толкования, особенности толкования правовых норм переведённых с иностранных языков, Автор анализирует морфологическую и синтаксическую структуры уголовно-процессуальных норм.*

**Key words:** *Interpretation of criminal procedural rules; grammatical interpretation of criminal procedural rules; philological interpretation of criminal procedural rules; linguistic interpretation of criminal procedural rules; morphological structure of criminal procedural rule; syntactic structure of criminal procedural rule.*

*The article examines the problems & peculiarities of interpretation of criminal procedural rules, subject of grammatical interpretation of criminal procedural rules, peculiarities of interpretation of legal rules, which translated from foreign languages into Russian. The author analyzes morphological & syntactic structure of criminal procedural rules.*

Говоря о данном способе толкования, прежде всего, необходимо разобраться с тем, как правильно его называть. В литературе принято несколько наименований. Так, А.С. Пиголкин<sup>1</sup>, С.С. Алексеев<sup>2</sup>, П.С. Элькинд<sup>3</sup>, В.В. Лазарев<sup>4</sup>, В.Н. Протасов<sup>5</sup> используют термин «грамматический способ толкования». Ю.С. Ващенко предпочёл «филологическое толкование»<sup>6</sup>, Н.Л. Радаева – «лингвистическое»<sup>7</sup>, а С.Г. Пишина – «языковое толкование»<sup>8</sup>. Е.В. Васьковский для обозначения данного способа использовал термин «словесное толкование»<sup>9</sup>. А.В. Осипов термины «грамматический», «филологический» и «языковой» использует как равнозначные<sup>10</sup>. А.Ф. Черданцев уделил вопросу о наименовании данного способа особое внимание. Так, по его мнению, термин «грамматический» узок по своему содержанию, т.к. толкование опирается не только на правила грамматики, но и на правила морфологии, т.е. на всю совокупность языковых правил. Термин «филологический» - слишком широк, т.к., филология включает в себя знания не только об актуальном языке, но и сравнительное и историческое языкознание, литературоведение. В связи с этим, А.Ф. Черданцев наиболее точным считает термин «языковой» применительно к способу толкования<sup>11</sup>. Нам представляется спорной аргументация А.Ф.

Черданцева об узости определения «грамматический» по отношению к способу толкования, поскольку грамматика делится на два раздела: морфологию (этимологически - «наука о формах») и синтаксис (этимологически - «соположение, сочетание»), первый из которых исследует внутреннюю структуру слов, а второй — правила сочетания слов в предложении<sup>12</sup>. Таким образом, морфология никак не может выводиться за рамки грамматики, и, соответственно, использование термина «грамматический» применительно к приёму толкования, выглядит вполне оправданным. Что касается термина «филологический», то в данном случае с позицией А.Ф. Черданцева следует согласиться<sup>13</sup>.

Практически все исследователи признают, что уяснение смысла правовых норм начинается с анализа их текста. Однако, не все согласны с тем, что необходимо выделять грамматический способ толкования как самостоятельный способ. Так, П.С. Элькинд приводит позицию П.И. Люблинского по данному вопросу: «То, что обыкновенно разумеют под грамматическим толкованием, в сущности вовсе не есть толкование. Это – простое усвоение (*prima facie*) выраженной законодателем в словах мысли, независимо от тех или иных выводов, которые могут быть из неё сделаны. Мы усваиваем здесь закон, как мы усваиваем всякую написанную фразу. Здесь ещё нет воли законодателя..., а есть лишь усвоение законодательного текста»<sup>14</sup>. Логика П.И. Люблинского понятна: если любое уяснение текста закона называть грамматическим толкованием, то сам термин «толкование» обесценится, потеряет научную самостоятельность и значимость. Таким образом, по аналогии с известным литературным персонажем, который узнал, что всю жизнь говорил прозой, любой юрист всю свою профессиональную жизнь толкует правовые нормы. Если не забывать, что толкование – одна из стадий правоприменения, то с этим можно согласиться. И пока этот механизм работает, многие правоприменители даже не задумываются о том, какой способ толкования они использовали, применяя ту или иную норму. Но как только появляется другой субъект с иным



пониманием значения данной нормы, возникает необходимость детально (пошагово) разобраться в её истинном смысле и зафиксировать выявленный смысл в акте толкования. К примеру, нам неизвестны случаи, когда кто-либо усомнился бы в значении, первого же предложения первой статьи УПК РФ: «Порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается настоящим Кодексом, основанным на Конституции Российской Федерации». Однако только Толковый словарь русского языка Ушакова содержит восемь значений слова «порядок», не считая устойчивых и просторечных выражений с этим словом<sup>15</sup>, и пять значений слова «настоящий»<sup>16</sup>. В связи с этим, если у кого-нибудь возникнут сомнения в том, как понимать эту статью, необходимо будет доказывать её традиционное понимание именно при помощи приёмов грамматического толкования. Если же таких сомнений не возникнет, то толковаться она будет по тем же правилам и с использованием тех же приёмов, но это будет не так незаметно.

Достаточно убедительно объясняет сущность грамматического толкования В.В. Лазарев: «Теоретической посылкой, определяющей роль грамматического толкования, является то обстоятельство, что человеческое мышление и язык, будучи едиными, не составляют полного тождества и совпадения. Словесное выражение нормы права не всегда отражает мысль законодателя, вложенную в норму, и, тем более, может не отражать намерений законодателя...»<sup>17</sup>.

Для придания процессу изучения грамматического толкования определённой последовательности в науке выделяют различные способы структурирования предмета данного способа толкования. Так, А.Ф. Черданцев считает, что в грамматическом толковании, помимо общеязыковых норм, наибольшую актуальность имеет выявление значений союзов (соединительных и разделительных), а также совершенных и несовершенных форм глаголов и причастий<sup>18</sup>. В.В. Лазарев смотрит на объект грамматического толкования шире: «Грамматическое толкование

охватывает собой уяснение значения отдельных слов и терминов, а также смысла всего предложения или их группы в целом. С его помощью исследуются род, число, падеж имён существительных и прилагательных, лицо, залог, род, число и вид глаголов, значение употреблённых союзов, предлогов, знаков препинания, все грамматические и синтаксические связи предложений»<sup>19</sup>. Практически того же мнения придерживается А.С. Пиголкин, считающий, что при грамматическом толковании необходимо установить основное значение исследуемого слова, его смысловой оттенок в данном контексте, выяснить грамматическую форму этого слова (падеж, число, род и т.д.)<sup>20</sup>. П.С. Элькинд более лаконична: «Грамматическое толкование основано на правилах грамматики»<sup>21</sup>. Универсальное, на наш взгляд, определение предмета грамматического толкования даётся Ю.С. Ващенко: «филологическое<sup>22</sup> толкование – разновидность интерпретационной практики, направленная на установление с помощью языковых средств и их внутритекстовых связей смысловых параметров правовой нормы...»<sup>23</sup>.

Таким образом, обобщая все вышеизложенные точки зрения, можно прийти к выводу, что **предметом** грамматического толкования является морфологическая и синтаксическая структура толкуемой нормы (нормативного предписания).

Традиционно считается, что грамматическое толкование является первым способом, с которого начинается уяснение правовой нормы. В рамках грамматического толкования начинать нужно с морфологического анализа текста нормы. Как правило, законодатель старается избежать использования слов, которые могут неоднозначно пониматься правоприменителем. Однако получается это не всегда, что создаёт или может создать трудности в уяснении смысла нормативного предписания. Рассмотрим примеры применения грамматического способа толкования для уяснения морфологической структуры уголовно-процессуальных норм.

Первая группа примеров связана с употреблением омонимов и синонимов. Иногда использование омонимов может быть оправдано и не создавать проблем с пониманием воли законодателя. Так, например, часть четвёртая статьи 179 УПК РФ устанавливает: *«При освидетельствовании лица другого пола следователь не присутствует, если освидетельствование сопровождается обнажением данного лица...»*. В этом случае у правоприменителя нет оснований усомниться, в каком значении использовано слово «лицо» - как персону, субъект правоотношений или как часть головы. Словосочетание «лицо другого пола» исключает понимание данного термина как обозначения лицевой части головы. Вместе с тем, в аналогичной статье УПК РСФСР 1960 г. (часть четвёртая ст. 181) использовалось выражение *«обнажение освидетельствуемого лица»*, что могло привести к неоднозначному пониманию термина «лицо». Неоправданное употребление омонимов в одной статье или одной части статьи может внести путаницу. К примеру, ставшее уже классическим объектом критики, использование термина «назначение» в двух разных смыслах в части второй статьи 6 УПК РФ: *«Уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию»*. Так же некорректно используется и словосочетание «особый порядок»: в названии раздела X УПК РФ **«Особый порядок** судебного разбирательства» и в названии части четвёртой УПК РФ **«Особый порядок** уголовного судопроизводства».

Не меньшие сложности для уяснения норм может создать и использование синонимов в тексте закона. Юридический текст не должен быть разнообразен с художественной точки зрения. Законодатель должен стремиться использовать одно слово для определения одного явления (субъекта, процессуального действия, решения и т.п.). В части второй статьи 48 Конституции РФ говорится о праве задержанных, заключённых под

стражу, обвиняемых пользоваться помощью адвоката (защитника). Использование двух схожих терминов породило сомнения в их толковании, а именно - понимать ли их как синонимы. Для разрешения этих сомнений потребовалось проведение лингвистической экспертизы. В экспертном заключении Института русского языка им. В.В.Виноградова Российской Академии наук, указывалось, что слово «адвокат» уже по сфере употребления, так как относится только к деятельности профессиональных юристов. Слово «защитник» - шире, так как относится к деятельности любого лица, занимающегося защитой или представительством чьих-либо интересов в судопроизводстве<sup>24</sup>. Не вступая в спор по существу этих выводов, хотелось бы отметить, что приём грамматического толкования в данном случае состоял в морфологическом анализе слов «адвокат» и «защитник».

Проводя морфологический анализ, следует также обращать внимание на то, какое значение имеет то или иное слово в сочетании с другими словами. Речь, как правило, идёт об устойчивых выражениях. Так, например, в части четвёртой статьи 164 УПК РФ установлено: *«При производстве следственных действий недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создание опасности для жизни и здоровья участвующих в них лиц»*. Словосочетание «создание опасности» традиционно понимается как обозначение любых действий и бездействий субъекта, в результате которых этому и/или другим субъектам будет угрожать опасность. В то же время, С.А. Пашин истолковал это словосочетание по-другому: *«...следователь, а если ему будет угодно, также специалист, подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, свидетель обязаны явиться в радиоактивно зараженную зону или на минное поле. УПК запрещает создавать опасность для жизни участников процесса (ч. 4 ст. 164), но не вести их навстречу опасности»*<sup>25</sup>. На наш взгляд, в данном случае слово «создавать» оказалось вырванным из контекста словосочетания «создавать опасность» и истолковано как преобразование самим следователем

окружающей участников следственного действия среды из безопасной в небезопасную. Представляется, что под словосочетанием «создавать опасность» в данном случае должны пониматься любые действия (бездействия), решения следователя, после которых и по причине которых участникам следственного действия будет угрожать опасность, причём, независимо от того, преобразовал следователь окружающую среду (разлил ртуть) или доставил людей на опасное место (осмотр помещения, где ртуть была разлита раньше).

Проблема в уяснении слов, содержащихся в уголовно-процессуальных нормах, может возникнуть в силу научно-технического прогресса или иных изменений обстановки. Так, в части третьей статьи 165 УПК РСФСР 1960 г. было установлено, что при невозможности предъявления лица опознание может быть произведено по его фотокарточке. Во второй половине 50-х годов XX столетия, когда велась разработка данного УПК, отобразить и сохранить облик человека можно было двумя известными способами: рисованным портретом и фотографической карточкой. Таким образом, под фотокарточкой понималась карточка со статическим изображением чего-либо, сделанным на основе химических и физических процессов, получаемых с помощью света, то есть электромагнитных волн, излучаемых непосредственно или отражённых. Однако до 90-х годов XX века эта норма не нуждалась в таком замысловатом грамматическом толковании. С развитием и массовым распространением цифровой техники появились новые способы фиксации и хранения визуальной информации. Так, лицо могло быть снято на цифровую камеру, в движении, представлено опознающему не в виде карточки, а на мониторе компьютера, на экране телевизора. Однако слово «фотокарточка», использованное в статье 165 УПК РСФСР тормозило применение новейших научно-технических средств. В частности, внедрявшийся в республике Татарстан фэйсменеджер, представляющий собой электронную базу данных изображений нескольких десятков тысяч человек, когда-либо попадавших в

поле зрения правоохранительных органов, использовался только в розыскной деятельности и не мог быть использован для проведения предъявления для опознания, поскольку изображение на мониторе было фотографическим, т.е. фотографией, а не фотокарточкой<sup>26</sup>. В части пятой статьи 193 УПК РФ говорится уже о фотографии.

При уяснении значения слова в рамках грамматического толкования важно обращать внимание на нормативные предписания, содержащиеся в переведённых на русский язык текстах. Так, Конституционный Суд РФ, рассматривая дело о проверке конституционности норм УПК РФ, регламентирующих пересмотр приговоров и решений, вступивших в законную силу<sup>27</sup>, обращает внимание на положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>28</sup> (далее – Конвенция), а именно пункта 2 статьи 4 Протокола № 7 (в редакции Протокола № 11), где установлено, что право не привлекаться повторно к суду или повторному наказанию не препятствует повторному рассмотрению дела в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами соответствующего государства, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или если в ходе предыдущего разбирательства было допущено существенное нарушение (т.е. имеющее фундаментальный, принципиальный характер - "a fundamental defect" в английском тексте, "un vice fondamental" во французском тексте), повлиявшее на исход дела. Следует отметить, что в действующем УПК РФ понятия «существенное» нарушение применительно к основаниям пересмотра судебных решений во второй и надзорной инстанциях нет. В УПК РСФСР 1960 г. (ст.ст. 379, 342, 345) термин «существенное нарушение уголовно-процессуального закона» использовался для определения перечня нарушений, безусловно влекущих отмену приговора или иного судебного решения. По своей природе основания, перечислявшиеся в части второй статьи 345 УПК РСФСР представляли собой неоспоримую презумпцию нарушения закона. Однако при всей внешней схожести, указанные основания не являлись тем, что подразумевается в Конвенции под термином «а

fundamental defect». К примеру, среди существенных нарушений, перечисленных в части второй статьи 345 УПК РСФСР 1960 г. не было оснований, связанных с нарушениями прав потерпевших, которые подпадают под категорию «a fundamental defect». Таким образом, толкуя нормы Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Конституционный Суд РФ не совсем точно перевёл этот термин, придав ему значение, иное, нежели то, которое вкладывали в него договаривающиеся государства при подготовке и подписании Конвенции<sup>29</sup>. Подчас результаты грамматического толкования переведённых текстов должны расширять или ограничивать их буквальный смысл. Так, анализируя Конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г., а также дополнительные протоколы к ней и, в особенности, решения Европейского Суда по правам человека, можно прийти к выводу, что термины «задержание», «заключение под стражу», «арест», «лишение свободы», которые в отечественном уголовно-процессуальном, уголовном и административном законодательстве имеют совершенно определённые значения, часто используются слишком широко или узко. Так, Протокол № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод «Об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» от 16 сентября 1963 г. (с изменениями от 11 мая 1994 г.) в статье 1 устанавливает: *«Никто не может быть лишён свободы лишь на том основании, что он не в состоянии выполнить какое-либо договорное обязательство»*. Очевидно, что в данном случае под выражением «лишён свободы» понимается не только применение уголовного наказания в виде лишения свободы, но и задержание, заключение под стражу, административный арест, арест и ограничение свободы как виды уголовного наказания. В английском языке помимо выражения *deprivation of liberty* (букв.: лишение (отбор, отрешение) свободы), использованного в данном случае, существуют термины, *custodial penalty*, *confinement*, *life imprisonment* (пожизненное лишение свободы), наполненные специальным юридическим смыслом и характеризующие

разновидности тюремного заключения. Отечественные же переводчики перевели довольно нейтральное выражение *deprivation of liberty* как совершенно чётко определённое «лишение свободы».

Совершенно недопустимой представляется ситуация, когда одни и те же термины, либо слова, производные от них, переводятся в одном и том же документе, и, более того, в одной статье по-разному. Создающиеся в данном случае коллизии, необходимо преодолевать помимо грамматического приёма толкования, логическим и специально-юридическим приёмами. Так, в части первой статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод термин «*detention*» переводится как заключение под стражу (в подпункте «b» с уточнением «(арест)»), а термин «*arrest*» - как задержание. Таким образом, руководствуясь правилами английской грамматики, термин «*arrested*», содержащийся в части второй этой же статьи, необходимо переводить, как «задержанный». Однако в русском переводе он значится как «арестованный». В частях четвёртой и пятой этой же статьи «*arrest*» почему-то уже переводится как «арест», хотя в подпункте «b» части первой этой статьи делалось уточнение, что арест это заключение под стражу. В таких ситуациях, правоприменителю, исправляя огрехи плохого перевода, необходимо изучать текст на языке оригинала и, таким образом, устанавливать подлинный смысл того или иного слова. С другой стороны, при официальном переводе подобных документов необходимо избегать использования терминов и слов, имеющих в русском языке и российской юриспруденции закреплённое законом значение, либо традиционное понимание. Думается, что лучше создать новую конструкцию, которая на первых порах может быть непривычной, «резать слух», но не будет создавать коллизий. Положительный пример такого перевода мы находим в той же статье 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Часть пятая этой статьи устанавливает, что каждый, кто стал жертвой ареста или заключения под стражу в нарушение положений настоящей статьи, имеет право на компенсацию. В английском варианте слово «жертва» обозначено



как «*the victim*» и была опасность использовать для перевода термин «потерпевший», что потребовало бы впоследствии его расширительного толкования. Между тем, украинские коллеги российских переводчиков эту ошибку допустили и перевели «*the victim*» как «*потерпілий*», что в УПК Украины означает «потерпевший»<sup>30</sup>.

В научной литературе существует совершенно справедливое мнение, что для коммуниканта два текста выступают в качестве равноправных форм существования одного и того же сообщения, они равноценны в их функциональном и структурно-семантическом отождествлении. Во время перевода юридического текста достижение такой адекватности возможно лишь, когда сам переводчик владеет «юридической грамотностью», причем как на иностранном, так и на родном языке<sup>31</sup>.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ содержит нормы, которые при их буквальном грамматическом толковании ограничивают процессуальные возможности субъектов процесса. Поскольку природа этих ограничений не всегда понятна, а иногда и попросту абсурдна, некоторые правоприменители и учёные стараются истолковать данные нормы вопреки их морфологическому значению. Это далеко не всегда правильно. Так, по мнению Л. Брусницына положение, закреплённое в части третьей статьи 11 УПК РФ о том, что при наличии достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, должно быть истолковано не грамматически, а расширительно. В частности, настоящее время глагола «*угрожают*» Л. Брусницын предлагает толковать и в смысле «*могут угрожать*»<sup>32</sup>. Очевидно, что это предложение продиктовано только лучшими побуждениями, однако, оно не

представляется приемлемым в данном случае. Во-первых, нельзя заменять способ толкования (грамматический) результатами толкования (расширительное). Если даже результаты и будут шире, то прийти к ним необходимо каким-либо способом толкования (или их совокупностью). Во-вторых, чтобы не толковать норму буквально, необходимы основания. В данном случае нужны основания для того, чтобы глагол в настоящем времени «*угрожают*» при толковании заменить на глагол в будущем времени «*могут угрожать*»<sup>33</sup>. Аргумент Л. Брусницына что «... такое толкование позволяет предотвращать посткриминальное воздействие...», на наш взгляд, представляется неубедительным. Похожая ситуация складывается и с частью первой статьи 201 УПК РФ: «Судебная экспертиза, в производстве которой участвуют эксперты разных специальностей, является комплексной». Использование слова «*эксперты*» во множественном числе тормозит возможность проведения комплексных экспертиз одним экспертом, имеющим соответствующую подготовку по нескольким необходимым направлениям. В связи с этим Е.Р. Россинская критикует данное положение, предлагает его изменить, но не предлагает толковать его вопреки буквальному смыслу<sup>34</sup>.

После морфологического анализа текста нормы необходимо переходить к синтаксическому. Ставший классическим пример «*казнить нельзя помиловать*» как нельзя лучше иллюстрирует значимость правильного понимания сочетания слов в предложении. А.Ф. Черданцев в качестве одного из правил языкового толкования рассматривал необходимость устанавливать значение сложных выражений в соответствии с синтаксическими правилами языка, на котором сформулирована интерпретируемая норма<sup>35</sup>. В УПК РФ встречаются словосочетания и предложения, которые вследствие невысокой юридической техники могут быть истолкованы неоднозначно. К примеру, обратимся к части пятой статьи 365 УПК РФ, которая устанавливает правила представления новых доказательств и допроса новых свидетелей в апелляционной инстанции: «*Стороны вправе заявить ходатайство о вызове*

*новых свидетелей, производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов, в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции». Возникает проблема: какие из четырёх процессуальных действий могут иметь место в апелляционной инстанции лишь при условии, что в производстве этих действий было отказано судом первой инстанции, а какие можно производить и без аналогичных попыток в первой инстанции. Толкование данного положения с точки зрения синтаксиса должно выглядеть следующим образом.*

1. Данное предложение представляет собой сложноподчинённое предложение с придаточным определительным.

2. Главное предложение – простое, двусоставное, с однородными дополнениями: (*Стороны вправе заявить ходатайство о вызове новых свидетелей, производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов*). Придаточное определительное – (*в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции*).

3. Придаточное определительное не может относиться и распространять часть главного (*о вызове новых свидетелей, производстве судебной экспертизы*), т.к. не совпадает по смыслу: исследовать новых свидетелей и исследовать производство экспертизы нельзя. Следовательно, придаточное относится либо только к слову «документы», либо и к слову «документы» и к слову «вещественные доказательства».

4. Придаточное присоединяется к главному с помощью союзного слова «который». Как правило, слово «который» служит целям уточнения существительного, к которому отсылается придаточное предложение, то есть, выполняет ограничительную функцию. Эта функция могла быть усилена, если бы было ещё и опорное слово «те»: «...об истребовании вещественных доказательств и тех документов, в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции». Тогда придаточное точно имело бы отношение только к слову «документов».

Далее рассуждения толкователя могут пойти по одному из двух взаимоисключающих путей.

5 (а). Слово «который» предопределяется конкретными условиями его употребления, требующими некоторой дополнительной информации о предмете, выраженном существительным (т.е., дополнительной информацией о «документах»). Следовательно, придаточное относится только к слову «документы».

5 (б). Поскольку слова «доказательства» и «документы» соединены друг с другом союзом «и», придаточное может в равной степени относиться и пояснять оба слова. Кроме того, определительные отношения между придаточным и словом «доказательства» могут быть ослаблены стремлением избежать повторения в предложении одного и того же придаточного: (...*вещественных доказательств, **в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции** и документов, в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции*).

Таким образом, становится очевидным, что средств грамматического толкования хватило только на то, чтобы отместить первые два процессуальных действия – допрос свидетелей и производство экспертизы. Далее необходимо переходить к другим способам толкования (систематическому, логическому, телеологическому) для того, чтобы прийти к однозначному выводу.

Практика толкования норм УПК показывает, что в некоторых случаях игнорируется, не учитывается такая часть речи, как союзы. Так, согласно статье 42 УПК РФ помимо физического лица потерпевшим может являться и «...*юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации*». Грамматическое толкование данной нормы позволяет установить, что для того, чтобы юридическое лицо было признано потерпевшим, необходимо, чтобы преступлением был причинён вред и его имуществу и его деловой репутации. Между тем, и в научной литературе и на практике данная норма толкуется по-другому. Часто достаточно причинения только одного вида вреда для того, чтобы

следственные органы признали юридическое лицо потерпевшим. Так, старший следователь по особо важным делам Следственного комитета при МВД России П.Г. Сычёв приводит примеры того, как при расследовании уголовных дел юридические лица, имуществу которых причинялся вред (главным образом хищением) признавались потерпевшими, но не упоминает о наличии сведений о причинении вреда их деловой репутации. Сам П.Г. Сычёв также не делает различий между союзами «и» и «или» применительно к определению потерпевшего<sup>36</sup>. Конституционный Суд РФ, хотя и косвенно, демонстрирует такой же подход к данной проблеме<sup>37</sup>.

Говоря о грамматическом толковании в уголовно-процессуальном праве и процессе, нельзя не отметить складывающуюся в последнее время тенденцию принижения роли грамматического толкования, отношение к данному способу толкования, как к второстепенному. И это притом, что практически все теоретики и практики, как уже говорилось выше, соглашались с мнением, что именно с грамматического толкования начинается уяснение содержания нормы. Речь идёт, главным образом, о решениях Конституционного Суда РФ. Казалось бы, перед Конституционным Судом РФ стоит достаточно определённая задача: если оспариваемая норма соответствует Конституции РФ, её нужно оставлять в силе, если нет – признавать неконституционной и объявлять не подлежащей применению, при этом уведомляя Федеральное Собрание РФ о необходимости соответствующего изменения законодательства. Но в последние годы Конституционный Суд РФ пошёл по другому пути: очевидно неконституционной норме при помощи сложных приёмов телеологического, логического и систематического толкования придаётся новый смысл, и она получает «вторую жизнь» в той же форме, но уже с другим содержанием, соответствующим Конституции РФ. Часто это новое содержание не соответствует или противоречит грамматическому смыслу текста нормы. Так, предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ была часть восьмая статьи 234 УПК РФ: *«По ходатайству сторон в качестве*

*свидетелей могут быть допрошены любые лица, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом».* Казалось бы, из данного текста однозначно следует, что по ходатайству сторон можно допросить всех, кроме лиц, обладающих свидетельским иммунитетом. Естественно, налицо школьная ошибка законодателя, связанная с неправильным использованием причастных оборотов<sup>38</sup>, и никто не собирался лишать таких лиц права дать показания, если они того желают. Однако, судя по тексту нормы, всё же лишили. Законодателю можно было изложить эту норму гораздо проще: после слова «документов» поставить точку и дополнить часть ещё одним предложением: «Лица, обладающие свидетельским иммунитетом, могут быть допрошены только с их согласия». Поскольку законодатель этого не сделал, возникло сомнение в конституционности данного положения, последовал запрос в Конституционный Суд РФ. Конституционный Суд РФ указал, что *«Из данной нормы во взаимосвязи с пунктом 40 статьи 5, статьей 56, частью четвертой статьи 271 и статьей 278 УПК Российской Федерации не следует, что запрет обязывать лицо, обладающее свидетельским иммунитетом, давать показания относительно обстоятельств досудебного производства исключает право такого лица дать соответствующие показания в случае, если оно согласно на это, при условии, что ему как свидетелю разъясняется возможность использования показаний в качестве доказательств по уголовному делу»*, а также, что эта норма *«...не исключает возможность допроса, в том числе по ходатайству стороны защиты, лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов при условии их согласия на это...»*<sup>39</sup>. Таким образом, Конституционный Суд РФ «чёрное» назвал «белым» и логично объяснил, почему. На наш взгляд, использовать различные способы толкования необходимо так, чтобы приёмы этих

способов не противоречили, а дополняли друг друга. Так, прибегать к логическому, систематическому, телеологическому и другим видам толкования нужно тогда, когда после грамматического остались какие-либо вопросы, сомнения по уяснению смысла текста нормативного предписания, то есть, когда средств грамматического толкования не хватило для того, чтобы понять, что же имел в виду законодатель. Если же после грамматического способа всё становится ясным, то на этом первый этап толкования – уяснение должен заканчиваться. Конституционный же Суд, на наш взгляд, использует различные приёмы толкования до тех пор, пока не придёт к какому-то заранее запланированному результату. Это больше напоминает правотворческую, а не интерпретационную деятельность. При таком положении вещей органы законодательной власти «развращаются» в смысле юридической техники: зачем скрупулёзно работать над текстом, подбирать слова, строить сложные предложения, «править» в третьем чтении пунктуацию и падежи, если Конституционный Суд РФ потом всё равно всем объяснит, как какое слово нужно понимать в контексте всего законодательства. Конституционный Суд зачастую просто «перепрыгивает» через грамматическое толкование норм УПК и сразу переходит к тому, как данная норма смотрится в системе конституционного и уголовно-процессуального законодательства. Представляется, что во всех случаях, когда морфологический и синтаксический анализ какой-либо нормы приводит Конституционный Суд к выводу, что данная норма противоречит Конституции РФ, необходимо, во-первых, признавать её неконституционной; во-вторых, определять временный порядок преодоления сложившегося противоречия или образовавшегося пробела; в-третьих, незамедлительно информировать об этом органы законодательной власти. Вопрос о том, как заставить органы законодательной власти эффективно реагировать на подобные решения Конституционного Суда РФ, лежит за пределами настоящего исследования.

Пренебрежение грамматическим толкованием приведёт к тому, что коммуникативная функция языка будет сведена лишь к поводу для общения на определённую тему.

В науке неоднократно предпринимались попытки систематизировать правила грамматического толкования. Так, А.Ф. Черданцев выделяет 10 правил языкового толкования<sup>40</sup>, С.Г. Пишина выделяет комплекс ошибок, допускаемых интерпретаторами при языковом толковании<sup>41</sup>. Однако, поскольку указанные авторы не признают самостоятельный характер специально-юридического толкования, в их систематизации значительное место занимают правила толкования специальных юридических терминов. Что же касается «чистого» грамматического толкования, то можно сделать следующие выводы по применению данного вида толкования к уголовно-процессуальным нормам и в уголовно-процессуальной деятельности.

1. Первый этап грамматического толкования должен состоять в морфологическом анализе текста:

а) словам и выражениям следует придавать то значение, которое они имеют в литературном языке<sup>42</sup>. Отступления от этого правила должны быть обоснованы интерпретатором;

б) при толковании норм, содержащих в силу недостаточного уровня юридической техники синонимы или омонимы, в интерпретационных актах (в т.ч. правоприменительных документах) специально оговаривать в каком значении используется то или иное слово (термин) и какие слова (термины) используются как равнозначные;

в) при возникновении затруднений или сомнений в уяснении значения норм, переведённых с других языков, следует выяснять значение данных слов на языке оригинала.

2. Второй этап грамматического толкования состоит в синтаксическом анализе текста:

а) синтаксическом анализе словосочетаний;

б) синтаксическом анализе предложений.



3. Грамматическое толкование предвосхищает другие способы толкования. Это, однако, не означает, что грамматическое толкование является «главным» в системе способов.

В результате грамматического толкования толкующий норму субъект может:

- а) принять решение на основе установленного значения нормы;
- б) перейти к другим способам толкования, если значение нормы, установленное посредством грамматического толкования, не позволяет принять обоснованное и мотивированное решение.

4. При грамматическом толковании следует исходить из двух презумпций:

- а) презумпции «грамотности законодателя»;
- б) презумпции «нехудожественности текста», то есть предположении того, что законодатель на первое место ставит чёткость и определённую формулировок, и, лишь в последнюю очередь, следит за его «литературной красотой».

#### Список правовых актов

1. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (вместе с "Протоколом [№ 1]" (Подписан в г. Париже 20.03.1952), «ПРОТОКОЛОМ № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), «Протоколом № 7» (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984)) // «Собрание законодательства РФ», 08.01.2001, № 2, ст. 163.

2. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (принят ГД ФС РФ 22.11.2001) (ред. от 21.02.2010).

3. Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П по делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В.Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В.Абрамова // «Собрание законодательства РФ», 17.02.1997, № 7, ст. 871 .

4. Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июля 2002 г. № 13-П »По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 342, 371, 373, 378, 379, 380 и 382 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, статьи 41 Уголовного кодекса РСФСР и статьи 36 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с запросом Подольского городского суда Московской области и жалобами ряда граждан» // «Собрание законодательства РФ», 05.08.2002, № 31, ст. 3160.

5. Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // «Собрание законодательства РФ», 05.07.2004, № 27, ст. 2804.

6. Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2007 г. № 812-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса мирового судьи судебного участка № 11 Московского района города Рязани о проверке конституционности части первой статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», пункт 2.1 / «Консультант плюс» [Интернет-версия]. URL:  
<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=EXP;n=410390;div=LAW;mb=LAW;opt=1;ts=60342CF43BEBB3EE564288C82DE6065A> (дата обращения 22.02.2010).

### Библиография

1. Аверинцев С. С. Статья «Филология». Большая советская энциклопедия. Т. 27. М., 1977.
2. Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1981
3. Багаутдинов Ф. Опознание // «Законность», 1999, № 10.

4. Брусницын Л. Псевдонимы в уголовном процессе // Законность, 2005, № 2.
5. Булыгина Т.В. Статья «Грамматика». Большая советская энциклопедия. Т. 7. М., 1972.
6. Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов. М., 1997.
7. Ващенко Ю.С. Филологическое толкование норм права. Дисс. ... к.ю.н. Тольятти. 2002.
8. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.
9. Пашин С.А. Сопоставительная таблица положений Конституции Российской Федерации и норм УПК РФ (некоторые наиболее очевидные нарушения Конституции России) [Веб-сайт] / РОО НЭПС: [М. 08.2004] URL: <http://www.neps.ru/node/586> (дата обращения 21.02.2010).
10. Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 2005. (Издание 2005 года представляет собой воспроизведение одноимённого издания 1962 г.).
11. Пишина С.Г. «Правоинтерпретационные» ошибки. Проблемы теории и практики. Дисс. ... к.ю.н. Н.-Новгород, 2000.
12. Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. М., 2001.
13. Радаева Н. Л. Лингвистические основания толкования уголовного закона и квалификации преступлений: Дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2004.
14. Россинская Е.В. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК / Материалы Международной научно-практической конференции МГЮА «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». М., 2004. С. 156-157.
15. Сычёв П.Г. Юридическое лицо как потерпевший в уголовном судопроизводстве: особенности процессуального положения // Закон, 2007, Август.
16. Теория государства и права. Курс лекций. Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001.
17. Толковый словарь русского языка: Под ред. Д. Н. Ушакова. — М.: Гос. ин-т "Сов. энцикл."; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935-1940 [Электронный ресурс]. URL: <http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov/article/ushakov/16-2/us361801.htm> (дата обращения 21.02.2010).
18. Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 139-143.
19. Щепотина Е.В. Лингвокультурные факторы перевода юридического текста // Язык, коммуникация и социальная среда. Вып.2. Воронеж. 2002.
20. Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967.

<sup>1</sup> См.: Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 2005. (Издание 2005 года представляет собой воспроизведение одноимённого издания 1962 г.). С. 50 и далее.

<sup>2</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1981. С. 302-303.

<sup>3</sup> См.: Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967. С. 88.

<sup>4</sup> См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 59.

<sup>5</sup> См.: Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. М., 2001. С. 210.

<sup>6</sup> См.: Ващенко Ю.С. Филологическое толкование норм права. Дисс. ... к.ю.н. Тольятти. 2002.

<sup>7</sup> См.: Радаева Н. Л. Лингвистические основания толкования уголовного закона и квалификации преступлений: Дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2004.

<sup>8</sup> См.: Пишина С.Г. «Правоинтерпретационные» ошибки. Проблемы теории и практики. Дисс. ... к.ю.н. Н.-Новгород, 2000. С. 61-62.

<sup>9</sup> Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов. М., 1997. С. 37.

<sup>10</sup> См.: Теория государства и права. Курс лекций. Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001. Автор главы А.В. Осипов. С. 483.

<sup>11</sup> См.: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 120.

<sup>12</sup> См.: Булыгина Т.В. Статья «Грамматика». Большая советская энциклопедия. Т. 7. М., 1972. С. 241-242.

<sup>13</sup> «Филология (*греч. philologia, буквально – любовь к слову*) - содружество гуманитарных дисциплин – лингвистической, литературоведческой, исторической и др., изучающих историю и выясняющих сущность духовной культуры человечества через языковой и стилистический анализ письменных текстов».

Аверинцев С. С. Статья «Филология». Большая советская энциклопедия. Т. 27. М., 1977. С. 410.

<sup>14</sup> Цит. по: Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967. С. 89.

<sup>15</sup> См.: Толковый словарь русского языка: Под ред. Д. Н. Ушакова. — М.: Гос. ин-т "Сов. энцикл."; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935-1940 [Электронный ресурс]. URL: <http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov/article/ushakov/16-2/us361801.htm> (дата обращения 21.02.2010).

- <sup>16</sup> См.: Толковый словарь русского языка: Под ред. Д. Н. Ушакова. — М.: Гос. ин-т "Сов. энцикл."; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935-1940 [Электронный ресурс]. URL: <http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov/article/ushakov/14/us243608.htm?text=%D0%9D%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%BE%D1%8F%D1%89%D0%B8%D0%B9&encid=ushakov&stpar3=1.1> (дата обращения 21.02.2010).
- <sup>17</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 60.
- <sup>18</sup> См. Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 134-135.
- <sup>19</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 60.
- <sup>20</sup> См.: Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 2005. (Издание 2005 года представляет собой воспроизведение одноимённого издания 1962 г.). С. 50.
- <sup>21</sup> Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967. С. 88.
- <sup>22</sup> О разночтениях в названии данного вида толкования речь шла выше.
- <sup>23</sup> Ващенко Ю.С. Филологическое толкование норм права. Дисс. ... к.ю.н. Тольятти. 2002. С. 6.
- <sup>24</sup> См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ Э.М. Аметистова и Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ В.И. Олейника по делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова. Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. N 2-П // «Собрание законодательства РФ», 17.02.1997, N 7, ст. 871.
- <sup>25</sup> Пашин С.А. Сопоставительная таблица положений Конституции Российской Федерации и норм УПК РФ (некоторые наиболее очевидные нарушения Конституции России) [Веб-сайт] / РОО НЭПС : [М. 08.2004] URL : <http://www.neps.ru/node/586> (дата обращения 21.02.2010).
- <sup>26</sup> См.: Багаутдинов Ф. Оpozнание // «Законность», 1999, № 10. С. 22-23.
- <sup>27</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июля 2002 г. N 13-П »По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 342, 371, 373, 378, 379, 380 и 382 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, статьи 41 Уголовного кодекса РСФСР и статьи 36 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с запросом Подольского городского суда Московской области и жалобами ряда граждан» // «Собрание законодательства РФ», 05.08.2002, N 31, ст. 3160.
- <sup>28</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (вместе с "Протоколом [N 1]" (Подписан в г. Париже 20.03.1952), «Протоколом N 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), «Протоколом № 7» (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984)) // «Собрание законодательства РФ», 08.01.2001, № 2, ст. 163.
- <sup>29</sup> Следует отметить, что Федеральным законом от 14 марта 2009 г. № 39-ФЗ в статью 405 УПК РФ введён термин «фундаментальные нарушения» и его содержание соответствует содержанию Конвенции, а не переводу, использованному в приведённом Постановлении Конституционного Суда от 17 июля 2002 г. № 13-П.
- <sup>30</sup> Слово «жертва» в украинском языке тоже есть.
- <sup>31</sup> См.: Щепетина Е.В. Лингвокультурные факторы перевода юридического текста // Язык, коммуникация и социальная среда. Вып.2. Воронеж. 2002. С.109-116.
- <sup>32</sup> См.: Брусницын Л. Псевдонимы в уголовном процессе // Законность, 2005, № 2. С. 17.
- <sup>33</sup> В данном случае речь идёт о будущем сложном (аналитическом) времени глагола, состоящего из личной формы вспомогательного глагола «*могут*» и инфинитива основного глагола, передающего лексическое значение «*угрожать*».
- <sup>34</sup> См.: Россинская Е.В. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК / Материалы Международной научно-практической конференции МГЮА «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». М., 2004. С. 156-157.
- <sup>35</sup> См.: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 143.
- <sup>36</sup> См.: Сычёв П.Г. Юридическое лицо как потерпевший в уголовном судопроизводстве: особенности процессуального положения // Закон, 2007, Август. С. 153-158.
- <sup>37</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2007 г. № 812-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса мирового судьи судебного участка № 11 Московского района города Рязани о проверке конституционности части первой статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», пункт 2.1 / «Консультант плюс» [Интернет-версия]. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=EXP;n=410390;div=LAW;mb=LAW;opt=1;ts=60342CF43VEVB3EE564288C82DE6065A> (дата обращения 22.02.2010).
- <sup>38</sup> В среде лингвистов популярно выражение, символизирующее подобного рода ошибки: «Открывая дверь, пело радио».
- <sup>39</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // «Собрание законодательства РФ», 05.07.2004, № 27, ст. 2804.

---

<sup>40</sup> См.: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 139-143.

<sup>41</sup> См.: Пишина С.Г. «Правоинтерпретационные» ошибки. Проблемы теории и практики. Дисс. ... к.ю.н. Н.-Новгород, 2000. С. 61-62.

<sup>42</sup> А.Ф. Черданцев отмечает, что в международном праве это правило называют иногда «золотым правилом толкования». См.: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 139.

## **ЛОЖЬ И СОПУТСТВУЮЩИЕ КАТЕГОРИИ КАК ОБЪЕКТ ИССЛЕДОВАНИЯ КРИМИНАЛИСТИКИ**

***ЖУРАВЛЕВ Ю.Г.,***

*преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и  
криминалистики,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8 (3532)72-22-77,  
[post@oimsla.edu.ru](mailto:post@oimsla.edu.ru)*

***Ключевые слова:*** *Ложь, обман, умолчание, искажение информации, дезинформация, интенциональная дезинформация, неинтенциональная дезинформация, трансформация, правда, неправда, добросовестное заблуждение, признаки лжи и заблуждения, выбор линии поведения и тактического воздействия.*

*В статье рассмотрена одна из самых сложных на практике и спорных в науке проблема ложных показаний. На основе данных криминалистики, этики, психологии, философии рассмотрены понятия лжи и сопутствующих категорий и явлений: обман, дезинформация, правда,*

*неправда, добросовестное заблуждение. Описаны их признаки, а также указано на необходимость их учета при выборе того или иного тактического воздействия на допрашиваемого.*

**Keywords:** *lies, deception, omission and distortion of information, disinformation, misinformation potentially Institute, neintentsinalnaya misinformation, transformation, truth, true, honest mistake, the symptoms of lies and misconceptions, choosing a line of conduct, and tactical effects.*

*The article describes one of the hardest in practice and controversial issue in the science of false testimony. Based on data forensics, ethics, psychology, philosophy, examined the concept of lies and related categories and phenomena: deception, misinformation, truth, true, honest mistake. Describe their symptoms, but also pointed to the need to take them into account when choosing a tactical effect on the person being interrogated.*

Одним из самых распространенных способов противодействия расследованию является ложь – дача заведомо ложных показаний, отказ от дачи показаний и др. Данная проблема является одной из самых сложных на практике и в некоторых отношениях спорной в науке. Прежде всего, как представляется, необходимо рассмотреть понятие лжи и сопутствующих, пограничных ей категорий для более четкого уяснения. Это позволит практическим работникам более грамотно выбирать линию поведения и способ воздействия на допрашиваемого.

Заведомая ложь свидетелей и потерпевших издавна была предметом интереса юристов, этиков, психологов, философов. «Обычно принято думать, – писал известный психолог А.Р. Лурия, – что нет ничего более случайного, капризного и не подчиняющегося никаким законам, чем ложь. Однако такое представление неверно. Ложь, как и всякое мышление, построенное по другому принципу, имеет свои формы, свои правила, свои приемы. Человек,

который лжет, прибегает всегда к определенным законам мышления, к определенным формам логики. Выискать их – означало бы сделать серьезный шаг вперед по пути умения отличать правдивое высказывание от лживого, а это дало бы новые прекрасные приемы в следственном деле»<sup>1</sup>.

Анализ ранних высказываний о лжи показывает, что она рассматривалась главным образом в двух аспектах: этическом и психологическом. Например, К. Мелитан считал ложь проявлением безнравственности. Люди лгут тогда, когда они задумали или совершают «что-то нехорошее», что необходимо скрывать от других. Человеку часто приходится скрывать свое подлинное Я, поэтому он неизбежно лжет, чтобы соблюсти элементарные правила вежливости. Или же привыкнув к ней, использует ложь всякий раз, когда это для него выгодно<sup>2</sup>.

О. Липманн и Л. Адам говорят о лжи как волевом деянии, направленном на результат, то есть как категории психологической. По их мнению, в любом волевом деянии имеются определенные внутренние или внешние тормозящие моменты. Для лжи тормозом является одновременное наличие в сознании лжеца и ложных, и верных представлений. Если в борьбе ложных и истинных представлений побеждают ложные за счет целей и намерений – тогда человек лжет. Если же побеждает комплекс истинных представлений за счет моральных принципов и понимания последствий – человек говорит правду<sup>3</sup>.

Промежуточную позицию занимает В. Штерн. Он определяет ложь как сознательное неверное показание, служащее для того, чтобы посредством обмана других достичь определенных целей. По его мнению, лжи присущи следующие три признака: а) осознание ложности; б) намерение обмануть; в) целесообразность, то есть направленность на получение какой-либо выгоды или отклонения невыгоды. Два первых признака отличают ложь от иллюзий воспоминания, а третий – от нереалистичных неверных показаний<sup>4</sup>.

Французский психолог Ж. Дюпра определял ложь следующим образом: «Ложь – это психосоциологический словесный, или нет, акт

внушения, при помощи которого стараются, более или менее умышленно, посеять в уме другого какое-либо положительное или отрицательное верование, которое сам внушающий считает противным истине»<sup>5</sup>. К положительным ложным внушениям он относит различного рода «выдумки»: клевету, ложные обвинения, преувеличения, извращения. К отрицательным – отрицания, утайку, умолчание, пропуски, преуменьшения. Введение в заблуждение, внушение человеку ложных «верований» как считает Ж. Дюпра, может быть сознательным и бессознательным.

Как действие определяет ложь П. Экман. Он говорит, что один человек вводит в заблуждение другого, делая это умышленно, без предварительного уведомления о своих целях и без отчетливо выраженной со стороны жертвы просьбы не раскрывать правды<sup>6</sup>.

При определении лжи мы так или иначе должны принимать во внимание не только самого лжеца, но и жертву обмана. Она не просит, чтобы ее обманули или ввели в заблуждение. При этом лжец не делает какого-либо предварительного уведомления о своем намерении обмануть. Было бы странным актеров считать лжецами. Многие из нас ходят в театр и согласны принимать маски актеров за истинные.

Необходимо отметить, что значительный вклад в разработку проблемы лжи в расследовании внес отечественный ученый А.Р. Ратинов<sup>7</sup>. Однако имеются некоторые аспекты существа лжи в уголовном судопроизводстве и понятия, которые нуждаются в уточнении: правда, неправда, дезинформация, вранье и т.п. Вероятнее всего это произошло потому, что понятие «ложь» и окружающие ее понятия стихийно заимствованы из обыденного языка и лишь затем стали использоваться в научной терминологии. Поэтому при их использовании до сих пор допускаются несколько толкований, неясность в значениях, нечеткость в объемах, а иногда и смешение. Например, ложь и дезинформация могут толковаться как одно и то же явление – как намеренная передача ложных сообщений. «Ложь – неправда, искажение действительного состояния дел,



имеющее целью ввести кого-либо в обман»<sup>8</sup>. «Дезинформация – заведомо неверные, ложные сведения, сообщаемые с целью ввести в заблуждение»<sup>9</sup>. Несовпадение понятий лжи, неправды, обмана, дезинформации, заблуждения имеет большое практическое значение при получении, оценке и эффективном использовании показаний допрашиваемых.

Ложь, как сознательное искажение известной допрашиваемому истины с целью введения следователя в заблуждение, содержит в себе следующие способы:

- сообщение, целиком состоящее из вымысла (встречается довольно редко);
- умолчание, сокрытие, исключение из сообщения отдельных элементов описываемого события, собственных действий и действий иных участников события;
- дополнение описания вымышленными деталями или элементами, при помощи которых событию придается нужный характер и окраска;
- перестановка и смещение в описании отдельных фрагментов события по их месту, времени, последовательности, взаимосвязи и т.п.;
- замена отдельных элементов событий иными вымышленными обстоятельствами и деталями<sup>10</sup>.

Как правило, перечисленные способы комбинируются. Чаще всего на практике сталкиваются с пассивным умолчанием и активной передачей искаженных сообщений. При этом передается определенная доля истинной информации.

Ложь всегда основывается на вербальном или невербальном, намеренном неистинном утверждении. Человек думает одно, а в сообщении выражает другое, желая дезинформировать собеседника, ввести его в заблуждение.

Умолчание, будучи менее всего исследованным способом лжи, представляет особый интерес. К сожалению, в криминалистической литературе данная проблема почти не поднималась. Опубликованы

некоторые философские работы. В частности В.И. Свинцов рассматривает данную проблему в логико-гносеологическом аспекте. Ситуациями отсутствия сообщений он называет весьма разнообразные случаи, когда некто не сообщает другому лицу об имевшем месте факте, замалчивает этот факт. В.И. Свинцов делает оговорку, что под умолчанием он понимает отсутствие любых звуковых, письменных и других, включая «иррациональных» сигналов о факте<sup>11</sup>. Поэтому, известная сцена из романа Ф.М. Достоевского «Преступление и наказание» между Раскольниковым и Разумихиным, в которой Раскольников взглядом «рассказал» об убийстве старухи-процентщицы: «Что-то странное как будто прошло между ними...Какая-то идея проскользнула, как будто намек, что-то ужасное, безобразное и вдруг понятное с обеих сторон...», не может быть отнесена к ситуации умолчания.

В.И. Свинцов вводит еще одно терминологическое разъяснение, касающееся того, что эта форма информативности связана с возможностью передавать истинное или ложное сообщение о некотором факте. Некто вербально не передает другому ни истинного ни ложного сообщения о факте. При этом передачу истинного сообщения он предлагает называть «трансинформацией», а передачу ложного – дезинформацией. По мнению В.И Свинцова, с одной стороны очевидно, что возможность передавать истину или лгать молча, без каких-либо сигналов, теоретически невозможно. С другой стороны, столь же очевидно, что эта возможность постоянно имеет место в жизни. Закрепившиеся в языке фразеологизмы «ложь умолчанием», «красноречивое молчание», утратившие свой изначально противоречивый смысл, далеко не полностью отражают распространенность и социальную значимость ситуации, в которой умолчание информативно<sup>12</sup>. Возникает парадокс, словесным выражением которого является словосочетание «информация без информации».

В психологии общения молчание является той средой, в которой только и возможна передача какого-либо сообщения. Между различными

сообщениями должны иметься более или менее продолжительные паузы, промежутки, которые и разделяют отдельные сообщения. С другой стороны, роль молчания состоит в непосредственной передаче ложной или истинной информации. Имеются в виду ситуации, в которых отсутствие определенной информации само по себе становится сигналом, информацией.

«Обычная» ложь состоит в том, что допрашиваемый сообщает следователю, что какого-либо определенного факта не было – «отрицание» подлинных фактов. Ложь умолчанием заключается в том, что допрашиваемый ничего не сообщает следователю о факте, то есть замалчивает этот факт – «сокрытие (умолчание) подлинных фактов». Фактически это является дезинформацией, то есть формой лжи.

Например, свидетель обязан в соответствии с законом информировать следователя относительно факта, если этот факт относится к событию преступления и имел место. Как раз нарушение этой обязанности и приводит в действие механизмы дезинформации умолчанием: поскольку следователю известно, что свидетель связан требованием закона, то отсутствие сообщения об определенном факте воспринимается следователем как сообщение об отсутствии факта. Если в отношении свидетеля и потерпевшего закон четко ограничивает поле обязательной для сообщения следователю информации, то для подозреваемого и обвиняемого дача показаний является их правом, но не обязанностью, поэтому ложь умолчанием обычно выявляется анализом и сопоставлением всей имеющейся у следователя информации или (реже) через контекст их показаний.

Обман – полуправда или правда с целью ввести в заблуждение, провоцирующая на ошибочные выводы из достоверных фактов. Отличие обмана от лжи заключается в том, что, во-первых, в нем полностью отсутствуют прямые искажения истины, то есть нет ложных сведений. И, во-вторых, обман основан на сознательном стремлении создать у собеседника неправильное представление о чем-либо, не искажая фактов.

Известны два основных вида обмана: обман посредством полуправды и обман с помощью правды. Полуправда характеризуется тем, что содержит в себе некоторые подлинные факты, но обманывающий при этом умышленно утаивает другие, без которых понять причинно-следственные связи произошедшего трудно. Как выяснили психологи, такой обман обычно основывается на так называемом эффекте «обманутого ожидания»: «...учитывая полученную правдивую, но неполную информацию, человек, которого обманывают, прогнозирует развитие событий в наиболее вероятном направлении, а обманывающий совершает поступок, нарушающий его ожидания. Цель обмана в том и состоит, чтобы направить мышление собеседника по пути актуализации знакомых ему ситуаций. Обманутый всегда является невольным соучастником обмана: он жертва собственных неадекватных представлений о действительности и неполноты информации»<sup>13</sup>. То есть обман в виде полуправды – это не результат воздействия одного собеседника на другого, а результат их взаимодействия. Следственная практика показывает, что, например, по делам о мошенничестве люди осознанно «хотят быть обманутыми».

Поскольку характерным признаком обмана в полуправде является сознательное стремление человека умолчать о существенных для собеседника сведениях, важнейшим пунктом анализа такого обмана является установление мотивов и причин умолчания об определенных известных ему фактах.

Другая разновидность обмана – «обман с помощью правды, произносимой таким образом, чтобы в нее нельзя было поверить. В общении людей она реализуется либо тогда, когда обманывающий точно знает, что партнер не верит ему, ожидает его лжи, либо тогда, когда наоборот, обманщик считает, что именно правда покажется собеседнику наиболее невероятной»<sup>14</sup>.

Ранее уже говорилось о том, что целью лжи во всех ее формах и проявлениях является дезинформация партнера, введение его в заблуждение

относительно истинного положения дел. Дезинформация и заблуждение нередко рассматриваются как синонимы. Однако специальные исследования показывают, что это не одно и то же. Объяснение дезинформации на основе понятия «ложь» с добавлением намерения допрашиваемого («заведомо ложные сведения», «намеренная передача ложных сообщений» и т.п.) могут показаться правильными. В таком случае оказываются неясными ситуации ложных сообщений, не связанных с намерением допрашиваемых обмануть. Едва ли правильно объяснять подобные процессы заблуждениями<sup>15</sup>. Точнее было бы трактовать заблуждение как ложное знание, принимаемое за истинное<sup>16</sup>. Однако в этом случае намеренная передача ложного сообщения, будучи основанной на заблуждении, не будет заблуждением в собственном смысле слова. Более правильным, как представляется, необходимо определять заблуждение через отношение несовпадения истинного знания с его субъективной оценкой. Отсюда заблуждение правомерно определять как «осознание (восприятие) ложного знания как истинного или истинного знания как ложного»<sup>17</sup>.

Заблуждение может быть следствием как дезинформации (когда, например, допрашиваемый вводит в заблуждение следователя), так и вызываться другими причинами. Поэтому понятие заблуждения само по себе абстрагировано от различных его причин и выражает только несовпадения в сообщениях знаков «истинно» – «ложно».

Прежде всего, необходимо уточнить, что встречающееся противопоставление дезинформации термину «информация» очень неудобно, поскольку этот термин используется еще и как обозначающий любую передачу сообщения, то есть как родовой по отношению к первому (дезинформация тоже вид информации). Для обозначения коммуникативного антипода дезинформации целесообразно применять термин «трансинформация», предложенный М. Мазуром, выражающий адекватность оригинала и образа на входе и выходе информационного процесса<sup>18</sup>. Он считает, что при всей важности (а для проблем расследования просто

необходимости) обязательно принимать во внимание намерение информатора для четкости разделения дезинформационных и трансинформационных процессов; при формулировании общего определения дезинформации (как такового) требуется отвлечение от намерения (интенции) источника сообщения. Нельзя понимать дезинформацию только как намеренную передачу ложного сообщения, поскольку в данном случае смешиваются объективные и субъективные обстоятельства. Имеются, например, в виду ситуации, в которых намерение передать истинную информацию, накладываясь на заблуждение, ведет к передаче сообщения, искажающего факт. В итоге лицо, для которого сообщение предназначено, получает ложь в форме истины.

Если отождествлять дезинформацию с намеренной передачей ложного сообщения, то возможность правильного распознавания (ложь или правда) переданного сообщения исключается в тех частях для ситуаций расследования, когда намерение допрашиваемого по каким-либо причинам для следователя остается неизвестным. То же самое происходит и в случаях, когда сообщение последовательно передается несколькими участниками процесса, намерения которых могут не совпадать.

Исходя из изложенных предпосылок, В.И. Свинцов определяет дезинформацию, как «...передачу (объективно) ложного знания как истинного или (объективно) истинного знания как ложного; она не зависит однозначно от интенции информатора»<sup>19</sup>, то есть его намерения.

Тем не менее, особый интерес представляют намерения допрашиваемого. Определяя родовое понятие дезинформации, выделяются два ее вида, которые дифференцируются по признаку интенции (намерений): «интенциальная дезинформация» и «неинтенциальная дезинформация». Такое различие дезинформационных процессов является важным, поскольку имеет непосредственное отношение к юридической квалификации поведения допрашиваемого и позволяет выбрать наиболее целесообразные тактические приемы преодоления лжи.

Круг дезинформационных процессов по признаку интенции (намерения информатора) выглядит следующим образом:

- дезинформационная интенция – стремление дезинформатора ввести получателя сообщения в состояние заблуждения. Она заключается в том, что имеющаяся у информатора оценка знания как истинного или ложного противоположна той, которая сообщается собеседнику;
- интенциальная дезинформация – дезинформация, основанная на обладании истиной. Передача сообщения, при которой информатор, обладая истиной, руководствуется дезинформационной интенцией;
- неинтенциальная дезинформация – дезинформация, основанная на заблуждении информатора<sup>20</sup> (по В.В. Знакову – «неправда»).

Также необходимо четко различать следующие две группы вопросов, которые «довольно легко смешиваются и подменяются друг другом: а) о правдивости или лживости показаний; б) об истинности или ошибочности показаний. Несовпадение понятий «правда» и «ложь», с одной стороны, и «истина» и «заблуждение» – с другой, очень важно учитывать...»<sup>21</sup>, поскольку правдивые показания могут быть как истинными, так в какой-то части ошибочными, а в ложных показаниях может содержаться в чем-то правда.

В последнее время в гуманитарных науках возрастает интерес к понимаю сущности правды и ее психологических антиподов – неправды, лжи, обмана и т.п. в связи с широким их распространением. Отмечается, что в контексте анализа общения и взаимопонимания логическая категория «истина» по содержанию и объему оказывается более бедной, чем категория «правда». Если истина является характеристикой суждения об объективной, отстраненной от человека реальности, то правда – это атрибут канала коммуникации в мире общающихся и понимающих друг друга людей. Разумеется, правда всегда содержит зерно истины, однако истинное событие становится правдой в ситуации общения тогда, когда общающиеся верят в то,

что это событие действительно произошло; и тогда, когда это событие, по их мнению, соответствует требованиям справедливости<sup>22</sup>.

В.В. Знаков считает, что «неправда в ситуации межличностного общения проявляется в двух разновидностях. Во-первых, неправда как вербальный эквивалент заблуждения: человек верит в реальность существования чего-то, но ошибается – в результате он говорит неправду, сам того не осознавая. Во-вторых, неправда как следствие ограниченности знания, неполноты истины: описание говорящим внешней стороны поступка другого человека ...при незнании мотивов последнего и конкретных обстоятельств, в которых реализуется поведение. В социальном познании правдивыми следует считать только такие сообщения о поведении людей, в которых отражены все три основных компонента любого поступка – действие, его цель и внешние условия»<sup>23</sup>.

Отсутствие хотя бы одного из них ведет к тому, что данных для адекватного понимания поступка не хватает. А это приводит к искажению описываемых событий в сознании слушающего и понимающего субъекта. Так, правда может превратиться в неправду. Таким образом, неправда является продуктом заблуждения. Выражаясь юридическим языком, здесь нет умысла солгать. Таким образом, для того чтобы определить неправду, прежде всего, необходимо уяснить в какой степени мысли говорящего о действительности соответствуют действительности. Иначе говоря, следует признать представления говорящего верными или ошибочными.

Отделить заведомую ложь от добросовестного заблуждения, несмотря на кажущуюся понятность их конкретных различий, в следственной деятельности довольно сложно. Дело в том, что между ними существуют множество плавных, постепенных, часто незаметных переходов, когда сам говорящий не замечает отступлений от истины. Так П. Экман указывает на то, что «... лжец может сам верить собственной лжи. В таком случае он не будет считаться лжецом, и его обман ... раскрыть значительно труднее»<sup>24</sup>. В



криминалистике и юридической психологии сформулированы принципиальные отличия заблуждения от лжи:

1) объективным основанием их смешения служит то, что и ложь, и добросовестное заблуждение являются неверным отражением действительности, то есть искаженной информацией. Принципиальная противоположность лжи и заблуждения коренится в психике допрашиваемого, ненаблюдаемой и недоступной восприятию людей;

2) добросовестное заблуждение является результатом неадекватного отражения действительности в силу особенностей протекания познавательных процессов (ощущений, восприятия, памяти, мышления, воображения);

3) в отличие от добросовестного заблуждения ложь – это волевой и сознательный акт. Лгущий знает, что его высказывание не совпадает с действительностью и желает этого. Добросовестно заблуждающийся искренен, принимает ошибочно воспринятое, неправильно воспроизведенное за действительно верное;

4) принципиальное отличие лжи и добросовестного заблуждения заключается также в том, что ошибки в результате добросовестного заблуждения могут возникнуть на различных стадиях формирования показаний (это ошибки в отражении объекта субъектом), ложные же показания возможны только на стадии вербализации, словесного воспроизведения ранее воспринятого при передаче сообщения следователю или другим лицам;

5) лгущий, являясь источником лжи, формирует и провоцирует ошибки других. При достоверном заблуждении «обманут» сам субъект, у него самого возникло ошибочное представление о действительности в силу указанных психических явлений<sup>25</sup>.

Проблема неправды в криминалистике обычно однозначно связывается только с заблуждением. «Искажение истины в показаниях может иметь двоякое происхождение. Одно из них – заведомая ложь, другое –

добросовестное заблуждение»<sup>26</sup>. Однако заблуждение, выражаемое вербально, на самом деле – одна из трех возможных видов неправды.

Во-первых, неправда – это высказывание, основанное на заблуждении, неполном знании или шутливом намерении. Заблуждение – это утверждение, не соответствующее фактам, при котором человек верит в реальное существование чего-либо, но ошибается, не осознавая того.

Во-вторых, неправду «можно обнаружить в различных формах иносказания (аллегии, иронии, шутке и т.п.), то есть в словах и выражениях, которые обретают в определенном контексте смысл, противоположный их буквальному значению»<sup>27</sup>. При этом у говорящего нет сознательной цели ввести собеседника в заблуждение.

Если первые две разновидности неправды характерны для западной и русской культуры, то третью – вранье – В.В. Знаков считает типично российской, поскольку она представлена в российском самосознании в значительно большей степени, чем у других народов. Термин «врать» в русском языке «употребляется обычно в тех случаях, когда речь идет о чем-то малосущественном, незначительном»<sup>28</sup>. Это слово чаще всего используется тогда, когда в определенный момент не оценивается истинность высказывания человека, а нужно его понять и оправдать.

Вранье нельзя отождествлять с ложью, поскольку оно не информационное, а коммуникативное явление. С его помощью люди пытаются установить хорошие отношения с партнером, доставить ему и себе удовольствие. В сущности это один из способов установления психологического контакта, сближения людей. И хотя следователь обязан оценивать истинность любого высказывания участников процесса, нет никаких сомнений в том, что вранье фигурирует в расследовании, особенно в свидетельских показаниях и показаниях потерпевших. В.В. Знаков, исследовавший этот феномен в психологии общения, выделяет следующие его особенности:

1. Во вранье нет намерений обмануть слушателя, оно не рассчитано на то, что ему поверят. Сутью вранья является не дезинформация, а своеобразная игра, развлечение (возможно, в частности, для затягивания времени, для того, чтобы подразнить).

2. Вранье не предполагает унижения слушателя и получения за его счет какой-либо личной выгоды. То есть оно бескорыстно и кажется вроде бы бессмысленным. Внешняя немотивированность, по мнению автора, интуитивно понятна каждому русскому.

3. «Классическое» вранье характеризуется тем, что враль получает нескрываемое удовольствие от самого процесса изложения небылиц (но никоим образом от одурачивания собеседника). Главное для него – восторженное внимание слушателей.

4. С точки зрения психологических функций вранье нередко может рассматриваться как внешнее проявление защитных механизмов личности, направленных на устранение тревоги, дискомфорта, вызванных неудовлетворенностью человека своими взаимоотношениями с окружающими.

«Стремление человека защитить свой внутренний мир от «несанкционированного вторжения», нежелание обнажать душу перед окружающими из боязни насмешек или снисходительного отношения – достаточно серьезный повод для вранья»<sup>29</sup>.

Ясно, что от обыденных ситуаций вранье в условиях формализованного общения в уголовном судопроизводстве, конечно же, имеет свои особенности опосредованные ролевым поведением и спецификой межличностных отношений в нем. Феномен вранья как разновидность неправды в криминалистической литературе еще недостаточно исследован. Как представляется исходя из интерпретации данного термина В.В. Знаковым, во-первых, вранье может не иметь никакого значения для расследования, и, во-вторых, распознавание вранья не представляет особых

затруднений для человека, обладающего определенным жизненным опытом и судебно-следственной практикой.

Разумеется, приведенные определения являются уточняющими. Они, к сожалению, не учитывают оттенки знания в процессе его передачи и получения, элементов относительности его истинных характеристик. Например, если объективно истинное знание воспринимается следователем с какой-то долей сомнения, то неясно, как выразить такое состояние через жесткое противопоставление терминов «заблуждение – обладание истиной». Или так же сложно решать и другой вопрос, часто встречающийся в расследовании: если допрашиваемый, считая вероятным, передает его следователю как истинное, то неясно, каким именно считать его намерение (интенцию): дезинформационным или трансформационным (правдивым).

Давно известно, что любая дефиниция содержит элемент условности в том смысле, что она может зафиксировать общепринятое значение термина, уточнить его либо произвольно перекалифицировать<sup>30</sup>. Однако и в таком качестве приведенные определения помогают разобраться в некоторых тонкостях самых разнообразных форм лжи.

Результат неправды, лжи, обмана – один и тот же, независимо от того, заблуждался участник процесса, умышленно лгал или обманывал – это дезориентация следователя. Из этого вовсе не следует, – как утверждают А.Р. Ратинов и Н.И. Ефимова, – что «такое формально-логическое понимание ложности не делает различий между добросовестным заблуждением и заведомой ложью»<sup>31</sup>. Следователь не может не учитывать, что неистинные сведения явились результатом добросовестного заблуждения, что речь идет о непреднамеренном неверном убеждении, что неправда с точки зрения нравственно-психологической – вовсе не ложь и не обман, что отношение к заблуждающемуся должно быть отличным, нежели к лжецу и обманщику. Однако при этом следователю очень важно и в материальном, и в процессуальном, и в тактическом, и в психологическом плане выяснить

субъективное отношение участника процесса к передаваемым им сведениям, ведь главное, все-таки – факт, и в этом смысл расследования.

Ранее было отмечено, что ложь и группирующиеся вокруг нее явления не только тесно связаны между собой, но и зачастую взаимосочетаются таким образом, что различить их становится очень трудно. Несмотря на различный характер лжи и заблуждения между ними существует множество очень постепенных и подчас незаметных переходов, когда люди говорят почти правду, лишь в малой степени отступая от истины, иногда сами того не замечая. В показаниях сплошь и рядом встречаются полупроизвольные искажения, порожденные положением допрашиваемого в деле, отношением к участникам расследуемого события или групповой принадлежности и т.п.<sup>32</sup>

Источниками, в которых обнаруживаются признаки лжи, обмана, неправды являются:

- а) признаки, связанные с психологическими и иными качествами личности;
- б) признаки, проявляющиеся в поведении участников процесса;
- в) признаки, характеризующие содержание и форму полученных показаний;
- г) признаки, вытекающие из анализа материалов уголовного дела в целом<sup>33</sup>.

Среди признаков ложных показаний, связанных с психологическими качествами личности участника процесса, выделяются такие, на которые следователи обращают особое внимание: повышенная внушаемость, слабоволие, конформность, неуравновешенность, лживость и т.п.

Следователь должен быть и морально, и психологически готов к преодолению лжи, профессионально владеть навыками воспрепятствования такого противодействия расследованию, использовать правовые, в том числе процессуальные, средства борьбы, а в ряде случаев и нравственные приемы

если, конечно, есть надежда, что у процессуального противника можно пробудить совесть<sup>34</sup>

---

<sup>1</sup> Лурия А.Р. Экспериментальная психология в судебном-следственном деле // Советское право. 1927. № 2. - С. 92.

<sup>2</sup> Мелитан К. Психология лжи. М., 1903.

<sup>3</sup> Липманн О., Адам Л. Ложь в праве. Харьков, 1929.

<sup>4</sup> Штерн В. Изучение свидетельских показаний. Ложь и свидетельские показания // Проблемы психологии. Вып. 1. Петроград, 1922.

<sup>5</sup> Дюпра Ж. Ложь. Саратов, 1905. - С. 10.

<sup>6</sup> П. Экман Психология лжи. СПб: ООО «Лидер», 2010. - С. 21.

<sup>7</sup> Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. М., 2008; Он же. Теория рефлексивных игр в следственной практике. Правовая кибернетика. М., 1970; Ратинов А.Р., Скотникова Т.А. Самоговор. М., 1973; Ратинов А.Р., Гаврилова Н.Г. Логико-психологическая структура лжи и ошибок в свидетельских показаниях // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 37. М., 1982; Ратинов А.Р. Ефимова Н.И Психология допроса обвиняемого. М., 1988 и др.

<sup>8</sup> Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1971. - С. 279.

<sup>9</sup> Там же. - С. 118.

<sup>10</sup> Олейник А.Н. Психологические средства деятельности следователя в ситуациях конфликтов на предварительном следствии: Дисс...канд. юрид. наук. М., 1993. - С. 160-162.

<sup>11</sup> Свинцов В.И. Отсутствие сообщения как возможный источник информации: логико-гносеологический аспект // Философские науки. 1983. № 3. - С. 67

<sup>12</sup> Там же. - С. - 69.

<sup>13</sup> Знаков В.В. Индивидуальные различия обмана в малом бизнесе // Психологический журнал. М., 1994. Т. 15. № 6. - С. 252.

<sup>14</sup> Там же. - С. 253.

<sup>15</sup> Жуков Н.И. Информация. Минск, 1971. - С. 131.

<sup>16</sup> Чудинова Э.М. Природа научной истины. М., 1977. - С. 289.

<sup>17</sup> Свинцов В.И. Заблуждение, ложь, дезинформация (соотношение понятий и терминов) // Философские науки. 1982. № 1. - С. 83.

<sup>18</sup> Мазур М. Качественная теория информации. М., 1974.

<sup>19</sup> Свинцов В.И. Указ. соч. - С. 83.

<sup>20</sup> Там же. - С. 83.

<sup>21</sup> Ратинов А.Р., Ефимова Н.И. Психология допроса обвиняемого. М., 1988. - С. 72.

<sup>22</sup> Знаков В.В. Типы понимания правды о негативных явлениях // Психологический журнал. 1991. Т. 12. № 5; Он же. Понимание субъектом правды о моральном поступке другого человека: нормативная этика и психология нравственного сознания // Психологический журнал. 1993. Т. 14. № 1.

<sup>23</sup> Знаков В.В. Неправда, ложь, обман как проблемы понимания // Вопросы психологии. 1993. № 2. - С. 10-11.

<sup>24</sup> П.Экман Указ. соч. - С. 20.

<sup>25</sup> Ратинов А.Р., Ефимова Указ. соч. - С. 72-73.

<sup>26</sup> Гаврилова Н.И. Ошибки в свидетельских показаниях. М., 1983. - С. 9.

<sup>27</sup> Знаков В.В. Индивидуальные различия обмана в малом бизнесе // Психологический журнал. М., 1994. Т. 15. № 6. - С. 245.

<sup>28</sup> Горбачевич К.С. Русский синонимический словарь. СПб., 1996. - С. 187.

<sup>29</sup> Знаков В.В. Указ. соч. - С. 249.

<sup>30</sup> Попа К. Теория определения. М., 1976. - С. 11.

<sup>31</sup> Ратинов А.Р., Ефимова Н.И. Указ. соч. - С. 72.

<sup>32</sup> Там же. - С. 73.

<sup>33</sup> Лифанова М.В. Выявление и разоблачение ложных показаний на предварительном следствии. Автореф дисс. ... д-ра. юрид. наук. Уфа, 1994. - С. 20.

<sup>34</sup> Образцов В.А. Криминалистическое моделирование в условиях проблемных ситуаций // Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного следствия. Уфа, Башкирский университет, 1989. - С. 58.

# ЦЕЛИ УГОЛОВНОГО НАКАЗАНИЯ

**ЖОВНИР С.А.,**

*к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии,  
Оренбургский институт (филиал) МГЮА имени О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50  
тел. 8 (3532) 72-22-77,  
e-mail: post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** уголовное наказание, цели наказания, социальная справедливость, исправление осужденного, предупреждение совершения новых преступлений, общее предупреждение, специальное предупреждение, восстановление справедливости, перевоспитание осужденного.*

*В настоящей работе рассматриваются цели уголовного наказания, дано их толкование, анализируются позиции криминалистов относительно содержания указанных целей, исследуются вопросы их достижения. Автором предложено внести изменения в уголовный закон, исключив из целей уголовного наказания цель исправления осужденного.*

***Keywords:** criminal punishment, the goals of punishment, social justice, correction of the convict, the prevention of new crimes, a general warning, a special warning, the restoration of justice, re-convicted.*

*In this paper we consider the purpose of criminal punishment, given their interpretation, forensic analysis of the position regarding the content of these goals, explores the issues of their achievements. The author proposed to amend the penal law, excluding from the purpose of criminal punishment goal of correcting the convict.*

Без учета целей наказания нельзя выяснить социальное значение уголовного наказания и оценить его эффективность. Цели наказания следует понимать как конечные результаты, которых стремится достичь государство, устанавливая наказание, осуждая виновного в совершении преступления к той или иной мере наказания и применяя эту меру.

Часть 2 ст. 7 УК РФ устанавливает, что «наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, не могут иметь своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства». Это правило основано на положениях Конституции РФ и признанных Россией нормах международного права. Статья 21 Конституции РФ гласит: «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления. Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию». Указанное конституционное требование соответствует ст. 10 Международного пакта о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г., согласно которому «все лица, лишённые свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства человеческой личности». Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 г. закрепляет, что наказание не может иметь цели причинения страданий и унижения человеческого достоинства.

Часть 2 ст. 43 действующего УК РФ называет три цели наказания: восстановление социальной справедливости, исправление осужденного, предупреждение совершения новых преступлений. Уголовный закон не раскрывает содержания ни одной из целей, что привело к разному пониманию криминалистами целей наказания.

**1. Цель восстановления социальной справедливости.** В уголовном законодательстве такая цель предусмотрена впервые, хотя еще в 60-х г. г. XX века профессор Н.А. Беляев писал о восстановлении социальной



справедливости как о цели наказания<sup>1</sup>. В науке уголовного права эта цель трактуется специалистами неодинаково.

Л.Л. Кругликов, например, выступает против признания целью наказания восстановление социальной справедливости, поскольку, по его мнению, содержание социальной справедливости и средства ее достижения довольно аморфны и нет объективных критериев оценки достижения этой цели<sup>2</sup>. Близкую позицию занимает С.В. Максимов, отмечая, что справедливость представляет собой нравственно-этическую категорию, лишенную правового содержания. В качестве другого довода С.В. Максимов указывает, что уголовному праву не свойственен компенсационный, восстановительный характер, который присущ гражданскому праву<sup>3</sup>. С.В. Полубинская отмечала, что измерение показателей степени достижения цели восстановления справедливости представляет исключительную трудность, вследствие этого в уголовном законе не следует формулировать эту цель<sup>4</sup>. Против закрепления указанной цели высказывались М.Д. Шаргородский, Н.А. Беляев<sup>5</sup>.

А.В. Наумов полагает, что восстановительный характер носят имущественные уголовно-правовые санкции в виде штрафа. По его мнению, никаким наказанием не может быть восстановлена жизнь потерпевшего от убийства либо утраченное в результате преступления здоровье<sup>6</sup>.

Нужно отметить, что восстановительный характер вообще не свойственен уголовному наказанию. Имущественный ущерб от преступления, причиненный потерпевшему, посредством наказания не возмещается. Штраф, как вид уголовного наказания, выплачивается не в пользу потерпевшего, например, если была совершена кража, а в пользу государства. Ранее уголовное законодательство предусматривало конфискацию имущества, как вид наказания, которая тоже производилась в пользу государства<sup>7</sup>. Исправительные работы, ограничение по военной службе - наказания имущественного характера, при которых осуществляются удержания из заработной платы осужденного, тоже никак не компенсируют

материальный ущерб потерпевшему. УК РФ, наряду с наказанием, не предусматривает обязательного возмещения по приговору суда причиненного преступлением ущерба. Возмещение имущественного ущерба потерпевшему возможно только путем удовлетворения гражданского иска, заявленного в уголовном деле. Уже на стадии предварительного расследования уголовного дела у потерпевшего есть право заявить гражданский иск. При наличии оснований полагать, что вред лицу причинен непосредственно преступлением, рассмотрев поданное исковое заявление, следователь (дознатель) выносят постановление о признании данного потерпевшего гражданским истцом. Таким правом потерпевший обладает с момента возбуждения уголовного дела до начала судебных прений (ст. 44 УПК РФ). В дальнейшем, при рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции, гражданский истец, поддерживая свое исковое заявление, должен обосновать и доказать величину причиненного ему материального ущерба и морального вреда. В приговоре суд обязан рассмотреть заявленные иски и разрешить иск по существу. Таким образом, возмещение имущественного ущерба и морального вреда от преступления происходит в рамках гражданского права (гражданского иска), уголовное наказание при этом не используется. Жизнь, здоровье, половая неприкосновенность, честь и достоинство личности, вообще, в принципе, не могут быть восстановлены. Поэтому нельзя согласиться с мнением А.В. Наумова о том, что данную цель наказания нужно понимать как возмещение вреда или компенсацию.

Более обоснованна, на наш взгляд, точка зрения В.К. Дуюнова, который считал, что, закрепляя цель восстановления социальной справедливости, законодатель прикрывает более понятную цель – покарать преступника. В.К. Дуюнов пишет: «Термин кара, образно выражаясь, цепко держит нас за фалды сюртука, несмотря на наши попытки отбиться от него, уйти от этого скомпрометированного родством с мезью и талионом термина или каким-либо образом облагородить его, например, высоким сравнением со справедливостью; происходит простая замена терминов – неудобного

термина кара его оборотом – восстановление социальной справедливости»<sup>8</sup>. По мнению В.К. Дуюнова, кара – это реакция на поступок определенного лица, имеющая характер упрека, осуждения, порицания этого лица и совершенного им проступка, имеющая целью оказания на виновное лицо и его поведение необходимого воспитательно-психологического и иного предупредительного воздействия. С его точки зрения, кара может выражаться только в порицании деяния и виновного или также в применении к виновному определенных лишений и ограничений<sup>9</sup>. Рассмотрим подробнее позицию В.К. Дуюнова. Преступник, совершив преступление, причинил зло, нарушил чьи-то права. При совершении кражи, например, нарушаются имущественные права собственника имущества, при совершении насильственных преступлений против личности (причинении вреда здоровью, убийства) нарушенными оказываются право на телесную неприкосновенность и право на жизнь. Совершение любого преступления выводит общественную систему, общественный порядок из равновесия. Для того, чтобы вернуть это равновесие, необходимо при помощи государства лишить определенных прав преступника (или ограничить его в определенных правах). Лишения или ограничения прав как раз и составляют карательное свойство наказания. Можно сказать, что в ответе злом на зло заключается цель любого, в том числе и уголовного, наказания. Без такой реакции, такого ответа, наказания бы не существовало. С одной стороны, преступник должен «на себе» прочувствовать недопустимость своего поведения, с другой стороны – потерпевший должен получить определенное моральное удовлетворение от наказания своего обидчика.

Однако справедливость не следует понимать как полностью равноценный ответ на зло, по принципу «око за око». В этом смысле уголовный закон указывает норму, на которую нужно ориентироваться. Статья 6 УК РФ «Принцип справедливости» гласит, что «наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать

характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление». Таким образом, восстанавливая нарушенный общественный порядок посредством наказания преступника, суд должен наказывать с учетом тяжести совершенного деяния, смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств и личности виновного. Чем выше общественная опасность совершенного преступления, тем большие лишения и ограничения распространяются на права и свободы преступника.

Восстановить справедливость можно только с учетом мнения потерпевшего. Понятно, что, в первую очередь, оценивать достаточность наказания с точки зрения умаления социального статуса преступника должна пострадавшая сторона. Поэтому, рассматривая уголовное дело, суд должен узнать мнение потерпевшего о том, какое наказание и в какой мере следует назначить виновному. Принцип гласности уголовного судопроизводства позволяет остальным членам общества наблюдать за правильностью назначения судом наказания по конкретному делу с точки зрения соразмерности воздаяния преступнику за совершенное преступление. Восстановление социальной справедливости возможно только при условии неотвратимости уголовной ответственности. Это означает, что за каждое совершенное преступление преступник должен получить заслуженное наказание, независимо от имущественного, должностного и социального статуса виновного и других обстоятельств.

**2. Цель исправления осужденного.** Уголовный закон не дает понятия исправления лица, поэтому в теории уголовного права специалисты по-разному определяют содержание указанной цели. Уголовно-исполнительный кодекс РФ в ч. 1 ст. 9 закрепил, что «исправление осужденных - это формирование у них уважительного отношения к человеку, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития и стимулирование правопослушного поведения». Согласно ч. 2 ст. 9 УИК РФ

«основными средствами исправления осужденных являются: установленный порядок исполнения и отбывания наказания (режим), воспитательная работа, общественно полезный труд, получение общего образования, профессиональная подготовка и общественное воздействие. Средства исправления осужденных применяются с учетом вида наказания, характера и степени общественной опасности совершенного преступления, личности осужденных и их поведения». Таким образом, достичь эту цель возможно в рамках уголовно-исполнительного, а не уголовного права в течение длительного процесса воздействия на осужденного в период отбывания им наказания. Достигается она не при назначении уголовного наказания, а при его исполнении.

Исправление осужденных, как понимает данную цель Уголовно-исполнительный кодекс РФ, на наш взгляд, не может быть целью уголовного наказания, поскольку, употребляя термин «исправление», УИК РФ говорит по-сути о перевоспитании лица. Ранее УК РСФСР 1960 г., кроме цели исправления осужденных, ставил цель их перевоспитания. Перевоспитание ст. 20 УК РСФСР 1960 г. понимала как формирование у осужденных «честного отношения к труду, точного исполнения законов, уважения к правилам социалистического общежития». Сравнив редакции ст. 9 УИК РФ и ст. 20 УК РСФСР 1960 г., видим, что в обоих случаях законодатель ставит цель формирования у осужденных новой позитивной системы ценностей, изменения их мировоззренческих позиций, то есть перевоспитания преступников.

Действующий уголовный закон отказался от цели перевоспитания по нескольким соображениям. Во-первых, посредством уголовного наказания вряд ли возможно изменить систему ценностей осужденного, особенно, если наказание назначено в виде лишения свободы и отбывается в современных условиях содержания заключенных. Во-вторых, к тому времени, когда за совершение общественно-опасного деяния может наступить уголовная ответственность, формирование личности с определенными нравственными

ценностями, мировоззрением, жизненными позициями уже окончено. Большая часть преступников – это лица в возрасте свыше двадцати лет, вряд ли в таком возрасте возможно радикально изменить внутренний мир человека. В-третьих, нельзя предложить какой-либо достоверный критерий оценки достижения цели перевоспитания. В-четвертых, на наш взгляд, самый важный аргумент против цели перевоспитания состоит в том, что для уголовного закона не имеет значения изменилась ли личность под влиянием наказания в лучшую сторону или нет, сформировалась ли у индивида новая положительная система ценностей. Главное, чтобы осужденный вновь не нарушил уголовный закон, не встал на путь рецидива. Поэтому мы положительно оцениваем изменение целей наказания в современном уголовном законе и считаем, что цель исправления не должна определяться через перевоспитание лица. Некоторые специалисты в учебной литературе, комментируя цель исправления, используют толкование этой цели, данное в ч. 1 ст. 9 УИК РФ<sup>10</sup>. Такой подход нельзя принять, поскольку смешиваются категории «исправление» и «перевоспитание».

Другие криминалисты предлагают понимать цель исправления осужденного как несовершение им новых преступлений, коррекцию его поведения до законопослушного. Так, И.С. Ной считал, что «исправление – это несовершение нового преступления осужденным не из страха перед законом, а потому, что это противоречило бы его новым взглядам и убеждениям»<sup>11</sup>. М.Д. Шаргородский, полагая, что наказанию цель исправления не присуща, писал: «Цель исправления следует считать достигнутой, если правонарушитель, отбыв наказание, больше не будет совершать преступления»<sup>12</sup>. Н.Ф. Кузнецова приходит к выводу, что «цель исправления считается достигнутой, если осужденный перестает быть рецидивоопасным»<sup>13</sup>. Такую же позицию занимали: А.Ф. Мицкевич, С.А. Велиев, А.Э. Жалинский<sup>14</sup>. Судьи, следователи, прокуроры также реализацию цели исправления осужденного связывают с тем, что им не совершено нового преступления в период отбывания наказания и в пределах

сроков погашения судимости<sup>15</sup>. Хорошо известны формулировки постановлений о привлечении лица в качестве обвиняемого, обвинительных заключений: «На путь исправления не встал, должных выводов для себя не сделал, и, имея непогашенную и неснятую судимость, совершил новое преступление...»

Однако в таком понимании цели исправления ее содержание будет совпадать с содержанием другой цели наказания – предупреждения совершения лицом новых преступлений, которую также выделяет ч. 2 ст. 43 УК РФ. Закреплять в уголовном законе две цели с одинаковым содержанием, на наш взгляд, не нужно, это излишне запутывает и загромождает закон.

Правильную позицию занимал М.Д. Шаргородский, он писал: «Исправление – это не конечная цель наказания, а средство ее достижения, служащее для достижения основной, конечной, специфической цели наказания – предупреждения совершения преступлений»<sup>16</sup>. Суждение М.Д. Шаргородского о том, что цель исправления не следует закреплять в ч. 2 ст. 43 УК РФ поддержано и другими авторами: И.Я. Козаченко, В.И. Зубковой<sup>17</sup>.

В уголовном законе цель исправления осужденного указана как общая для всех наказаний. Однако ряд наказаний в силу их содержания не могут иметь такой цели. Смертная казнь, пожизненное лишение свободы, лишение права занимать определенные должности или права заниматься определенной деятельностью не преследуют цели исправления осужденного. Они направлены на предупреждение совершения лицом новых преступлений, если преступник останется жить в обществе, продолжит заниматься прежней деятельностью или занимать прежнюю должность. Кроме того, наказания, которые исполняются одновременно (в том числе штраф, лишение специального, воинского, почетного звания, классного чина, государственной награды), не предполагают процесса воздействия на осужденного, а потому тоже не преследуют цели исправления виновного. Это еще один важный аргумент против указания данной цели в уголовном законе.

По мнению В.И. Зубковой, с которой следует согласиться, «в уголовном законе должны быть закреплены только те цели, которые специфичны для уголовного права и могут быть достигнуты его средствами. Цель исправления осужденных в уголовно-правовом аспекте не имеет самостоятельного значения, так как реально она может быть достигнута лишь при исполнении наказания»<sup>18</sup>. Поскольку исправление – длительный процесс воздействия, осуществляемый в рамках уголовно-исполнительного права уголовно-исполнительными средствами во время отбывания наказания, постольку данную цель правильно рассматривать только в уголовно-исполнительном законодательстве.

**3. Цель предупреждения совершения новых преступлений.** В ч. 1 ст. 20 УК РСФСР 1960 г. эта цель была разделена на две составляющие: предупреждение совершения новых преступлений самим осужденным, а также предупреждение совершения новых преступлений иными лицами. Действующий УК РФ 1996 г. такого деления не содержит и в этом смысле он менее точен, чем УК РСФСР 1960 г. Более правильно данная цель сформулирована в ч. 1 ст. 1 УИК РФ: «Уголовно-исполнительное законодательство РФ имеет своими целями исправление осужденных и предупреждение совершения новых преступлений как осужденными, так и иными лицами».

Действующий уголовный закон не раскрывает содержания указанной цели. В науке уголовного права цель предупреждения совершения преступлений осужденным называют специальным предупреждением (или частной превенцией), а цель предупреждения совершения преступлений всеми другими лицами – общим предупреждением (или общей превенцией). В теории уголовного права эту цель наказания продолжают рассматривать так же, как и в период действия УК РСФСР 1960 г., разделяя предупреждение на общее и специальное.

**Специальное предупреждение (частная превенция) – предупреждение совершения нового преступления со стороны осужденного.**



Цель считается достигнутой, когда в будущем виновное лицо не совершает новых преступлений, хотя бы из страха наказания. В отличие от общего предупреждения распространяется указанная цель только на претерпевающих наказание и достигается всей совокупностью лишений и ограничений прав, свобод осужденного, которые составляют содержание наказания. Если впоследствии осужденного удерживает от совершения преступления опыт пережитого наказания, то считается достигнутым и частное предупреждение<sup>19</sup>. Не имеет значения, что в этом случае сыграло большую роль: устрашение, страдание, испытания при отбывании наказания, существенность ограничений прав и свобод, осознание своей вины, переоценка взглядов, изменение мировоззренческих позиций и т. д.

В науке уголовного права часто специалистами суть настоящей цели понимается в узком смысле: как несовершение осужденным нового преступления в период отбывания назначенного наказания<sup>20</sup>. На наш взгляд, содержание цели исправления осужденного и предупреждения совершения им новых преступлений совпадает, поэтому специальное предупреждение должно распространяться и на период после отбывания определенного наказания. Механизм специального предупреждения у разных видов наказания неодинаков. Часть наказаний физически исключают возможность совершения новых преступлений данным лицом в силу того, что осужденный уже не сможет участвовать в общественных отношениях так, как прежде. К таким наказаниям следует отнести: смертную казнь, пожизненное лишение свободы, длительные сроки лишения свободы. Из наказаний, не связанных с лишением свободы, в эту группу относятся: лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, лишение воинского, специального, почетного звания, классного чина, государственной награды. Остальные наказания выполняют функцию частной превенции в силу существенности связанных с ними ограничений, лишений прав и свобод осужденного.

Судить об эффективности специального предупреждения можно по показателям рецидива преступлений. Согласно данным официальной статистики МВД РФ, средний уровень рецидива в России по регионам составляет 30%. Причем, этот показатель относительно устойчив и за последние 15 лет не выходит за рамки 20-30%<sup>21</sup>. Поэтому, как бы скептически общество ни оценивало возможность достижения цели специального предупреждения («тюрьма никого не исправляет»), можно сказать, что примерно на 70% цель частной превенции достигается.

**Общее предупреждение (общая превенция)** не имеет персонафицированного характера и обращено ко всем членам общества. Это предотвращение совершения преступлений со стороны неопределенного круга лиц посредством воздействия на их сознание угрозой применения уголовного наказания.

Превентивные цели в данном случае достигаются путем устрашения всех при наказании конкретного осужденного по принципу «дабы другим неповадно было» или чтобы «другие убоялись». Устрашение наказанием заключается в угрозе лишения человека каких-либо благ: свободы, определенного образа жизни, к которому он привык; отрыв от семьи и детей, от работы; в материальных потерях и т. д.

Категории лиц, которым адресован фактор устрашения наказанием, различны<sup>22</sup>. Первую категорию составляют люди, для которых устрашение не имеет мотивирующего значения, так как они не совершают преступлений в силу своих моральных, нравственных принципов или других обстоятельств, не связанных с уголовным запретом. Преступление неприемлемо для них как явление, несовместимое с их отношением к жизни, благам и ценностям общества, других людей.

Вторую категорию составляют лица, для которых устрашение не имеет мотивирующего значения, так как они совершают преступления, несмотря на угрозу неблагоприятных уголовно-правовых последствий.

Третью категорию составляют лица, склонные к совершению преступлений, которых от совершения преступления удерживает реальное наказание конкретного осужденного. Склонность таких лиц к совершению преступления проявляется в совершении административных, дисциплинарных проступков, внутренней психологической готовности к нарушению уголовно-правового запрета.

Именно эта категория лиц и составляет объект превенции, по мнению большинства криминалистов. Поэтому значительная часть авторов трактует цель общего предупреждения более узко, как обращенную не ко всем членам общества, а только к неустойчивым лицам<sup>23</sup>. По ряду объективных и субъективных факторов (связь с преступной средой, неправильное воспитание, отсутствие должного контроля и опеки со стороны взрослых лиц) такие граждане имеют неверные представления о существующих в обществе ценностях.

Мы полагаем, что в настоящее время уголовное и уголовно-исполнительное законодательство не дает оснований для ограничительного толкования данной цели. Общая превенция потому и называется «общей», что обращена ко всем членам общества. По смыслу ч. 1 ст. 1 УИК РФ (УК РФ, к сожалению, не разделяет предупреждение на общее и специальное), законодатель противопоставляет в этой цели определенного осужденного, претерпевающего лишения, ограничения своих прав, и всех остальных, кто не находится в сфере воздействия наказания. В науке уголовного права общепризнано, что применение наказания к определенному лицу воздействует на законопослушных граждан в воспитательном аспекте, то есть создает у них убеждение о преступности и наказуемости подобных деяний, формирует негативное, непримиримое к ним отношение. Часть специалистов противопоставляют предупредительную и воспитательную цель наказания, признавая законопослушных граждан адресатом только воспитательной цели. Мы считаем, что такой подход не является достаточно обоснованным, поскольку через воспитание осуществляется и

предупредительная функция уголовного наказания. Так, воспитывая ребенка, родители предостерегают его от неверных поступков, опасных действий, которые могут причинить ему вред. С учетом единства предупредительной и воспитательной функции наказания, считаем правильным понимать адресатом общей превенции все общество в целом.

Приведенные ранее статистические данные о среднем удельном весе рецидивной преступности по регионам России позволяют говорить о том, что около 70% преступлений совершается в первый раз. Такой высокий процент свидетельствует о значимости цели общего предупреждения. Эффективность достижения цели общего предупреждения зависит, на наш взгляд, от нескольких факторов, причем не все они находятся в сфере действия уголовного права.

Достижение данной цели связано с суровостью наказаний. Система наказаний не должна включать наказания, которые существенно не ухудшают статус осужденного. Например, ранее в УК РСФСР 1960 г. были предусмотрены в качестве наказаний общественное порицание, возложение обязанности загладить причиненный вред, увольнение от должности. В силу малой репрессивности такие наказания не оказывали надлежащего воздействия на осужденного, а у остальных граждан порождали чувство безнаказанности, возможности нарушения уголовного запрета.

Во-вторых, необходимо соблюдение принципа неотвратимости уголовной ответственности. Каждый должен знать, что за совершением преступления неизбежно последует реакция государства в виде наказания или других нежелательных санкций.

В-третьих, достижение цели общей превенции возможно только при условии гласности уголовного судопроизводства, освещения судебных процессов в средствах массовой информации.

В-четвертых, сила устрашения наказания зависит от качества жизни населения государства. Например, распространены ситуации, когда подсудимый, не имея работы и определенного места жительства, сам просит

суд о применении к нему наказания в виде лишения свободы. Если уровень жизни значительной части населения государства низкий, то и самые репрессивные наказания не смогут оказать должного предупредительного воздействия, а иногда даже воспринимаются как благо. Таким образом, эффективность достижения цели общего предупреждения не связана только с вопросами уголовного права.

Следует согласиться с мнением Н.Ф. Кузнецовой, что общие цели наказания, предусмотренные ч. 2 ст. 43 УК РФ, конкретизируются в целях соответствующих видов наказания<sup>24</sup>. Так, штраф имеет своей целью ограничение имущественных прав осужденного, который преступлением причинил материальный ущерб. Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью нацелено на ограничение профессиональных прав осужденного за то, что он использовал свое служебное положение для совершения преступления. Лишение свободы направлено на изоляцию осужденного от общества на срок от двух месяцев до двадцати лет. Пожизненное лишение свободы и смертная казнь преследуют только цели восстановления социальной справедливости и общего предупреждения.

---

<sup>1</sup> См.: Беляев Н.А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. Л., 1963. С. 27.

<sup>2</sup> См.: Уголовное право России. Часть общая. Учебник/Отв. ред. Л.Л.Кругликов.- М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 350.

- <sup>3</sup> См.: Максимов С.В. Цель в уголовном праве: методологические аспекты/Отв. ред. А.И. Чучаев. Ульяновск: УлГУ, 2002. С. 109.
- <sup>4</sup> См.: Полубинская С.В. Цели уголовного наказания. М., 1990. С. 23.
- <sup>5</sup> См.: Шаргородский М.Д. Наказание, его цели и эффективность. Л., 1973. С. 30; Беляев Н.А. Указ. соч. С. 61-62.
- <sup>6</sup> См.: Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. М., 2000. С. 389.
- <sup>7</sup> В действующем уголовном законе конфискация имущества не является видом наказания и относится к иным мерам уголовно-правового характера.
- <sup>8</sup> Дуюнов В.К. Проблемы наказания в новом уголовном праве. Белгород, 1998. С. 19-21.
- <sup>9</sup> См.: Дуюнов В.К. Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. Курск, 2000. С. 57-67.
- <sup>10</sup> См., например: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации/Отв. ред. В.И. Радченко. М., 2009. С. 68.
- <sup>11</sup> Ной И.С. Сущность и функции уголовного наказания в Советском государстве. Саратов, 1973. С. 41, 47.
- <sup>12</sup> Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 31, 32.
- <sup>13</sup> Курс уголовного права. Общая часть. Учение о наказании. Учебник/Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. Т. 2. М., 1999. С. 20 (автор главы – Н.Ф. Кузнецова).
- <sup>14</sup> См.: Мицкевич А.Ф. Уголовное наказание: понятие, цели и механизмы действия. СПб., 2005. С. 114; Велиев С.А. Принципы назначения наказания. СПб., 2004. С. 63; Уголовное право России.-В 2 т.-Т. 1: Общая часть. Учебник/Под ред. А.Н. Игнатова, Ю.А. Красикова.-М., 1999. С. 376 (автор главы – А.Э. Жалинский).
- <sup>15</sup> См.: Цепляева Г. О целях, функциях и системе наказания//Уголовное право. 2007. №3. С. 75.
- <sup>16</sup> Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 31.
- <sup>17</sup> См.: Козаченко И.Я. Понятие уголовного наказания//Реализация уголовной ответственности: материально-правовые и процессуальные аспекты: Межвузовский сборник научных статей. Самара, 1992. С. 72; Зубкова В.И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. М., 2002. С. 35.
- <sup>18</sup> Зубкова В.И. Указ. раб. С. 83.
- <sup>19</sup> См.: Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. М., 1979. С. 149.
- <sup>20</sup> См., например: Наумов А.В. Указ. соч. С. 390.
- <sup>21</sup> См.: Официальный сайт МВД РФ. [Http: mvdinform.ru](http://mvdinform.ru).
- <sup>22</sup> См.: Шаргородский М.Д. Указ. раб. С. 42, 43.
- <sup>23</sup> См., например: Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 43; Зубкова В.И. Указ. раб. С. 89; Наумов А.В. Указ. соч. С. 368; Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. Учебник/Под ред. А.И. Рарога. М., 2005. С. 344 (автор главы – В.А. Нерсесян).
- <sup>24</sup> См.: Курс уголовного права. Общая часть. Учение о наказании. Учебник/Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. Т. 2. М., 2002. С. 25 (автор главы – Н.Ф. Кузнецова).

# ЭКСПЕРТ И СПЕЦИАЛИСТ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

**НАЗАРОВ В.А.,**

*к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права и*

*криминалистики,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

*Ключевые слова:* судебная экспертиза, эксперт, специалист, права и обязанности эксперта и специалиста.

*В статье обсуждаются права и обязанности эксперта и специалиста в уголовном судопроизводстве.*

*Keywords:* forensics, expert, specialist, rights and responsibilities of experts and specialists.

*The article discusses the rights and duties of the expert and specialist in criminal proceedings.*

Преступность, как социальное явление, теснейшим образом связана с экономическими процессами в стране. Именно поэтому в период всеобщего экономического кризиса обостряются общественные взаимоотношения в жизни людей – рост безработицы, снижение жизненного уровня и т.д., что естественно порождает рост преступности. Используя социальную напряженность, преступность все активней противодействует раскрытию и расследованию преступлений.

В этих условиях традиционно сложившиеся ориентации в процессе доказывания и судебного разбирательства по уголовным делам на

вербальных способах получения доказательств, на их личностные источники (допросы, опознания, очные ставки и т.п.) оказываются малоэффективными. Именно поэтому возрастает роль в применении научно-технических средств в уголовном судопроизводстве.

В последнее время учеными-криминалистами и практиками все активнее используется такое понятие, как криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений.<sup>1</sup> Все это свидетельствует о том, что проблемы по использованию научно-технических средств в деятельности правоохранительных органов существуют и начинаются они с самого определения понятия технико-криминалистического обеспечения, как вида деятельности.

Особое место в уголовном процессе по применению научно-технических средств, в борьбе с преступностью занимают эксперт и специалист. Судебная экспертиза, по словам М.С.Строговича, - «является тем основным руслом, по которому в уголовное судопроизводство проникают и внедряются достижения естественных и технических наук. Это не единственный путь научно-технического оснащения производства по уголовным делам, но путь очень важный и ...основной».<sup>2</sup> Это определение дано в 1974 г., можно себе представить, как далеко шагнул научно-технический прогресс и как коренным образом изменилась судебная экспертиза. И действительно, сегодня судебная экспертиза является наиболее квалифицированной формой использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве.

Так, по данным ЭКЦ УВД Оренбургской области за 2010 год выполнено 15000 экспертиз, против 12500 за 2009 год, 11500 исследований, осуществлено с участием экспертов 17000 ОМП, против 13000 за 2009 год.

В соответствии со ст.ст.1-2 ФЗ от 30 декабря 2001г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» - Государственная судебно-экспертная деятельность осуществляется в процессе судопроизводства судебными экспертами. Их



задачей является оказание помощи судам, судьям, органам дознания, лицам, производящим дознание, следователям и прокурорам в установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу, посредством разрешения вопросов, требующих специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла.

Экспертное исследование во многом схоже с научным исследованием и содержит в себе элементы творческого поиска. М.С. Строгович подметил: «где нет исследования – нет экспертизы, нет и заключения эксперта как доказательства».<sup>3</sup>

В соответствии со ст. 57 УПК РФ «Эксперт – это лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном настоящим Кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения». Под термином «лицо» в соответствии с ч.1 ст.57 УПК понимается физическое, а не юридическое лицо.

Когда речь идет о государственном судебном эксперте, т.е. аттестованном работнике, а он в соответствии со ст.ст. 12-13 Федерального закона от 30 декабря 2001г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» обязан иметь высшее профессиональное образование и по должности являться экспертом. Другое дело, когда экспертом назначается иное (не занимающее должность в экспертном учреждении) лицо, обладающее специальными знаниями. Оно станет экспертом только после того, как будет «назначено» в порядке, установленном УПК РФ, для производства судебной экспертизы и дачи заключения.

А.П. Рыжаков по этому вопросу высказывается следующим образом: «Если в постановлении о назначении экспертизы указано конкретное лицо, которому поручается производство экспертизы, данный человек наделяется правами и обязанностями эксперта с момента подписания постановления уполномоченным на то лицом. Когда же в постановлении не указаны фамилия, имя и отчество лица, обладающего специальными познаниями, а

лишь зафиксировано наименование государственного экспертного учреждения, эксперт в уголовном процессе появится с момента окончательного оформления распоряжения руководителя учреждения о поручении именно ему произвести назначенную судебную экспертизу и подготовить соответствующее заключение».<sup>4</sup>

Эксперт назначается не только для производства судебной экспертизы, но и для дачи заключения (ч.1 ст.57 УПК РФ), что свидетельствует о том, что при производстве экспертизы вправе принимать участие лица не обладающие статусом эксперта и их заключение не может поставить под сомнение юридическую силу полученного доказательства.

Исходя из содержания ч.2 ст.57 УПК РФ, вызов эксперта может быть осуществлен только в порядке ст.ст.195-207,269, 282-283 УПК РФ. В тоже время А.П.Рыжаков утверждает, что это не полный список статей УПК и предлагает обратить внимание на следующие статьи, которые, по его мнению, регламентируют порядок назначения и производства судебных экспертиз: «п.49 и 60 ст.5,п.3.ч.2.ст.29, п.11 ч.2 ст.42, п.11 ч.4. ст.47, п.4 3 ст.49, ч.5 ст.56,57,ч.2 ст.111, ст.ст. 112,113,118, ч.4 ст.146, ч.2 ст.159, п.5 ч.4 ст.163, ч.2 ст.256, ч.1 ст.271, ч.3 ст.363, п.2 ч.1 ст.364, ч.5 ст.365, ч.5 ст.445,ст.ст.453, 456 УПК РФ»<sup>5</sup>.

Действительно в них содержится термин «эксперт» и он может быть назначен дознавателем, следователем и судьей. Но в уголовном судопроизводстве участвует еще и адвокат. Поэтому мне представляется, что защита, т.е. - адвокат также должен обладать правом привлечения эксперта. Имеется ли такое равенство в российском уголовном процессе? Такой вопрос задает И.Ю. Панькина и отвечает на него следующим образом: «Думается, что и новый уголовно-процессуальный закон не обеспечил равенство сторон, особенно на стадии предварительного расследования. Определяя принцип состязательности через жесткое разделение функций в уголовном процессе (ч.12 ст.15 УПК РФ), следователь и защитник должны иметь равные возможности по участию в процессе доказывания. Вряд ли возможно

говорить о таком равенстве, так как защитник не обладает правом собирания доказательств на тех же условиях, что и сторона обвинения. Так, в ч.1ст.86 УПК РФ указаны пути (способы) собирания доказательств, которые не только не относятся к следственным действиям, но и в результате которых факты не становятся доказательствами как таковыми. Только при ходатайстве о приобщении к материалам уголовного дела полученной информации защитником и при удовлетворении данной просьбы следователем возможно появление доказательства со стороны защиты. Кроме того, отсутствует процессуальная регламентация таких доказательств, что позволяет стороне обвинения рассматривать ходатайства защиты по своему усмотрению».<sup>6</sup>

По действующему УПК РФ (ст.198) подозреваемый, обвиняемый и его защитник при назначении экспертизы имеют право: знакомиться с постановлением о назначении экспертизы; заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении; просить о назначении эксперта из числа указанных ими лиц; присутствовать при производстве экспертизы и знакомиться с заключением; представлять дополнительные вопросы эксперту, просить о назначении дополнительной, повторной, комиссионной или комплексной экспертизы (ст.ст.200-201,207 УПК РФ), но не первоначальной. В судебном же заседании подсудимый со своим защитником могут представить в письменном виде вопросы эксперту и участвовать в допросе эксперта (ст. 282-283 УПК РФ).

Все эти права весьма существенны и они нашли свое место в новом УПК РФ. Однако, наряду с ними, необходимо указанным участникам процесса предоставить право самостоятельно решать вопрос о необходимости проведения судебной экспертизы и дать возможность реализовать это право независимо от усмотрения следователя и суда. Мы солидарны с мнением Р.С. Белкина о том, что «...закон должен предоставить право защитнику обвиняемого по собственной инициативе или по желанию обвиняемого назначать судебную экспертизу, поручать ее производство

выбранному также по собственному усмотрению эксперту (экспертам), присутствовать при производстве экспертизы».<sup>7</sup>

Как правило, исследование состоит из описательной части, где описываются объекты, поступившие на исследование. Само исследование и его ход, в котором отражается все, что проводится экспертом, в соответствии с имеющимися рекомендациями и требованиями для данного вида экспертиз, а так же оборудование, с помощью которого производилось исследование. Если поступают объекты и для сравнительного исследования, то их так же эксперт описывает и делает вывод о том, пригодны ли они для сравнительного исследования. Например, пригодна или нет, дактокарта для сравнительного исследования по причине ее неудовлетворительного качества или недостаточное количество представленных образцов для почерковедческого исследования. Затем производится сравнительное исследование и формулируется вывод эксперта, в основу которого включаются как совпадающие признаки, так и признаки различия, которым эксперт обязан дать оценку, и их влияние на вывод.

Заключение эксперта отличается от всех других доказательств следующими признаками: оно может быть составлено лишь в связи с назначением судебной экспертизы посредством специального вынесенного постановления; эксперт производит и оформляет заключение самостоятельно, т.к. он обладает специальными знаниями, обычно в области науки, техники искусства или ремесла; в процессе исследования эксперт может проводить различные опытные действия. Например:

судебным медиком по одному из убийств был сделан вывод о том, что в голову таксиста произведено два выстрела. Задержанный утверждал, что стрелял один раз. Я проводил баллистическую экспертизу обреза и, осмотрев извлеченные из трупа два шарика пришел к выводу, что обрез заряжался не дробью, а шариками извлеченными из шарикоподшипника.

Подобрав шарики аналогичного диаметра, мною производились экспериментальные выстрелы из обреза в мишень из плотного картона с

различной дистанции. В результате чего с расстояния 10 см. получены повреждения аналогичные тем, что были у потерпевшего.

В соответствии со ст.ст. 7-8 ФЗ от 30 декабря 2001 г. при производстве экспертизы эксперт независим, он не может находиться в какой либо зависимости от органа или лица, назначивших экспертизу, сторон и других лиц, заинтересованных в исходе дела. Эксперт проводит исследования объективно, на строго научной и практической основе, в пределах соответствующей специальности, всесторонне и в полном объеме. При этом, в соответствии с ч.3 ст.57 УПК РФ эксперт имеет определенные права: «знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету судебной экспертизы». В каждом постановлении о назначении судебной экспертизы дается краткая фабула дела, что изъято, какие вопросы ставятся перед экспертом. В ходе производства исследования эксперт может столкнуться с таким явлением, что ему дана не в полном объеме информация по рассматриваемому делу и это затрудняет процесс исследования. Так, при исследовании механизма совершения ДТП эксперту следователь не сообщил, что ряд деталей на машине были заменены. Установив это, эксперт, вправе ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов, либо привлечения к производству судебной экспертизы других экспертов (п.2 ч.3 ст.57 УПК РФ). В данном случае эксперт, вправе заявить как то, так и другое ходатайство или сделать это одновременно. Объем материалов уголовного дела, относящихся к предмету судебной экспертизы, как правило, определяется экспертом по согласованию с должностным лицом, в производстве которого находится уголовное дело.

В пункте 3 ч.3 ст.57 УПК РФ закреплено право эксперта, участвовать с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда в процессуальных действиях и задавать вопросы, относящиеся к предмету экспертизы. Характерным может являться следующий пример:

В одном из районов Оренбургской области в канун Нового года произошло ДТП с участием автомобиля (бензовоза) с санями в которых ехал

г. «П». Зима была снежная и имелось две дороги – одна расчищенная для автотранспорта, другая рядом для гужевого. Время было позднее и г. «П» поехал на лошадке по трассе для автотранспорта. Навстречу ему двигался бензовоз и когда они повстречались, то лошадь повернула на снежный бугор, поставив сани поперек дороги и автомобиль раздавил сани. Работники милиции, осмотрев автомобиль выяснили, что в задних колесах находились обломки досок, гвозди, краска от саней и т.д. Поставив автомобиль во дворе райотдела милиции, водителя отпустили домой, т.к. он был в сильной степени опьянения. Утром водителя стали допрашивать о ДТП и он заявил, что за ночь работники милиции специально между колес засунули обломки саней, краску и т.д. И вот через 4 месяца 7 мая я выехал вместе со следователем УВД в район для осмотра автомобиля, но его не оказалось, т.к. он находился в г. Абдулино на ремонте (ему меняли раму), т.е. автомобиль был в разобранном состоянии. Смоделировав механизм совершения ДТП мною обращено внимание на правую оглоблю, на которой имелись следы скольжения в виде глубоких трасс и бороздок. С помощью пластилина получены аналогичные трассы с торцевой правой подножки автомобиля. Было принято решение выпилить участок оглобли с трассами и провести трасологическую экспертизу, но уже в лабораторных условиях. Что и было сделано. Вывод однозначный о том, что следы на оглобле оставлены правой подножкой автомобиля «бензовоз». Без получения дополнительной информации, полученной мною в ходе осмотра автотранспорта и саней, провести данную экспертизу не представилось бы возможным.

В пункте 4.ч.3 ст.57 УПК РФ закреплено право эксперта давать, заключение в пределах своей компетенции, в том числе по вопросам, хотя и не поставленным в постановлении о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету исследования. Под заключением эксперта необходимо понимать составленный определенным образом письменный документ, в котором излагается ход проведенного исследования и свои выводы. Например, проводя почерковедческую экспертизу, эксперт

обнаружил следы травления в документе, о чем он обязан сообщить следователю и порекомендовать провести дополнительную экспертизу.

В пункте 5 ч.3 ст.57 УПК РФ закреплено право эксперта, обжаловать действия (бездействие) и решения следователя (дознателя и др.). Обычно принесение жалобы осуществляется путем передачи ее через следователя в письменном виде или в устной форме. Главное, что должно быть иметь место в принесенном экспертом письменном документе (устном сообщении), - это указание на конкретное действие (бездействие) или решение, которое, по его мнению, ограничивает права эксперта. Законодатель не устанавливает для эксперта ограничений в объеме обжалуемых действий или бездействий следователя, дознавателя, суда. Важно только, что бы оно (они) ограничивали хотя бы одно закрепленное в законе право эксперта.

И последнее право эксперта, закрепленное пунктом 6 ч.3 ст.57 УПК РФ – это право отказаться от дачи заключения. Данный отказ может быть полным и частичным, то есть эксперт, в праве отказаться отвечать не на все, а лишь на часть поставленных вопросов. Данный отказ оформляется в письменном виде с мотивированием причин и передается следователю, дознавателю и т.д. назначавшему судебную экспертизу, но делается это до начала производства экспертизы. Поэтому эксперта можно допросить лишь для разъяснения или дополнения уже данного им заключения (ч.2 ст.80, ч.1 ст.205, ч.1 ст.282 УПК РФ).

А.П.Рыжков предлагает ст.57 УПК РФ дополнить, как минимум, следующими правами эксперта:

1. знать свои права и обязанности (ч.1 ст.11 УПК РФ), в том числе основания отвода;
2. делать заявления, давать заключение и показания на родном языке, которым он владеет;
3. пользоваться услугами переводчика;
4. знакомиться с протоколом следственных действий, произведенных с его участием;

5. требовать дополнения протоколов таких следственных действий и внесения в них уточнений;
6. делать подлежащие занесению в протокол следственного действия, в котором он принимал участие, заявления;
7. удостоверить правильность содержания данного протокола следственного действия;
8. при наличии к тому оснований заявить самоотвод (ч.1ст.62 УПК РФ);
9. на возмещение понесенных расходов по явке;
10. на вознаграждение за выполнение своих обязанностей, кроме выполнения их в порядке служебного задания»<sup>8</sup>.

Кроме рассмотренных нами прав эксперта в УПК РФ предусмотрены обязанности и ответственность эксперта (ч.4 ст.57 УПК РФ). Так, эксперт не вправе - без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы и самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования. Эксперт имеет право, как мы отмечали ранее, заявить ходатайство о предоставлении ему для производства исследования дополнительных материалов, но не более. В то же время при производстве исследования, у эксперта иногда возникает необходимость в получении дополнительных образцов, и он их добывает самостоятельным путем. В ч.4 ст. 202 УПК РФ сказано, что когда получение образцов для сравнительного исследования является частью судебной экспертизы, то оно производится экспертом.

Пункт 3 ч.4 ст.57 УПК РФ устанавливает также запрет, без разрешения дознавателя, следователя и суда, применения экспертом определенных способов исследования, могущие повлечь полное или частичное уничтожение объектов либо изменение их внешнего вида или основных свойств. Дознаватель, следователь и суд должны дать письменное



согласие на это. Форма такого документа законом не урегулирована, но такое разрешение может быть в самом постановлении о назначении экспертизы.

Эксперт не вправе давать заведомо ложное заключение и разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в уголовном деле в качестве эксперта (п.4 -5 ч.4 ст.57 УПК РФ) и несет уголовную ответственность согласно ст. ст. 307 и 310 УК РФ. В бланке «Заключение эксперта» эксперт дает подписку о том, что с данными статьями УК РФ он ознакомлен и предупрежден об уголовной ответственности. Это делается даже тогда, когда дознаватель, следователь суд об этом его не предупреждают.

Заключение эксперта является одним из источников доказательства и как любое доказательство оно оценивается с точки зрения допустимости, относимости и достоверности.

В правовом аспекте допустимость использования заключения эксперта в доказывании определяется общими принципами уголовного процесса, а также нормами закона, в которых перечисляются источники доказательства (ст.74 УПК РФ). Устанавливается порядок назначения и производств экспертизы (ст.ст.195-207, 269, 282-283 УПК РФ), права и обязанности эксперта (ст. 57 УПК РФ), основания для отвода эксперта (ст.70 УПК РФ).

Оценивая заключение эксперта с точки зрения относимости, дознаватель, следователь и суд определяют его пригодность по содержанию, рассматривают вопрос о наличии связи между фактическими данными, содержащимися в заключении, и существом конкретного уголовного дела.

Достоверность экспертного исследования определяется не только его научностью, но и фактической обоснованностью. Под фактической обоснованностью необходимо иметь в виду:

1. в достаточном ли объеме представлен материал эксперту;
2. насколько полно проведено исследование, и какое оборудование при этом использовалось;

3. позволяли ли полученные данные прийти к выводу, изложенному в заключении эксперта.

А.Р. Белкин, рассматривая вопрос о возможностях эксперта, делает следующие выводы: «недостаточную информацию по уголовному делу можно получить от эксперта, задав ему необходимые вопросы; эксперт четко осознает границы своих познаний; эксперт в состоянии ответить на поставленные вопросы; эксперт не имеет право на ошибку; эксперт обладает некой моделью предметной области; эксперта можно попросить объяснить причины и мотивы его решений, ответов, рекомендаций – и он обычно в состоянии это сделать; чем более подробны задаваемые вопросы эксперту, тем лучше: больше будет информации; эксперт способен учесть одновременное влияние нескольких независимых или взаимосвязанных факторов (параметров, критерий и т.д.); эксперт обычно отвечает искренне и не заинтересован вводить в заблуждение тех, кто его опрашивает независимо от формы и последовательности поставленных вопросов».<sup>9</sup>

А.Р. Белкин всех экспертов по интеллекту подразделяет на «идеальных» экспертов и «неидеальных». Для идеальных экспертов, по его мнению, характерным является: «высокая эрудиция; способность к отбору информации и т.д. «Неидеальные» же эксперты обладают недопониманием, умолчанием, чрезмерной любознательностью и прочее.<sup>10</sup>

Такие индивидуальные качества экспертов, вероятно, необходимо знать лицу, назначающему экспертизу, а так же руководителю экспертного учреждения. Мне приходилось на практике сталкиваться с просьбами о выделении конкретного эксперта для участия в следственно-оперативной группе. Это происходит, на мой взгляд, по двум причинам: как правило, просят выделить эксперта профессионала с большим опытом работы и второе, более коммуникабельного и психологически легко входящего в состав следственно-оперативной группы.

В УПК РФ впервые определены обязанности и права руководителя экспертного учреждения (ст.199 УПК РФ) и более подробно

регламентируются в ст.ст. 14-15 ФЗ от 30 декабря 2001г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Руководитель должен хорошо знать уровень профессиональной подготовки каждого эксперта своего учреждения. Это позволяет ему наиболее продуктивно распределять поступившие материалы на экспертизу. Например, на исследование поступают следы пальцев рук, и в экспертном учреждении имеется несколько экспертов, специализирующихся по производству таких экспертиз. Руководитель, изучив объекты, принимает решение отдать следы более квалифицированному эксперту, т.к. следы очень сложные и представляют собой обрывки и мазки папиллярных линий. Эксперт с малым опытом работы данные следы признал бы непригодными для сравнительного исследования, а наиболее опытный сможет найти какие-то признаки и провести сравнительное исследование. Как видим, роль руководителя экспертного учреждения очень велика, и порою напрямую влияет на результативность будущего исследования. Именно руководитель экспертного учреждения чаще всего решает вопросы о проведении комплексных и комиссионных экспертиз (ст. ст. 200-201 УПК РФ).

Очень схожим по значимости и возможностям в уголовном судопроизводстве наделен специалист. Специалист, о котором идет речь в ст. 58 УПК РФ, - это всегда обладающее определенными знаниями, выходящими за пределы общеизвестных для участников следствия знаниями, физическое лицо. Оно вызывается (приглашается) уполномоченным на то должностным лицом для оказания помощи при производстве или подготовке к проведению процессуального действия, а равно оказывающее такую помощь.

А.П.Рыжаков предлагает рассматривать слово «специалист» в широком и узком смысле слова.<sup>11</sup> Как мне представляется это вполне обосновано, т.к. понятие в широком смысле слова специалистов может быть большое количество. Трудно даже перечислить все имеющиеся профессии. Остановлюсь лишь на одном примере из практики:

Гражданин «Н» подозревался в совершении убийства. Известно, что он имеет огнестрельное оружие. Почуввав слежку за собой, он вышел на мост реки Урал и выбросил пистолет. Необходимо было найти этот пистолет и в качестве специалиста пригласили водолаза из ДОСАФ. Дело было в октябре месяце, купальный сезон закончен и вода стояла чистая, что позволило водолазу обнаружить в реке пистолет и представить следователю. Проведенная баллистическая экспертиза подтвердила, что именно из этого пистолета было произведено убийство.

В соответствии же со ст.168 УПК РФ перед началом следственного действия следователь удостоверяется в компетентности водолаза, выясняет его отношение к подозреваемому и потерпевшему, разъясняет его права и обязанности, предусмотренные ст.58 УПК РФ.

Под специалистом в узком смысле слова следует именовать то же самое лицо, реализующее представленные специалисту процессуальные права и возложенные на него обязанности. К такой категории лиц можно отнести экспертов судебно-экспертных учреждений, которые в соответствии со ст. 13 Федерального закона от 31 мая 2001г. имеют высшее профессиональное образование. Вновь обратимся к примеру из практики:

В одном из сел Александровского района Оренбургской области был обнаружен труп 80 летней женщины с признаками изнасилования и удушения. При осмотре места происшествия на спинке хромированной кровати были обнаружены отдельные обрывки и наслоения папиллярных линий. Установить тип и разновидность узоров не представлялось возможным, поэтому было принято решение у подозреваемых дактилоскопировать ладони и ступни ног, т.к. преступник мог упираться в спинку кровати ногами. Это стало возможным благодаря моделированию процесса насилия и чутье не подвело криминалистов. Отпечатки ног одного из подозреваемых полностью совпали с обрывками папиллярных линий обнаруженных на спинке кровати.

В соответствии со ст.58 УПК РФ специалист имеет право: отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями. Я бы добавил – специалист должен обладать не только определенными знаниями, но, как мне представляется, и определенным практическим опытом. И в подтверждение этому могу привести мнение В.Ф.Статкуса о том, что «проведение осмотра места происшествия – задача трудная, требующая больших профессиональных навыков. Приобрести их нельзя за один день или месяц практической работы, так же нельзя научиться хорошо осматривать место происшествия, только читая учебники криминалистики»;<sup>12</sup> задавать вопросы участникам следственного действия с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда. Как правило, такие вопросы имеют уточняющее значение. Так, по приведенному примеру с участием водолаза, он спрашивал, под каким проемом моста ему производить поиск оружия. Специалист должен внимательно знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол.

Хотелось бы вновь это прокомментировать на одном из примеров из практики:

В сельской местности был взломан замок на входной двери магазина и похищены вещи, спиртные напитки и прочее. В магазине имелся прилавок с ветровым стеклом полуовальной формы под которым располагались предметы в виде часов, ювелирных изделий, конфеты и т.д. Это обычное явление для магазина сельской местности. При осмотре места кражи мною с **внутренней стороны витрины прилавка** обнаружен отпечаток левой руки с отсутствием мизинца. Когда это услышала продавец, она сразу сказала, что в селе проживает «К» у которого отсутствует мизинец левой руки. Мною данный отпечаток был переснят на дактопленку и я, не читая, подписал протокол осмотра места происшествия. Какого было мое удивление, когда меня вызвали в суд и спросили, где был обнаружен след ладони руки? Я

пояснил, что он располагался с внутренней стороны витрины, а не наружной, как утверждал подозреваемый в совершении кражи. Они с адвокатом увидели ошибку следователя, который в протоколе указал, что на витрине обнаружен четкий отпечаток левой руки, пояснив его нахождение тем, что часто заходил в магазин и мог коснуться витрины. Благо, что понятые подтвердили, что эксперт опылял и изымал след с внутренней стороны витрины.

Специалист, как и эксперт, может приносить жалобы на действия (бездействия) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

А.П. Рыжаков считает, что в законе не все права специалиста учтены и считает необходимым дополнить:

1. знать цель и порядок производства следственного действия (если он привлечен к участию в таковом), свои права, обязанности и ответственность (ч.1 ст.11, ч.5 ст.164, ч.10 ст.166, ч.2 ст.168 УПК РФ);
2. отказаться от участия в производстве процессуального действия, если он не обладает соответствующими специальными знаниями;
3. при наличии к тому фактических оснований заявлять самоотвод (ч.1 ст. 62 УПК РФ);
4. пользоваться помощью переводчика;
5. заявлять отвод переводчику (ч.2 ст.69 УПК РФ);
6. быть предупрежденным о применении технических средств (ч.5 ст.166 УПК РФ);
7. участвовать в следственном действии и присутствовать при всех его составляющих действиях следователя (дознавателя и пр.);
8. задавать вопросы участникам следственного действия с разрешения следователя (дознавателя и др.);
9. делать подлежащие занесению в протокол заявления, связанные с обнаружением, закреплением и изъятием доказательств, а также иные заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол;

10. знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием;

11. требовать дополнения протоколов следственных действий и внесения в них уточнений;

12. делать заявления (замечания), задавать вопросы и давать пояснения на родном языке или языке, которым он владеет;

13. удостоверять правильность содержания протокола следственного действия;

14. давать объяснение причин отказа подписать протокол следственного действия, которое заносится в данный протокол (ч.2 ст.167 УПК РФ);

15. получать вознаграждение за выполнение своих обязанностей, кроме случаев исполнения их в порядке служебного задания (п.4ч. 2ст.131 УПК РФ);

16. на возмещение понесенных расходов, связанных с явкой к месту производства следственного действия и проживания;

17. приносить жалобы на действия (бездействия) и решения следователем (дознавателем и др.), ограничивающие его права;

18. иные права.<sup>13</sup>

Федеральным законом от 4 июля 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» введен новый вид доказательства – заключения и показания специалиста. По этому изменению очень красноречиво, на мой взгляд, высказался Ю.К.Орлов: «Этот термин представляется крайне неудачным. В отношении специалиста он никогда не применялся. Более того, всегда считалось, что одним из признаков, разграничивающих компетенцию специалиста и эксперта, является то, что специалист, в отличие от эксперта, не дает заключения. Его мнение всегда оформлялось каким-то другим документом – справкой, консультацией и пр. Видимо, законодатель автоматически проштамповал существующую терминологию, добавив к заключению и

показаниям эксперта еще и заключение и показания специалиста, совершенно не задумываясь о принципиальном различии этих субъектов. Однако терминологическая неточность нередко оборачивается искажением смысла, В чем опасность такого терминологического дублирования в отношении эксперта и специалиста? Опасность в смешении этих фигур. Действительно, если и эксперт, и специалист теперь дают заключение, причем оба на базе соответствующих специальных знаний, то чем отличаются эти заключения? Когда нужно назначать экспертизу, а когда можно получить заключение специалиста?».<sup>14</sup> Как видим больше вопросов, чем ответов. Далее Ю.К.Орлов проводит сравнительный анализ ч.1 и 3 ст. 80 УПК и приходит к выводу: «Если заключение эксперта, согласно части 1, представляет собой содержание проведенного исследования и сделанный вывод, то применительно к заключению специалиста (в части 3) ни об исследовании, ни о выводах ничего не говорится. Это основной и, пожалуй, единственный критерий разграничения данных субъектов».<sup>15</sup>

Мне представляется, что отличие состоит и в том, что эксперт обязан соблюдать методические рекомендации при производстве экспертизы и при этом использует специальное оборудование. Например, при исследовании наркотического вещества растительного происхождения он обязан выделить наличие тетрагидроканабинола – основа любого наркотического вещества растительного происхождения и определить регион его выращивания.

Специалист же, не связан ни с какими рекомендациями и руководствуется только своими знаниями и опытом, при этом, не использует специальное оборудование. Например, приглашается художник и он должен определить – это полотно произведение искусства или порнография?

В соответствии со ст.ст.74,80 УПК РФ заключение специалиста является одним из видов доказательства и поэтому специалист может быть допрошен в ходе предварительного следствия и в суде, а также давать заключение. Это, на мой взгляд, и должны чаще всего использовать адвокаты, вместо заключения эксперта.



Анализируя права, обязанности эксперта и специалиста в уголовном судопроизводстве, отмечаешь большое в них сходство, и в то же время они индивидуальны:

1. Даже как-то неудобно вновь и вновь ставить вопрос о необходимости расширения ст.196 УПК РФ – «обязательное назначение экспертизы». Но, к сожалению, законодатель глух и проблемы с двойным исследованием одних и тех же наркотических веществ, продолжается. Сначала дается справка эксперта, затем назначается экспертиза. Происходит расходование наркотических средств и бывают случаи, когда на экспертизу уже нечего направлять. О данной проблеме написано большое количество статей, научных обоснований, настойчивых требований практических работников экспертно криминалистических служб МВД РФ. Вероятно, пришло время признания о необходимости обязательного производства судебных экспертиз по ст. 196 УПК РФ до возбуждения уголовного дела и проблема будет решена.

2. К числу остропроблемных, дискуссионных относятся вопросы о, так называемых, предварительных исследованиях. Ярким примером этому может служить практически ежедневно повторяющийся факт, когда при осмотре места квартирной кражи специалист, обнаруживая следы пальцев рук, дактилоскопирует жильцов квартиры, что бы исключить их следы и установить, нет ли следов преступника. Если такие находятся, то они немедленно проверяются по автоматизированной системе «Папилон». В чем здесь нарушение законодательства, непонятно. Чьи нарушены права? Вероятно только преступника совершившего кражу, т.к. он не заинтересован в своем быстром изобличении.

3. Экспертов-криминалистов в России готовят в трех ВУЗах системы МВД (Москва, Саратов и Волгоград), но нет ни одного учебного заведения по подготовке специалистов по применению научно-технических средств. В чем причина? На мой взгляд, их несколько: основная, вероятно, в том, что таких технических средств и не имеется. Мне пришлось в 1980 г.

ознакомиться на Международной выставке с оперативной и криминалистической техникой. Например, был показан кейс для инкассатора. Обычный на вид чемодан, но инкассатор, взяв его в руки, нажимает кнопку и, если его вырвать из рук, то из углов кейса выталкиваются металлические штыри длиной по 1,5 метра, включается тревожная сигнализация и по маяку можно определить место нахождения. Прошло 30 лет, и мы каждый месяц слышим по телевизору сообщения об убийствах инкассаторов и введении плана «Перехват». А на днях сообщили, что теперь деньги будут красить каким-то веществом! По данной категории дел проводится большое количество судебных экспертиз, а их ведь можно избежать, применив указанный кейс для перевозки денег инкассаторами.

4. У нас произошел большой разрыв между техническим оснащением экспертных лабораторий и тем убогим арсеналом технических средств, с которыми приходится участвовать в оперативно-розыскных мероприятиях и следственных действиях. Но, ведь рост производства экспертиз, о чем печется МВД, целиком и полностью зависит от количества и разнообразия изымаемых вещественных доказательств именно с мест происшествий. Представляется, что настало время обеспечения всех экспертно-криминалистических лабораторий систем МВД передвижными криминалистическими лабораториями.

5. Так как адвокат не имеет возможности, по действующему УПК РФ, самостоятельно назначать судебные экспертизы, то ФЗ от 4 июля 2003г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» ввел новый вид доказательств – заключение специалиста (ст.ст.74, 80 УПК РФ). Это предоставляет адвокату широко привлекать специалистов, что повысит состязательность в уголовном судопроизводстве.

---

<sup>1</sup>Аверьянова Т.В., Белкина Р.С. «Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования М.1997; Серов В.А. «Гнессеологические и правовые вопросы доказывания по уголовным делам. Оренбург 1999, ОГУ»; Волынский В.А. «Криминалистическая техника:

---

наука-техника-общество-человек. М.2000; Селина Е.В. «Применение специальных познаний в уголовном процессе. М.2002; Соловьев А.Б.«Использование доказательств при допросе на предварительном следствии М.2001»; Карлов В.Я. «Использование криминалистической техники в расследовании преступлений» М. 2006г. и т.д.

<sup>2</sup> Строгович М.С. Проблемы судебной этики. М.1974., С.142-143.

<sup>3</sup> Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т.1. С.437.

<sup>4</sup> Рыжаков А.П. Эксперт в уголовном процессе. М. 2007. С.6.

<sup>5</sup> Там же, С.11.

<sup>6</sup> Панькина И.Ю. Некоторые проблемы реализации принципа состязательности по УПК РФ // Эволюция права и закона как фактор изменения криминалистики: генезис профессиональной защиты в представительстве. Екатеринбург. 2003., С.150.

<sup>7</sup> Белкин Р.С. Курс криминалистики. М. Т.3 С. 117-118.

<sup>8</sup> Рыжаков А.П. Эксперт в уголовном процессе. М. 2007. С.37.

<sup>9</sup> Белкин А.Р. Теория доказывания. М.2000. С.254-256.

<sup>10</sup> Там же, С.262-265.

<sup>11</sup> Рыжаков А.П. Специалист в уголовном процессе. М.2007.,С.11..

<sup>12</sup> Статкус В.Ф. Осмотр места происшествия. М. 1995. С.3.

<sup>13</sup> Рыжаков А.П. Специалист в уголовном процессе. М..2007.,С.64-65.

<sup>14</sup> Орлов Ю.К. Использование специальных знаний в уголовном судопроизводстве. М. 2004.,С.25.

<sup>15</sup> Там же, С.26.

## **ПОНЯТИЕ ПРИНЦИПОВ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА**

***РЕЗЕПКИН А.М.,***

***к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права и  
криминалистики***

***Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8 (3532)72-22-77,  
post@oimsla.edu.ru***

***Ключевые слова:* принцип, принцип уголовного судопроизводства, понятие принципов уголовного судопроизводства, признаки и требования понятия принципов уголовного судопроизводства.**

*В статье рассматривается сущность понятия принципов уголовного судопроизводства и предъявляемые к нему требования, анализируется проблема необходимости нормативного закрепления понятия принципов уголовного судопроизводства.*

**Key words:** *principle, the principle of criminal proceedings, the notion of principles of criminal procedure, features and requirements of the principles of criminal justice.*

*The article deals with the essence of the concept of the principles of criminal justice and their requirements, analyze the problem of the need to consolidate the normative concepts of the principles of criminal justice.*

Будучи основополагающими правовыми положениями, принципы олицетворяют собой фундаментальную и стержневую базу построения и функционирования уголовно-процессуального законодательства, подчеркивая демократическую направленность его содержания. Их универсальная ценность, так или иначе, пронизывает все нормы УПК РФ<sup>1</sup>, образуя в совокупности целостный механизм реализации взглядов и идей, лежащих в основании демократизации уголовного процесса, степень требований и гарантий, адресованных его участникам. Между тем в юридической литературе до сих пор не достигнуто единства мнений по такому важному вопросу, как определение понятия принципов уголовного судопроизводства.

Ни в Конституции РФ, ни в УПК РСФСР 1960 г., а также УПК РФ не дано понятие принципов уголовного процесса. Заметим, что от правильного употребления термина часто зависит «узнаваемость» всей директивы, заимствованной в правовой норме. Именно поэтому мы решили обратиться к базовому понятию принципа уголовного процесса.

В науке уголовного процесса наиболее приемлемой является точка зрения, что принципы уголовного процесса – это основополагающие, руководящие начала, имеющие нормативно-правовой характер. Они отражают наиболее существенные стороны уголовного судопроизводства, его задачи, характер и систему процессуальных форм, стадий и институтов. Как нам представляется, это, пожалуй, будет верный подход, поскольку в теории уголовного процесса вопрос, касающийся формы закрепления принципов уголовного процесса, является дискуссионным. Истоки этой дискуссии состоят в том, что теоретически спорно и опасно для практики высказанное в процессуальной литературе суждение, согласно которому отдельные принципиальные идеи не находят своего закрепления в правовых нормах в виде специальных терминов и соответствующих формулировок. По этой причине принципы не следует отождествлять с процессуальными нормами.<sup>2</sup> К сказанному следует добавить бездоказательственное утверждение о том, что свое регулирующее воздействие на правоприменительную практику могут оказывать и такие правовые идеи, как принципы, которые не закреплены в процессуальном законе.<sup>3</sup> Вследствие чего в уголовном процессе иногда признавалось существование принципа состязательности, несмотря на отсутствие в законодательстве прямого закрепления принципа состязательности и понятия сторон, которое было известно уголовно-процессуальному законодательству, действовавшему до принятия Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958г. и УПК РСФСР 1960г.<sup>4</sup>

Между тем вряд ли с этим можно согласиться. Несмотря на то, что принципы вырабатываются наукой, надо помнить, что обязательную силу последние все-таки приобретают только после их закрепления в законодательстве и в результате востребованной правоприменительной практики.

Идеи, не получившие закрепления в законе, остаются началами правосознания, научными выводами, представляют замысел нормы-

принципа (суждение для себя), а не правовую норму (суждение для всех). Нормативность – важнейшее свойство принципов, неотделимое от природы процесса как особого рода государственно-правовой деятельности.<sup>5</sup> По своей сути процессуальные принципы носят императивный, властно-повелительный характер, они содержат обязательные предписания, исполнение которых обеспечивается всем арсеналом правовых средств. Принципы постулируют претворение в жизнь заключенных в них правовых требований, заранее определенных целевым характером уголовного судопроизводства (ст.6 УПК). Если принципы не выражены в содержании права, то они являются элементами правовой идеологии.<sup>6</sup> Поэтому научные идеи, не получившие закрепления в законе, не будут считаться правовыми принципами. Они не могут регулировать правовые действия и правовые отношения в сфере уголовного судопроизводства и, следовательно, не могут выражать существенные свойства уголовного процесса.<sup>7</sup> Кроме того, определение уголовно-процессуального принципа только как основного положения, на котором строится процесс, дает повод к неоправданному расширению системы принципов уголовного процесса, включению в неё любого положения, которое, по мнению того или иного ученого – процессуалиста, имеет руководящее значение.

Мы разделяем позицию В.И. Зажицкого о том, что мнение И.Ф. Демидова нельзя признать обоснованным, поскольку он смешивает два различных понятия: научные идеи, формируемые учеными и предлагаемые ими на роль правовых принципов, и собственно правовые принципы, уже закрепленные в нормах действующего законодательства<sup>8</sup>. В правовой науке могут высказываться и обосновываться различные научные идеи, связанные с тем или иным видом деятельности, регулируемой нормами права. Но ориентирование практических работников на их применение будет способствовать возникновению дезорганизации в той или иной деятельности. О существовании принципов уголовного процесса без закрепления их в

нормах права ошибочно утверждали такие видные ученые, как М.Я. Савицкий и В.Т. Томин.<sup>9</sup>

Справедливости ради следует сказать, что правовые идеи, формулируемые исследователями, могут влиять на правосознание правоприменителя, но такое правосознание должно корректироваться и подчиняться только тем научным идеям, которые восприняты законодателем в качестве основы того или иного вида деятельности и нашли свое закрепление в конкретных правовых нормах, т.е. стали нормами-принципами.<sup>10</sup> Поэтому прав М.С. Строгович, который обращался к характеристике внутренних и перспективных основ уголовно-процессуального принципа состязательности.<sup>11</sup>

Выдвинутый, на наш взгляд, И.Ф. Демидовым неправильный тезис о том, что принцип права - это прежде всего исходная, руководящая идея, т.е. по существу, принцип правосознания, не нашедший своего закрепления в нормах уголовно-процессуального права, имеет опору. Так, в юридической литературе утверждается, что по своим признакам принципы права бывают двоякого рода, подразделяются на две большие группы: принципы действующего права и иные правовые принципы.<sup>12</sup> Мы не затрагиваем вопрос о классификации уголовно-процессуальных принципов более подробно, поскольку он достаточно изучен процессуальной наукой. Позволим себе лишь отметить то, что какие бы мы принципы не рассматривали, все они образуют единую цепь процессуальных начал, в силу чего в равной мере служат назначению уголовного судопроизводства, отчего все принципы отчасти можно именовать конституционными.

Принципы действующего права выступают как отправные положения (правила), которые входят непосредственно в его содержание. Они представлены там в качестве важнейших норм, реально выражены и закреплены в этих нормах. Эти принципы прежде всего объективированы в Конституции Российской Федерации, а развиты и конкретизированы в многочисленных нормативно-правовых актах, функционирующих в тех или

иных сферах общественных отношений, примером тому является УПК. Поэтому принципы, включаемые в данную группу, обладают всеми свойствами правовых норм, обязательны для участников регулируемых отношений. Какое-либо игнорирование их расценивается как нарушение законности в государстве.

Иные правовые принципы складываются из исходных юридических положений и идей, которые по тем или иным причинам на данном этапе общественного развития в содержание действующего права страны не входят, в виде действующих правовых норм не зафиксированы, их свойствами не обладают. Они существуют либо в роли элемента правосознания, либо находят законодательное закрепление только в некоторые периоды развития новой правовой надстройки, либо фигурируют в правовой деятельности в качестве весьма своеобразных, хотя и неписанных, однако непреложных отправных положений, которые порою именуется «правовыми аксиомами».<sup>13</sup>

Как нам представляется, неоднородность этой позиции о функционировании в действующем уголовно-процессуальном законодательстве норм-принципов и идей-принципов вполне может негативно влиять на качество законов и эффективность регулирования в уголовном судопроизводстве.

Аннулирование этой двойственности в теории уголовного процесса об идеях-принципах позволит согласиться с суждением о возможности выразиться конкретно: какие принципы, такие и законы.<sup>14</sup> В связи с чем мы придерживаемся той позиции процессуалистов, которые считают, что принципами процесса являются только такие, соответствующие его объективной сущности, руководящие идеи, которые получили свое закрепление в нормах права.<sup>15</sup>

На основании изложенного невольно задаешься вопросом: так что же из себя представляют принципы уголовного процесса? Как представляется, термин «принцип» означает обобщенное выражение какого-либо явления, в



связи с чем понятие «принцип» можно определять через слова «основное начало», «требование», «обязанность», «идея» и т.д. По-латыни принцип – это первоначало, основа. Большинство ученых, равно, как и мы, склоняются к тому, что «принципы» и «начала» тождественные понятия, конечно, при определенных условиях. Однако В.Н. Баландин утверждает, что данные понятия не всегда совпадают между собой, так как начало в большей мере соответствует понятию «правило», а принцип ближе к понятию «идея».<sup>16</sup> Данная позиция не заслуживает одобрения, ибо, несмотря на разницу в словоупотреблении, лексические значения этих слов весьма близки<sup>17</sup>, а этимологически они вовсе идентичны.<sup>18</sup>

Примечательно, что одни авторы под принципами уголовного процесса понимают юридически оформленные руководящие положения, закрепляющие наиболее общие и существенные свойства уголовного процесса, выражающие его природу и сущность.<sup>19</sup> Другие трактуют принципы уголовного процесса как закрепленные в правовых нормах положения, определяющие наиболее важные стороны и направления деятельности органов расследования, прокуратуры и суда, а также содержание всех иных норм уголовно-процессуального права.<sup>20</sup>

Третьи утверждают, что принципы уголовного процесса – это основные правовые положения общего и руководящего значения, выражающие природу и сущность процесса.<sup>21</sup> Объединяет приведенные определения такое важнейшее свойство (требование) принципа, как нормативность и его связь, с одной стороны, с природой и сущностью уголовного процесса, с другой – деятельностью участников уголовного судопроизводства. Примерно той же позиции придерживается Т.Н. Добровольская, считая принципами закрепленные законодателем основные, исходные положения, определяющие сущность организации и деятельности государственных органов по возбуждению, расследованию, рассмотрению и разрешению уголовных дел.<sup>22</sup> Б.Т. Безлепкин, в свою очередь, называет принципами уголовного процесса общие, исходные правовые установления,

требования, которым должно отвечать все производство по уголовному делу от начала и до конца.<sup>23</sup>

Многообразие понятий, сформулированных на протяжении продолжительного временного периода, позволяет выявить тенденцию, сложившуюся еще при советской власти и позволяющую наиболее полно определить требования, которым должны соответствовать принципы уголовного процесса. К требованиям такого рода относятся: объективный характер принципов процесса, нормативное выражение, их научная обоснованность, подлинный демократизм и всеобщая значимость для участников (сторон) уголовного судопроизводства. Заметим, что С.Д. Шестакова присоединяет к данной группе общепроцессуальность, то есть действие принципов во всех стадиях уголовного судопроизводства, и самостоятельность – содержание, не дублирующее содержание других принципов.<sup>24</sup> Автор, как мы полагаем, безусловно права, выделяя общепроцессуальность, тем самым подчеркивается значимость реального функционирования уголовно-процессуальных принципов, закрепленных в главе II УПК, в особенности принципа состязательности, чего нельзя сказать о самостоятельности. Как нам представляется, главным образом ввиду того, что все принципы функционируют, развиваются в рамках единой, целостной системы, в условиях непротиворечивости, относительной взаимной независимости и вместе с тем их взаимосвязи друг с другом.<sup>25</sup> Поэтому вполне разумно вести речь не об абсолютной, а относительной самостоятельности, последняя ни в коей мере не свидетельствует о начале зависимого состояния. Мы полагаем, что помимо вышеназванных требований в связи с изменением приоритетов развития текущего национального законодательства и формированием охранительного типа судопроизводства необходимо выделить следующие черты: целесообразность, логичность, устойчивость и исключительность обеспечения защиты прав и свобод личности в уголовном судопроизводстве, так как все это напрямую согласуется с положениями главы II УПК и общей

уголовно-процессуальной политикой нашего государства РФ. Причем под целесообразностью необходимо понимать востребованность конкретного основополагающего начала не только теорией, но и практикой. Логичность свидетельствует о связи и месте принципа в системе принципов уголовного судопроизводства, а устойчивость - о его внутренней потенциальной возможности длительного существования, а главное, совершенствования в угоду веяниям демократической по своей сути, трансформирующейся уголовно-процессуальной действительности. Исключительность обеспечения защиты прав и свобод личности в уголовном судопроизводстве подчеркивает соответствие принципа назначению (задачам, целям) уголовного процесса.

Любое положение (руководящая идея) для того, чтобы стать принципом, должно отвечать определенной совокупности требований, поскольку отсутствие или несогласованность хотя бы с одним из них влечет за собой невозможность признания данного положения или руководящей идеи в качестве принципа уголовного процесса.

И все-таки, как быть с самой дефиницией принципов уголовного процесса: она должна быть закреплена как правовое предписание или ей следует оставаться научной категорией? Думается, что понятие принципов уголовного процесса должно обрести нормативно-правовой характер, поскольку неразрывно связано с содержанием и системой основополагающих начал (принципов) уголовного судопроизводства и, в частности, принципом состязательности сторон. Ведь понятие, природа, сущность и значение каждого конкретного начала уголовного процесса, как и вся их система, базируются на общей дефиниции принципов уголовного процесса. Иначе говоря, понятие принципов уголовного процесса и каждый из них в отдельности представляет собой единое целое, в котором приоритет принадлежит дефиниции принципа процесса как его первооснове.

Вот почему закономерен вопрос о том, требуется ли декретировать дефиницию такой научно-практической категории, как принципы уголовного

процесса. Думается, что на основе приведенных доводов на поставленный вопрос надлежит ответить положительно.

Название главы II УПК сформулировано следующим образом: «Принципы уголовного судопроизводства». В ней содержится ст. 15, которая раскрывает содержание принципа состязательности сторон. В главе 1 ст. 5 под названием «Основные понятия, используемые в настоящем кодексе» имеются определения уголовного преследования, сторон, участников уголовного судопроизводства и др. (п.п. 55, 45, 58 ст. 5 УПК). Однако ни в одном из представленных пунктов ст. 5 УПК не дается определения принципов уголовного процесса, хотя на необходимость закрепления подобного понятия неоднократно указывалось при разработке проекта УПК.<sup>26</sup> Хотя, как известно, были и противники законодательной регламентации, например, А.В. Гриненко видит структуру УПК не вполне удачной, поскольку она предусматривает вынесение большого количества понятий в ст. 5 Кодекса. Это, по его мнению, может вызвать значительное неудобство ввиду того, что правоприменитель далеко не всегда будет помнить содержание того или иного положения, а иные участники уголовного процесса, не имеющие специального юридического образования, тем более будут не в состоянии правильно распоряжаться имеющимися у них правами.<sup>27</sup>

В результате чего понятие принципов уголовного процесса в настоящее время - это доктринальная, а не нормативно-правовая категория. Всецело радуя за законодательное закрепление понятия уголовно-процессуального принципа считаем, что это необходимо для процессуальной науки. Ибо востребованное теорией и практикой расширение терминологического аппарата науки является прямым свидетельством её планомерного совершенствования в постоянно трансформирующихся различного рода связях и отношениях, в том числе уголовно-процессуальных. Поэтому, несмотря на ряд критических воззрений ученых-процессуалистов, мы считаем целесообразным закрепить понятие принципов уголовного

процесса в ст. 5 УПК следующим образом: принципы уголовного судопроизводства – это закрепленные в правовых нормах основополагающие начала, требования, определяющие предмет и метод процессуального регулирования, направления деятельности участников уголовного судопроизводства, обеспечивая при этом эффективную защиту прав, свобод и законных интересов личности, общества, государства.

Научное определение понятия принципов уголовного судопроизводства необходимо для правильного применения норм действующего права. Поэтому исследование понятия принципов уголовного судопроизводства не может рассматриваться как что-то абстрактное, теоретическое, далекое от повседневной деятельности органов предварительного расследования, прокуратуры и суда. Ведь принципы уголовного судопроизводства - это положения, которые определяют его природу, социальную сущность и политическую направленность. Они не стоят где-то над практической деятельностью по возбуждению, расследованию, рассмотрению и разрешению уголовных дел, а реализуются непосредственно в этой деятельности, выражая в обобщенном виде её надлежащие направление и правовую суть.

---

<sup>1</sup> В дальнейшем УПК

<sup>2</sup> См.: Демидов И.Ф. Принципы уголовного процесса// В кн.: Курс советского уголовного процесса. Общая часть. М., 1989. С. 136

<sup>3</sup> См.: Там же. С. 137.

<sup>4</sup> См.: Мотовиловкер Я.О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. Ярославль, 1978. С. 72-73; Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. М., 1971. С. 97 и др.

<sup>5</sup> См.: Тыричев И.В. Принципы уголовного процесса. М., 1983. С.6

<sup>6</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1982. С. 98.

- <sup>7</sup> См.: Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С.83-84.; Ульянова Л.Т. Принципы уголовного процесса// В кн.: Уголовный процесс/под ред. К.Ф. Гуценко. М., 1996. С.49.
- <sup>8</sup> См.: Зажицкий В.И. Правовые принципы в законодательстве РФ // Государство и право. 1996. № 11. С. 93
- <sup>9</sup> См.: Савицкий В.М. К вопросу о системе принципов советского уголовного процесса // Советское государство и право. 1950. № 1. С.45; Эту же точку зрения разделяет В.В. Городилов. См.: Городилов В.В. О понятии принципа советского уголовного процесса// Научные труды Омской Высшей школы милиции МВД СССР. Вып. 5. Омск, 1969. С.80-81; Томин В.Т. О понятии принципа советского уголовного процесса// Труды Высшей школы МООП РСФСР. Вып. 12. М., 1965. С.193,194,195
- <sup>10</sup> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 93 – 94.
- <sup>11</sup> См.: Строгович М.С. Уголовный процесс. М., 1946. С.72
- <sup>12</sup> См.: Гуткин И.М. Принципы советского уголовного процесса// В кн.: Советский уголовный процесс. М.,1982. С.49-51; Чеканов В.Я. Принципы (Основные начала) советского уголовного процесса// В кн.: Советский уголовный процесс. Саратов, 1986. С.68-70; Ларин А.М. Уголовный процесс, структура права и структура законодательства. М., 1985. С.21
- <sup>13</sup> См.: Явич Л.С. Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. М., 1978. С. 196; Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 210-211.
- <sup>14</sup> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С.92.
- <sup>15</sup> См.: Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса: Издательство МГУ, 1956. С.83,84; Элькин П.С. Уголовно-процессуальное право// Сборник «40 лет советского права». Т.2: Издательство ЛГУ, 1957. С.602; Якуб М.Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права: Издательство МГУ, 1960. С.26-27; Чельцов М.А. Советский уголовный процесс: Госюриздат, 1962. С.43
- <sup>16</sup> См.: Баландин В.Н. Принципы юридического процесса: автореф. дисс... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С.5
- <sup>17</sup> Принцип – основное, исходное положение какой – либо теории, учения, науки; Руководящее положение, основное правило, установка для какой - либо деятельности. Начало – основа. См.: Словарь русского языка/ под ред. А.П. Евгеньевой. В четырех томах. Т.2. М., 1986. С.414; Т.3. М., 1987. С.428
- <sup>18</sup> Краткий этимологический словарь русского языка/ под ред. С.Г. Бархударова. М., 1971. С.365
- <sup>19</sup> Уголовный процесс/ отв. ред. И.С. Алексеев, В.З. Лукашевич, П.С. Элькин. М.: Юрид.лит., 1972. С.64; Тыричев И.В. Принципы советского уголовного процесса. М., 1983. С.12
- <sup>20</sup> Советский уголовный процесс / под ред. М.И. Бажанова и Ю.М. Грошевого. Киев, Выща школа, 1978. С.48; Мотовиловкер Я.О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса., 1978. С.22
- <sup>21</sup> Советский уголовный процесс/ под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Lupинской, И.В. Тыричева. М.: Юрид.лит, М.: Юрист, 1997. С.92
- <sup>22</sup> См.: Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С.16
- <sup>23</sup> См.: Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России в вопросах и ответах: учебное пособие. М.: Юристъ, 2002. С.59-60
- <sup>24</sup> См.: Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001. С.41-42
- <sup>25</sup> См.: Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С.30-33
- <sup>26</sup> См.: Мартынич Е.Г., Маржинян Ю.И. Принципы уголовного процесса и правосудия: эволюция понятия, соотношение и совершенствование законодательных регламентаций // Российский судья. 2001. №2. С.30.
- <sup>27</sup> См.: Гриненко А.В. Юридическая конструкция уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации// Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2002. С.17-18

# К ВОПРОСУ О ДИСПОЗИТИВНОСТИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

*ТАРНАВСКИЙ О.А.,*

*к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса ГОУ ВПО «ОГУ» (г. Оренбург)*

*e-mail: seva\_oren@mail.ru; тел. 22-74-94*

*Ключевые слова:* диспозитивность, принцип уголовного судопроизводства, принцип публичности, частные начала

*В статье автором исследуется правовая категория диспозитивность применительно к уголовному судопроизводству. Обосновывается необходимость законодательной регламентации принципа диспозитивности и его практическая реализация в сфере уголовного процесса.*

*Key words:* dispositivity, principle of criminal court proceedings, principle of publicity, private prosecution basis.

*In this article the author analyses the legal category of dispositivity concerning criminal court proceedings. The necessity of regulation of the dispositivity principle and it's practical realisation in the sphere of criminal proceeding is described here.*

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации<sup>1</sup> в ст. 6 определил назначением уголовного судопроизводства: 1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления; 2) защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Уголовное преследование и назначение

виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию.

Как отмечает И.Б. Михайловская, позитивная сторона действующей законодательной формулировки социального назначения уголовного судопроизводства состоит, во-первых, в том, что она лишает нормативной почвы тезис о борьбе с преступностью как цели процессуальной регламентации функционирования уголовной юстиции. Во-вторых, сам термин «защита» как бы противостоит «карательным угрозам» уголовного закона (недаром уголовное право принято рассматривать как меч в руках государства, а уголовный процесс – как щит, которым защищается личность). В-третьих, с учетом десятилетиями сложившегося на практике (прежде всего управленческой) отрицательного отношения к прекращению уголовного преследования и оправданию подсудимого законодатель предпринял попытку изменить ситуацию.<sup>2</sup>

Если характеризовать ныне действующий УПК РФ, то, прежде всего, следует обозначить закрепленные в нем принципиально новые черты уголовного судопроизводства. УПК РФ содержит такую систему судопроизводства, которая ориентирует на защиту прав и законных интересов не только лиц, пострадавших от преступлений, а также и организаций и защиту личности от незаконного, необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Это означает, что лицу, вовлеченному в сферу уголовного судопроизводства, в любом его процессуальном качестве, обеспечивается защита его прав и законных интересов. Соответственно, деятельность органов преследования (обвинения) и суда должна быть соразмерной правам и свободам человека, гарантированным Конституцией РФ, как имеющая высшую юридическую силу и прямое действие.



Соответственно назначению уголовного судопроизводства трансформировались и его принципы, закрепленные в главе 2 УПК РФ. Принципы уголовного судопроизводства образуют в своей совокупности систему взаимосвязанных, взаимозависимых и непротиворечивых положений, каждое из которых обладает качественным своеобразием. Система принципов как целостное образование оказывает системообразующее воздействие на остальные нормы уголовно-процессуального права, которые выстраиваются в логической последовательности и диалектической взаимосвязи и которые должны соответствовать и не противоречить системе принципов и отдельным принципиальным положениям.<sup>3</sup> Система принципов определяется типом уголовного процесса и его целями. К примеру, система принципов розыскного и состязательного процесса не будут идентичными, все зависит от расставленных приоритетов.

В соответствии с заявленными приоритетами российский законодатель постарался выстроить и систему принципов уголовного процесса. Безусловно в сравнении с ранее закрепленной, ныне действующая совокупность принципов имеет значительное преимущество для российской правовой системы и приближает ее к международно-правовым стандартам. Речь, в частности, идет о закреплении таких принципов судопроизводства как: уважение чести и достоинства личности (ст. 9 УПК РФ); охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст. 11 УПК РФ); право на обжалование процессуальных действий и решений (ст. 19 УПК РФ) и т.д. В тоже время можно согласиться с мнениями ученых-процессуалистов о том, что система принципов уголовного судопроизводства требует дальнейшего совершенствования и преобразования, поскольку не все основополагающие начала нашли в ней свое отражение. В условиях реализации конституционного принципа приоритетности прав и свобод личности большое значение приобретают частные начала, вводимые в уголовное судопроизводство. Однако волеизъявление лиц в рамках

производства по уголовному делу, с нашей точки зрения, недостаточно пока еще отражено в действующем УПК РФ, несмотря на многочисленные предложения ученых-процессуалистов.

А.П. Гуськова отмечает, что с принятием УПК РФ диспозитивность в уголовном судопроизводстве находит свое проявление не только в самой деятельности по делам частно-публичного и частного обвинения, но и непосредственно в самой правоприменительной деятельности субъектов процесса по делам, в которых выражен публичный интерес. Процесс может развиваться по инициативе сторон, отстаивающих свои или представляемые частные (личные) интересы. Движение процесса будет зависеть в конечном итоге от сторон, от их интереса, но отнюдь не от суда.<sup>4</sup>

Что же представляет собой диспозитивность как правовая категория? О.И. Рогова предлагает рассматривать диспозитивность как ограниченную рамками уголовно-процессуального закона свободу в распоряжении предметом уголовного процесса, правами и обязанностями в ходе процесса его участниками. Право свободного выбора поведения, по ее мнению, заключается в определенных границы, в рамках которых его господство безусловно. Участник процесса, таким образом, может распоряжаться предметом процесса, своими правами и обязанностями, только если не будут нарушены права других лиц – участников процесса.<sup>5</sup>

Л.Н. Масленникова трактует диспозитивность в уголовном процессе как начало, ограничивающее принцип публичности, ограничивающее пределы вмешательства государственной власти волей частных лиц, а именно, рассматривает диспозитивность как произвольность действий частных лиц в процессе, в силу чего государственные органы и должностные лица в установленных законом пределах осуществляют процессуальную деятельность настолько, насколько частные лица признают необходимым возбуждать эту деятельность в виде защиты своих интересов путем распоряжения субъективными правами как средствами их защиты.<sup>6</sup>

Свобода волеизъявления личности в уголовном процессе российского государства регламентируется, как говорится, «из крайности в крайность». В период становления правовой системы господствовал взгляд на преступление как на личную обиду и на наказание как на месть за нее. Вообще такая позиция, для отдельных категорий преступлений (причем несправедливо, с нашей точки зрения, была ограничена четырьмя составами УК РФ), имеет свое рациональное зерно, за исключением той ее части, в которой потерпевший полностью лишался государственной поддержки и был вынужден сам обеспечивать продвижение своего иска. Далее с развитием государственного единства, как отмечает Л.Н. Масленникова, в обществе постепенно росло сознание, что преступление нарушает общий правовой порядок, карательные меры принимают значение функции, отправляемой в интересах всего государства. Это изменение в принципах права отражается тотчас на структуре процесса. Начало свободного определения уступает место принципу публичности – этому краеугольному камню процесса следственного. При господстве нового начала в процессе нет уже более места произволу частных лиц: государство преследует преступника независимо от воли пострадавшего, примирение сторон не оказывает влияния на ход дела.<sup>7</sup> Далее на смену всем предыдущим приходит процесс смешанный, который, как представляется, должен и дальше трансформироваться в соответствии с потребностями личности, общества, международного сообщества. Так, в частности, Ф. Багаутдинов отмечает, что одним из основных положений Концепции судебной реформы в Российской Федерации явилась идея о расширении частных начал в уголовном процессе. В самом общем понимании это означает расширение свободы действий частных лиц. Речь главным образом идет о потерпевшем и обвиняемом. Расширение частных начал в уголовном и уголовно-процессуальном праве – веление времени. Закон должен предусматривать разумное соотношение публичного и частного начал, исходя из интересов в первую очередь потерпевшего и обвиняемого, а также государства в лице его органов.<sup>8</sup> С данной позицией,

представляется возможным согласиться, хотя мы и не разделяем отдельных ее аспектов (в частности, автор считает синонимами диспозитивное и частное начала, а также акцентирует внимание только на таких участниках судопроизводства, как потерпевший и обвиняемый).

С учетом того, что во главе угла всей правовой системы, в том числе и отрасли уголовно-процессуального права, представлена личность, то частные начала, диспозитивность в уголовном судопроизводстве подлежат максимальному расширению и требуют своей законодательной регламентации. Еще в 1999 году И.Л. Петрухин обоснованно отмечал: «Сильные публичные начала характерны для инквизиции и полицейского государства. Преобладание диспозитивности свойственно зрелому гражданскому обществу и демократическому государству».<sup>9</sup> Далее эту позицию развили некоторые исследователи, в том числе и А.А. Шамардин, который в 2001 году писал, что признание того, что принцип публичности преобладает в уголовном процессе, стало почти аксиомой. Большинство авторов если и пишут о диспозитивности в уголовном процессе, то связывают этот принцип лишь с производством по делам частного и частно-публичного обвинения. По нашему мнению, такая постановка вопроса в принципе не совсем верна. Во-первых, если Конституция РФ и Уголовный кодекс РФ признали приоритетными именно интересы личности, то уголовный процесс может и должен существовать, прежде всего, ради интересов пострадавшего от преступления лица, а не безликого государственного интереса. Во-вторых, диспозитивность свойственна не отдельной категории дел, а судебному процессу вообще.<sup>10</sup>

За прошедший период времени конечно содержание уголовно-процессуального закона претерпело существенные изменения (законодатель отказался от категории объективная истина, значительно расширил состязательные начала в уголовном судопроизводстве и т.д.), хотя, принцип диспозитивности в уголовном судопроизводстве так и не получил законодательное закрепление в рамках главы 2 УПК. Представляется, что

этот пробел должен быть восполнен, поскольку именно наличие данного принципа положит перспективу дальнейшего расширения частного начала в уголовном процессе. По мнению Е.А. Седаш, частное начало уголовного судопроизводства есть правовая форма осуществления свободы личности в уголовном процессе, которая выступает средством обеспечения и защиты прав и интересов личности при осуществлении уголовно-процессуальной деятельности, так как гарантирует участникам процесса и другим лицам возможность самостоятельного отстаивания своих интересов в уголовном деле.<sup>11</sup> Разве не на это должен сегодня быть нацелен законодатель, ориентируясь на международно-правовые стандарты?

Если ранее диспозитивные начала определялись эпизодическим проявлением в ходе производства по уголовному делу, то в наше время все большее их распространение (начиная с назначения уголовного судопроизводства) не позволяет ограничиваться исследованием диспозитивности только лишь на теоретическом уровне, а требует законодательной регламентации. Таким образом, представляется вполне целесообразным закрепить в системе принципов уголовного процесса принцип диспозитивности. Категория «диспозитивность» в уголовном процессе, как видится, наделена уже всеми необходимыми для этого свойствами и признаками, кроме нормативности. Исходя из определения принципа уголовного процесса, как основополагающего руководящего начала, положенного в основу определенного явления, процесса, деятельности, распространяющего свое действие на все этапы уголовного судопроизводства, можно отметить, что диспозитивность этому соответствует.

В гражданском судопроизводстве, как известно, диспозитивность уже давно признана принципом соответствующей отрасли права, предоставляя возможность участникам гражданского процесса распоряжаться процессуальными средствами защиты. Как отмечает Е.А. Седаш, диспозитивность – это принцип гражданского судопроизводства,

определяющий механизм движения гражданского процесса. Он является отражением автономного положения субъектов спорных гражданских правоотношений. Основным движущим началом гражданского судопроизводства служит инициатива участвующих в деле лиц. В соответствии с принципом диспозитивности гражданские дела, по общему правилу, возникают, развиваются, изменяются, переходят из одной стадии процесса в другую и прекращаются под влиянием, главным образом, инициативы участвующих в деле лиц.<sup>12</sup> Конечно, в уголовном судопроизводстве данный принцип не будет наделять столь широким содержанием в отношении всех без исключения уголовных дел, но все же некоторая схожесть присутствует.

Принцип диспозитивности в уголовном судопроизводстве можно определить как зависимость движения дела (его возбуждение, формулирование предъявляемых требований, возможность примирения, отказ от поддержания обвинения и др.) от волеизъявления сторон. Термин "dispositio" переводится с латыни как «усмотрение». Следовательно, диспозитивность - это в первую очередь возможность сторон распорядиться процессуальными правами, предопределяющими возникновение, движение и окончание процесса, то есть их право совершать распорядительные действия, от которых зависит юридическая судьба дела. Действия суда здесь ограничены желанием сторон, а одним из прав последних является возможность отказаться от этого государственного содействия и решить спор соглашением. Принцип диспозитивности также предполагает, что государство не должно вмешиваться в конфликт между частными лицами, если его интересы при этом не затрагиваются.<sup>13</sup>

В итоге можно заключить, что российское уголовно-процессуальное законодательство, безусловно, будет еще не раз подвергаться реформированию и трансформации, поэтому, необходимо, чтобы данные процессы происходили с учетом интересов личности и были обусловлены защитой ее прав и свобод. В связи с чем, проблемные вопросы

диспозитивности и частных начал в уголовном судопроизводстве, представляются сегодня как наиболее актуальные.

---

<sup>1</sup> Далее сокращенно УПК

<sup>2</sup> Михайловская, И.Б. Социальное назначение уголовной юстиции и цель уголовного процесса // Государство и право. – 2005. - № 5. – С. 115.

<sup>3</sup> Проценко, В. Критерий систематизации принципов уголовного судопроизводства // Российская юстиция. – 2005. - № 1-2. – С. 87.

<sup>4</sup> Гуськова, А.П. Личность и диспозитивность в уголовно-процессуальном праве / Ученые записки: сборник научных трудов юридического факультета Оренбургского государственного университета. – Выпуск 1. – Оренбург: РИК ГОУ ОГУ, 2004. – С. 6.

<sup>5</sup> Рогова, О.И. Пределы проявления диспозитивности в уголовном судопроизводстве: Автореф. дисс...канд. юр. наук. – Томск, 1994. – С. 9.

<sup>6</sup> Масленникова, Л.Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России: Дисс. на соиск. уч. ст. д.ю.н. – М., 2000. – С. 174-175.

<sup>7</sup> Там же. - С. 102.

<sup>8</sup> Багаутдинов, Ф. Расширение частных начал в уголовном процессе // Российская юстиция. – 2002. - № 2. – С. 16.

<sup>9</sup> Петрухин, И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Российская юстиция. – 1999. - № 3. – С. 24.

<sup>10</sup> Шамардин, А.А. Частные начала обвинения и становление принципа диспозитивности в уголовном процессе России: Автореф. дисс...канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2001. – С. 9.

<sup>11</sup> Седаш, Е.А. Частное начало в Российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дисс....канд. юрид. наук. – Саратов, 2000. – С. 8.

<sup>12</sup> Там же. – С. 18.

<sup>13</sup> Шамардин, А.А. Указ. соч. – С. 8.

## СУБЪЕКТЫ АПЕЛЛЯЦИОННОГО ПРОИЗВОДСТВА

**ШМЕЛЕВА Е.С.,**

**к.ю.н., преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и**

**криминалистики, Оренбургский институт**

**(филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина**

**460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8 (3532) 72–22–77,**

***shmelevaes@mail.ru***

**Ключевые слова:** классификация субъектов стадии апелляционного производства (по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации); полномочия государственного обвинителя по обжалованию судебного решения в апелляционную инстанцию; лицо, в отношении которого прекращено уголовное преследование, как субъект апелляционного обжалования; разъяснение Верховного Суда Российской Федерации относительно субъектов апелляционного обжалования.

В статье приводится авторская классификация субъектов стадии апелляционного производства (по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации), обосновывается значение данной классификации, анализируется позиция Верховного Суда Российской Федерации относительно субъектов апелляционного обжалования (в уголовном процессе), вскрывается несовершенство законодательства в рамках регламентации вопроса о субъектах апелляционного производства, предлагается новая редакция соответствующих норм действующего Уголовно-процессуального кодекса.

**Key words:** parties to appellate proceeding, authority of a public prosecutor to lodge a protest against a court sentence with higher courts, party to



*appellate proceeding against whom the prosecution was abated, the RF Supreme Court interpretation concerning parties in appeal process.*

*The author provides her classification of parties to appellate proceeding (according to the RF Code of criminal procedure), settles down the implication of this classification, interprets the Supreme Court approach concerning parties in appeal process (under Criminal law), identifies shortcomings of current legislation on the matter, and proposes a revised version of respective norms within the Code of criminal procedure in force.*

Обращаясь к субъектам апелляционного производства, мы полагаем возможным разделить их на три группы: субъекты апелляционного обжалования; лица, участвующие в заседании суда апелляционной инстанции; субъект пересмотра решений мирового судьи.

**Субъектами апелляционного обжалования**, во-первых, являются лица, участвующие в уголовном деле и перечисленные в ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК<sup>1</sup>, а также вышестоящий прокурор (ч. 4 ст. 354 УПК).

Анализ ч. 1 ст. 323, ч. ч. 4–5 ст. 354, ч. 3 ст. 363 в контексте глав 6–7 и ч. 1 ст. 354 УПК свидетельствует о том, что субъектами апелляционного обжалования («апеллянтами»<sup>2</sup>, «апелляторами»<sup>3</sup>) решений мировых судей являются вступавшие в правоотношения в первой инстанции обозначенные законодателем (ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК) участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения (глава 6 УПК) и участники уголовного судопроизводства со стороны защиты (глава 7 УПК). Это «заинтересованные лица, правомочные в силу закона к приношению апелляционного... отзыва<sup>4</sup>...»<sup>5</sup>. Субъектом апелляционного обжалования является и вышестоящий прокурор, который, вступая в уголовно-процессуальные правоотношения с момента подачи представления (п. 27 ст. 5 УПК), становится участником уголовного судопроизводства со

стороны обвинения (глава 6 УПК), не являясь при этом стороной процесса в первой инстанции.

Полагаем возможным разделить предусмотренных УПК субъектов апелляционного обжалования в зависимости от природы своего происхождения на физических и юридических лиц. При этом к юридическим лицам, как субъектам апелляционного обжалования, будут относиться гражданский истец (гражданский ответчик)-организация (ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 54 УПК, ч. 1 ст. 48 ГК РФ, а также потерпевший-юридическое лицо (ч. ч. 1, 9 ст. 42 УПК). Круг физических лиц, как субъектов апелляционного обжалования, образуют все остальные «жалобщики», перечисленные законодателем, в том числе гражданский истец (гражданский ответчик)-физическое лицо (ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 54 УПК), а также потерпевший-физическое лицо (ч. 1 ст. 42 УПК).

Всех лиц, правомочных обжаловать судебное решение в апелляционную инстанцию, перечисленных в ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК, можно сгруппировать, взяв за основу критерий объема их полномочий<sup>6</sup>. Лицами, полномочными обжаловать решение мирового судьи в полном объеме, являются осужденный (ч. 2 ст. 19 УПК), его защитник и законный представитель, государственный обвинитель, потерпевший и его представитель. С 4 июля 2003 г. данная группа субъектов была дополнена вышестоящим прокурором<sup>7</sup>. Оправданного же, его защитника и законного представителя наряду с гражданским истцом, гражданским ответчиком и их представителями, как видится, следует отнести ко второй группе субъектов апелляционного обжалования, наделенных законом возможностью выдвинуть «претензии» относительно определенной части решения мирового судьи. Так, ч. 2 ст. 370 УПК закрепляет, что «оправдательный приговор может быть изменен в части мотивов оправдания по жалобе оправданного». Представляется, что по смыслу п. 8 ч. 4 ст. 47, ст. 48, п. 10 ч. 1 ст. 53, ч. 4 ст. 354, п. 5 ч. 1 ст. 428 УПК таким же правом обладают защитник оправданного и его законный представитель.

Что касается гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, то границы их апелляционных требований определены в ч. 5 ст. 354 УПК и охватывают «... судебное решение в части, касающейся гражданского иска».

Согласно научным изысканиям, в объем апелляционных требований истца и ответчика (их представителей) следует включить изменение мотивов оправдательного приговора<sup>8</sup>. Обращение к ч. 2 ст. 306 УПК свидетельствует о том, что «при постановлении оправдательного приговора... по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части первой статьи 24 и пунктом 1 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, суд отказывает в удовлетворении гражданского иска. В остальных случаях суд оставляет гражданский иск без рассмотрения. Оставление судом гражданского иска без рассмотрения не препятствует последующему его предъявлению и рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства». Получается, что постановление оправдательного приговора в случае, если не установлено событие преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24, п. 1 ч. 2 ст. 302 УПК) или подсудимый не причастен к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27, п. 2 ч. 2 ст. 302 УПК), обязывает мирового судью отказать в удовлетворении гражданского иска. Подобный отказ делает невозможным его предъявление и в гражданско-процессуальном порядке. В случае допущения мировым судьей ошибки в определении основания вынесения оправдательного приговора очевидна невозможность для гражданского истца, гражданского ответчика (их представителей) возместить им моральный либо материальный вред, причиненный противоправным посягательством. В этом случае, как видится, «не работает» конституционное положение о гарантированности каждому судебной защиты его прав и свобод (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ). Если же мировой судья в основание принятого решения ошибочно положит отсутствие состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24, п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК), то чтобы добиться защиты своих интересов, истцу и ответчику (их

представителям) придется начинать судебную тяжбу в порядке гражданского судопроизводства.

Включение законных представителей и представителей в число субъектов апелляционного обжалования предусмотрено рядом статей УПК, выходящих за рамки раздела XIII УПК «Производство в суде второй инстанции». Ч. 3 ст. 45 УПК закрепляет, что «законные представители и представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя имеют те же процессуальные права, что и представляемые ими лица». В числе прав потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя – право на обжалование судебного решения (п. 19 ч. 2 ст. 42, п. 18 ч. 4 ст. 44, ч. 7 ст. 318 УПК). Законные представители осужденного, оправданного (ст. 48 УПК) наделены подобным правом напрямую п. 5 ч. 1 ст. 428 УПК. Отсылочный характер носит положение ч. 2 ст. 55 УПК о том, что «представитель гражданского ответчика имеет те же права, что и представляемое им лицо», а п. 14 ч. 2 ст. 54 УПК подтверждает наличие права гражданского ответчика обжаловать судебное решение. В этой связи нам представляется, что нет необходимости еще раз подчеркивать принадлежность права обжалования судебного решения представителям и законным представителям в ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК, а также в иных нормах глав 43–44 УПК.

«Полезно было бы различать... полномочия публичных органов... для которых принесение апелляции является средством обеспечения публичного интереса, и иных апелляторов – частных лиц, которые используют апелляцию (жалобу) для достижения своих частных интересов»<sup>9</sup>. Действительно, подача апелляционной жалобы предусмотрена со стороны таких субъектов обжалования, как осужденный, оправданный, их защитники и законные представители, потерпевший и его представитель, гражданский истец, гражданский ответчик или их представители (ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК). В противовес им государственный обвинитель или вышестоящий прокурор, то есть лица должностные подают апелляционное представление (п. 2 ст. 5,

ч. 2 ст. 354 УПК и другие). При этом если ч. 3 ст. 478 УПК РСФСР 1960 г. предусматривала, что «прокурор обязан опротестовать незаконный или необоснованный приговор мирового судьи или его постановление о прекращении дела в апелляционном порядке», то ч. 4 ст. 354 УПК наделяет должностное лицо правом обжалования судебного решения. Однако Л.Ф. Мартыняхин подчеркивает, что такой субъект «...не только вправе, но и обязан внести представление на любое незаконное или необоснованное решение...»<sup>10</sup>. Данная позиция автора объяснима в контексте ч. 3 ст. 1 ФЗ «О прокуратуре РФ» от 17 ноября 1995 г. № 168–ФЗ: «Прокуроры в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации участвуют в рассмотрении дел судами, арбитражными судами (далее – суды), опротестовывают противоречащие закону решения, приговоры, определения и постановления судов». Подчеркнуто это и в ч. 1 ст. 36 данного нормативно-правового акта: «Прокурор или его заместитель в пределах своей компетенции приносит в вышестоящий суд кассационный или частный протест либо протест в порядке надзора, а в арбитражный суд – апелляционную или кассационную жалобу либо протест в порядке надзора на незаконное или необоснованное решение, приговор, определение или постановление суда». А.Н. Разинкина, напротив, опираясь на ч. 4 ст. 354 УПК, делает акцент на праве, а не на обязанности государственного обвинителя реагировать на неправомерные судебные решения<sup>11</sup>.

При сравнении главы 41 УПК РСФСР 1960 г., п. 27 ст. 5, глав 43–44 УПК обращает на себя внимание сегодняшний выбор акта прокурорского реагирования, вносимого в апелляционном порядке, не в пользу протеста. «Жалоба и представление имеют равное процессуальное значение»<sup>12</sup>, – обращает внимание Т.Ю. Нечипоренко. Еще в период действия советского Кодекса М. Краснов указывал на необходимость отказаться от понятия «протест»: «Должно существовать только обжалование судебных решений, причем с равным правом и для прокуроров, и для обычных граждан»<sup>13</sup>.

В первоначальной редакции ч. 4 ст. 354 УПК единственным должностным лицом, правомочным обжаловать в апелляционном порядке решение мирового судьи, признавался государственный обвинитель. По данному поводу в литературе встречались высказывания о том, что подобная установка закона соответствовала принципам состязательности и равноправия сторон, закрепленным в УПК<sup>14</sup>. Однако обнаруживалась и критика процессуалистами данного предписания<sup>15</sup>, суть которой можно изложить словами из Концепции судебной реформы: «Инициаторами пересмотра приговора могут быть лишь стороны (подсудимый, его защитник, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, государственный обвинитель) или вышестоящее лицо прокурорского надзора»<sup>16</sup>. Наконец, 4 июля 2003 г. эта позиция нашла отклик в ч. 4 ст. 354 УПК<sup>17</sup>. А.Н. Разинкина отмечает это как «...безусловно положительный факт...»<sup>18</sup>. В свою очередь, Генеральная прокуратура приказывает: «В случаях, если по каким-либо причинам государственным обвинителем не принесено апелляционное или кассационное представление на неправосудный приговор, определение или постановление суда, вышестоящему прокурору, используя предоставленное законом право, своевременно приносить апелляционное или кассационное представление на не вступившее в законную силу судебное решение»<sup>19</sup>.

Невозможно не заметить, что именно термин «государственный обвинитель» как нельзя лучше подчеркивает статус прокурора (п. 6 ст. 5 УПК) в апелляционном процессе. Положение о непосредственном исследовании доказательств в апелляции (ч. 1 ст. 365 УПК) позволяет говорить о прокуроре как о «государственном обвинителе» с момента назначения судебного заседания (ст. 364 УПК). Недаром законодатель пишет об обязательном участии в судебном заседании апелляционной инстанции именно «государственного обвинителя» (п. 1 ч. 3 ст. 364 УПК). В суде он «...представляет доказательства и участвует в их исследовании, излагает суду свое мнение по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, высказывает суду

предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания» (ч. 5 ст. 246, ч. 1 ст. 365 УПК).

Не раскрывает законодатель того, кто именно является вышестоящим прокурором, полномочным обжаловать приговор (постановление) мирового судьи. А.Н. Разинкина полагает, что им может быть «...прокурор района (его заместитель), если государственное обвинение поддерживает помощник прокурора района»<sup>20</sup>. «В то же время полагаем, что правом обжалования следовало бы наделить прокурора, утвердившего обвинительное заключение»<sup>21</sup>. Если же прокурор района сам поддерживал государственное обвинение, то решение по этому делу вправе обжаловать вышестоящий прокурор, то есть прокурор субъекта»<sup>22</sup>. Логика автора бесспорна ввиду законодательно закрепленных единства и централизации органов прокуратуры (ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 4 ФЗ «О прокуратуре РФ» от 17 ноября 1995 г. № 168–ФЗ).

При этом «если судебное решение обжаловано и государственным обвинителем, и вышестоящим прокурором, то вне зависимости от содержания приведенных в них доводов (правовых оснований) рассмотрению подлежат оба представления при условии, что поданы они в срок, установленный законом»<sup>23</sup>.

Обозначенный нами круг «жалобщиков»-частных лиц не исчерпывается содержанием ст. 354 УПК. Многие процессуалисты отмечают, что по смыслу уголовно-процессуального закона их перечень следует расширить за счет законного представителя потерпевшего (ст. 45 УПК), частного обвинителя (ст. 43, ч. 7 ст. 318, ч. 4 ст. 359, п. 2 ч. 3 ст. 364, ч. 2 ст. 369, ч. 1 ст. 370 УПК) и представителя частного обвинителя (ст. 45 УПК)<sup>24</sup>. Логично отнести данных субъектов к группе лиц, обжалующих приговоры (постановления) мирового судьи в полном объеме. Думается, не следует исключать и законных представителей гражданского истца (ч. 3 ст. 44, ч. 3 ст. 45 УПК), гражданского ответчика (п. 12 ст. 5, ч. 1 ст. 54

УПК<sup>25</sup>), соответственно обжалующих решение мирового судьи в части гражданского иска.

Что касается частного обвинителя и его представителя, то в ст. 478 УПК РСФСР 1960 г. (сейчас ей соответствует ст. 354 УПК) они были прямо указаны. Отсутствие частного обвинителя (его представителя) в нынешнем перечне субъектов апелляционного (кассационного) обжалования (ч. 4 ст. 354 УПК) вовсе не означает того, что у него нет такого права. Наше утверждение основано на том, что, во-первых, о частном обвинителе (его представителе) отдельно упоминается в других статьях глав 43–44 УПК (ч. 4 ст. 359, п. 2 ч. 3 ст. 364, ч. 1 ст. 370 УПК). Кроме того, в ч. 1 ст. 358 УПК законодатель использует термин «обвинитель». Опираясь на п. п. 6, 59 ст. 5 и ч. ч. 1–3 ст. 246 (ч. 1 ст. 365) УПК, приходим к выводу, что данное понятие является собирательным, охватывающим и государственного, и частного обвинителя. Во-вторых, согласно ч. ч. 1–2 ст. 323 УПК, обжалование приговора и постановления мирового судьи осуществляется сторонами, представителем одной из которых и является частный обвинитель (его представитель) (ст. ст. 43, 45 главы 6 УПК). При сравнении понятий «потерпевший» и «частный обвинитель» первое понятие частично включает в себя второе. Частный обвинитель – это потерпевший (или его законный представитель), но только по определенной категории уголовных дел – по делам частного обвинения (п. 59 ст. 5, ч. 2 ст. 20, ч. 8 ст. 42, ч. 1 ст. 43, ч. ч. 1–2, 7 ст. 318 УПК). Видимо, полагает законодатель, нет смысла делать акцент на частном обвинителе (его представителе) как на субъекте, правомочном обратиться с жалобой в суд апелляционной инстанции (ч. 4 ст. 354 УПК). Тогда ему необходимо быть последовательным, не упоминая отдельно частного обвинителя (его представителя) наряду с потерпевшим и его представителем и в ч. 4 ст. 359, п. 2 ч. 3 ст. 364, ч. 1 ст. 370 УПК. Нам представляется, что частный обвинитель (его представитель) могут претендовать на самостоятельное место в списке субъектов, предусмотренном ч. 4 ст. 354 УПК. В противном случае стирается



грань между делами частного обвинения, специфическими по процедуре своего производства (глава 41 УПК), и остальными делами о преступлениях, подсудных мировому судье (ч. 1 ст. 31, ч. 1 ст. 321 УПК).

Так как объектом апелляционной (кассационной) проверки являются и промежуточные постановления (определения) (ч. 2 ст. 323 УПК), то, думается, что среди субъектов обжалования следует отдельно выделить и подсудимого (ч. 2 ст. 47 УПК), а значит, и его защитника, и законного представителя (п. 8 ч. 4 ст. 47, ст. 48, п. 10 ч. 1 ст. 53, п. 5 ч. 1 ст. 428 УПК). Кроме того, субъектом апелляционного обжалования может быть и заявитель, которому было отказано в принятии заявления по делу частного обвинения либо заявление которого было возвращено (ч. ч. 1–1<sup>2</sup> ст. 319 УПК). Отметим, что законодатель не называет заявителя в числе участников уголовного судопроизводства (главы 5–8 раздела II УПК). Лишь впоследствии при принятии мировым судьей заявления по делу частного обвинения данное лицо приобретает процессуальное положение частного обвинителя (ч. 7 ст. 318 УПК), то есть одного из участников уголовного процесса (ст. 43 главы 6 УПК). В предыдущем Кодексе предусматривалось положение, при котором «лица, не являющиеся сторонами в данном деле, вправе также обжаловать постановление мирового судьи, если оно вынесено в их отношении» (ч. 5 ст. 486 УПК РСФСР 1960 г.). Не исключена такая ситуация и сегодня. Классический пример – наложение денежного взыскания за нарушение порядка в судебном заседании, оформленное постановлением мирового судьи (ч. ч. 1–2 ст. 118 УПК). В рассматриваемой ситуации денежное взыскание (ст. 117 УПК) может быть наложено не только на потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика (главы 6–7 УПК), но и свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика (ч. 2 ст. 111, глава 8 УПК), а также лицо, которое может присутствовать на процессе в силу действия гласности судебного разбирательства (ч. 6 ст. 241, ч. 1 ст. 258 УПК). Реализация подобной меры воздействия предусмотрена ч. 1 ст. 258 УПК. Полагаем, что жалобы этих лиц (то есть заявителя, свидетеля, эксперта,

специалиста, переводчика, лица, могущего оказаться в зале суда (ч. 6 ст. 241 УПК))<sup>26</sup> не должны быть оставлены без рассмотрения, так как и в современном Кодексе есть норма, свидетельствующая об этом: «Действия (бездействие) и решения... суда могут быть обжалованы в установленном настоящим Кодексом порядке участниками уголовного судопроизводства, а также иными лицами в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы» (ст. 123 УПК). В свою очередь, в основе данной нормы лежит общее право на обжалование процессуальных действий и решений (ч. 1 ст. 19 УПК). Свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика (ч. 2 ст. 111, глава 8 УПК) мы причисляем к субъектам апелляционного (кассационного) обжалования, относящимся к участникам уголовного судопроизводства, а именно: к лицам, не являющимся сторонами в уголовном деле. Заявителя (ч. ч. 1–1<sup>2</sup> ст. 319 УПК) и лицо, находящееся в зале судебного заседания (ч. 6 ст. 241 УПК), мы полагаем возможным объединить в самостоятельную группу субъектов апелляционного (кассационного) обжалования – иные лица, интересы которых затрагиваются судебным решением.

Полагаем возможным обратить внимание и на адвоката свидетеля, как на субъекта, полномочного, по нашему мнению, подать апелляционную (кассационную) жалобу. В УПК содержится нововведение, согласно которому «свидетель вправе... являться на допрос с адвокатом в соответствии с частью пятой статьи 189 настоящего Кодекса...» (п. 6 ч. 4 ст. 56 УПК). В свою очередь, ч. 5 ст. 189 УПК предусматривает, что «если свидетель явился на допрос с адвокатом, приглашенным им для оказания юридической помощи, то адвокат присутствует при допросе и пользуется правами, предусмотренными частью второй статьи 53 настоящего Кодекса». Вообще, оказание юридической помощи – понятие довольно широкое. Но законодатель (ч. 5 ст. 189 УПК) четко оговорил ее содержание применительно к деятельности адвоката свидетеля, а именно: «Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания

юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия» (ч. 2 ст. 53 УПК). Так как свидетель – это лицо, владеющее информацией, имеющей значение не только для расследования, но и разрешения уголовного дела (ч. 1 ст. 56 УПК), то явиться на допрос с адвокатом он может и в суд (глава 37 УПК). Это подтверждает и ч. 2 ст. 278 УПК, согласно которой председательствующий разъясняет свидетелю в числе прочего права, закрепленные в ст. 56 УПК. Согласно ч. 5 ст. 189 УПК, «по окончании допроса адвокат вправе делать заявления о нарушениях прав и законных интересов свидетеля. Указанные заявления подлежат занесению в протокол допроса» или в протокол судебного заседания (п. 6 ч. 3 ст. 259 УПК). Нам представляется, что адвокат свидетеля вправе не только делать соответствующие заявления, но и подавать жалобы (апелляционную, кассационную) на нарушения прав и законных интересов свидетеля, допущенные, по его мнению, судом. В этой связи мы полагаем, что адвокат свидетеля является полноправным субъектом апелляционного (кассационного) обжалования, относящимся к участникам уголовного судопроизводства, но не являющимся стороной процесса (глава 8 УПК).

Мировой судья может вынести не только обвинительный или оправдательный приговор, но и постановление (ч. 2 ст. 323, ч. 2 ст. 354 УПК), как итоговое решение по рассмотренному им делу, – постановление о прекращении уголовного дела (уголовного преследования)<sup>27</sup>. В этой связи трудно поспорить<sup>28</sup> с Н.В. Сидоровой, предлагающей дополнить список лиц, указанных в ч. 4 ст. 354 УПК, субъектом, в отношении которого мировым судьей было прекращено уголовное дело (уголовное преследование)<sup>29</sup>. Такое лицо может «не согласиться» с основаниями прекращения, положенными в основу постановления суда первой инстанции, либо с самим фактом вынесения постановления о прекращении уголовного дела (уголовного

преследования), требуя вынести оправдательный приговор. Возможность обжаловать постановление о прекращении уголовного дела напрямую заложена в ч. 2 ст. 323 УПК, согласно которой в течение 10 суток «...со дня вынесения могут быть обжалованы постановление мирового судьи о прекращении уголовного дела...». Однако соответствующий процессуальный документ определяет судьбу лица, не указанного в числе участников уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 47 раздела II УПК), а потому не ясно, каково его процессуальное положение с момента вынесения данного постановления. Несмотря на это, мы не отрицаем возможности обжалования данным лицом соответствующего акта правосудия, потому что в УПК предусмотрено общее право на обжалование процессуальных действий и решений (ст. 19 УПК), вытекающее из Конституции РФ (ст. 46). Более того, как видится, данное лицо является самостоятельным субъектом права на обжалование, и его следует признать участником уголовного судопроизводства со стороны защиты в смысле закрепления в разделе II УПК (глава 7 УПК). А пока в литературе встречается мнение о том, что лицо, в отношении которого на стадии судебного разбирательства прекращено уголовное преследование, по своему процессуальному положению приравнивается к оправданному. Соответственно, процессуальные права обвиняемого (ч. ч. 3–6 ст. 47 УПК) распространяются и на лицо, в отношении которого прекращено уголовное преследование на стадии судебного разбирательства, в части обжалования судебного решения оправданным (п. п. 16–19, 21 ч. 4 ст. 47 УПК), но с учетом тех последствий, которые влечет прекращение уголовного дела (уголовного преследования). Аналогично этому, права обвиняемого (оправданного) (ч. 2 ст. 47 УПК) в судебном производстве по рассмотрению апелляционных жалоб (представления) распространяются и на данное лицо. Как можно видеть в данном случае, из права обвиняемого (оправданного) (ч. 2 ст. 47 УПК) на защиту (ст. 16 УПК) вытекает то, что и защитник (п. 8 ч. 4 ст. 47, п. 10 ч. 1 ст. 53 УПК), и законный представитель (ч. 5 ст. 47, ст. 48, п. п. 5–6 ч. 1 ст. 428 УПК)

являются полноправными субъектами обжалования постановления суда о прекращении уголовного дела (уголовного преследования).

В то же время мы допускаем возможность рассуждать иначе. Исходя из формулировки ч. 2 ст. 47 УПК, и осужденный, и оправданный в сущности являются обвиняемыми. Вынесение судом альтернативного обвинительному (оправдательному) приговору постановления о прекращении уголовного дела (уголовного преследования) свидетельствует о том, что подсудимый (опять-таки, изначально, по своей сути, обвиняемый, согласно ч. 2 ст. 47 УПК) становится лицом, в отношении которого прекращено уголовное преследование. Значит, процессуальные права обвиняемого (ч. ч. 3–6 ст. 47 УПК) распространяются и на данное лицо с учетом тех последствий, которые влечет прекращение уголовного дела (уголовного преследования). Соответственно, данное лицо является полноправным и, подчеркнем, самостоятельным (по своему правовому положению), по нашему мнению, субъектом апелляционного (кассационного) обжалования.

Однако обращение к нормам УПК, выходящим за рамки раздела II УПК «Участники уголовного судопроизводства», выявляет противоречие в законе по рассматриваемому вопросу. В главе 18 УПК за подсудимым, «...уголовное преследование в отношении которого прекращено в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения...», предусмотрено «право на реабилитацию, в том числе право на возмещение вреда, связанного с уголовным преследованием...» (п. 2 ч. 2 ст. 133 УПК). В ч. 1 ст. 134 УПК подчеркивается признание права на реабилитацию за «...лицом, в отношении которого прекращено уголовное преследование...». В этой связи позволим себе внести предложение о дополнении ч. 2 ст. 47 УПК следующим положением: «Обвиняемый в случае прекращения уголовного дела (уголовного преследования) именуется лицом, в отношении которого прекращено уголовное преследование». Соответственно, процессуальное положение обвиняемого (ч. ч. 3–5 ст. 47 УПК) будет распространяться и на данное лицо с учетом тех последствий, которые влечет прекращение

уголовного дела (уголовного преследования). Таким образом, мы склоняемся к мысли о необходимости четкого разделения таких участников уголовного судопроизводства, как осужденный, оправданный, лицо, в отношении которого прекращено уголовное преследование.

Подлежит расширительному толкованию и перечень субъектов кассационного обжалования (ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК) за счет включения в него подозреваемого, обвиняемого, их защитников (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 8 ч. 4 ст. 47 УПК) и законных представителей (ст. ст. 48, 426 УПК), могущих «не согласиться» с постановлением районного судьи о заключении их под стражу (ч. ч. 2, 4, 11 ст. 108 УПК), а также лиц, не наделенных формальным уголовно-процессуальным статусом (потерпевшего, подозреваемого)<sup>30</sup> на досудебном производстве (часть вторая УПК).

Точку в вопросе о субъектах апелляционного (кассационного) обжалования поставил Верховный Суд РФ: «Разъяснить судам, что в соответствии с требованиями статьи 123, частей 4 и 5 статьи 354 УПК РФ не вступившие в законную силу приговор, определение, постановление суда могут быть обжалованы подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, осужденным, оправданным, лицом, уголовное дело в отношении которого прекращено<sup>31</sup>, их защитниками, законными представителями, потерпевшим, его законным представителем или представителем, гражданским истцом, гражданским ответчиком (в части, касающейся гражданского иска), их законными представителями, представителями, государственным обвинителем или вышестоящим прокурором, частным обвинителем<sup>32</sup>, а также иными лицами в той части, в которой обжалуемое судебное решение затрагивает их права и законные интересы»<sup>33</sup>.

Впоследствии законодатель дополнил перечень субъектов апелляционного обжалования (ч. 4 ст. 354 УПК) лицом, в отношении которого велось или ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, его защитником и законным представителем<sup>34</sup>.

Однако, исходя из наших рассуждений, позволим себе предложить следующий вариант содержания ч. 4 ст. 354 УПК: «Право обжалования судебного решения принадлежит подозреваемому, обвиняемому, осужденному, оправданному, их защитникам, государственному обвинителю или вышестоящему прокурору, потерпевшему, частному обвинителю, а также иным лицам, если обжалуемое судебное решение затрагивает их права и законные интересы»<sup>35</sup>.

Кроме того, мы предлагаем следующую редакцию ч. 5 ст. 354 УПК: «Гражданский истец, гражданский ответчик вправе обжаловать судебное решение в части, касающейся гражданского иска, а также основания вынесенного судом оправдательного приговора».

Теперь о **лицах, участвующих в заседании суда апелляционной инстанции**. Предлагаем разделить данную группу субъектов апелляционного производства на две подгруппы: в зависимости от обязательности участия в ходе рассмотрения уголовного дела апелляционным судом и в зависимости от предварительного участия у мирового судьи.

*В первую подгруппу*, как видится, возможно включить лиц, участие которых в апелляционной процедуре пересмотра законодатель счел обязательным, а также лиц, обязательное участие которых не требуется. В этой связи следует обратиться к ч. 3 ст. 364 УПК: «В судебном заседании обязательно участие:

- 1) государственного обвинителя;
- 2) частного обвинителя, подавшего жалобу;
- 3) подсудимого или осужденного, который подал жалобу или в защиту интересов которого поданы жалоба или представление, за исключением случаев, предусмотренных частями четвертой и пятой статьи 247 настоящего Кодекса;
- 4) защитника – в случаях, указанных в статье 51 настоящего Кодекса».

Ст. 246 УПК, предусматривая обязательное участие обвинителя в судебном разбирательстве (ч. 1), конкретизирует, что при рассмотрении уголовных дел частного-публичного и публичного обвинения, а также при разбирательстве уголовного дела частного обвинения, если оно было возбуждено руководителем следственного органа (ч. 4 ст. 20, ч. 4 ст. 147 УПК), следователем либо дознавателем с согласия прокурора (ч. 4 ст. 20, ч. 4 ст. 147, ч. 3 ст. 318 УПК), обязательно участие государственного обвинителя (ч. 2). Согласно ч. 3 ст. 246 УПК, «по уголовным делам частного обвинения обвинение в судебном разбирательстве поддерживает потерпевший». Но, если быть более точными, то обвинение поддерживает частный обвинитель (ч. 1 ст. 43, п. 2 ч. 4 ст. 321 УПК), ведь не только потерпевший (в том числе и его близкий родственник, который приобретает процессуальное положение потерпевшего в силу ч. 8 ст. 42 и ч. 2 ст. 318 УПК), но и его законный представитель полномочен обратиться с соответствующим заявлением к мировому судье (ч. 2 ст. 20, ч. 1 ст. 43, ч. 1 ст. 147, ч. ч. 1, 7 ст. 318 УПК). Тот факт, что по делам частного обвинения возможно поддержание обвинения государственным обвинителем следует из п. 1 ч. 4 ст. 321 УПК. Из предписания ч. 1 ст. 365 УПК логично вытекает, что и в апелляционной инстанции обязательно участие государственного и частного обвинителей по определенным категориям уголовных дел. Это еще раз подчеркнуто в п. п. 1–2 ч. 3 ст. 364 УПК. Мы склонны думать, что в УПК (п. 1 ч. 3 ст. 364) подразумевается обязательное участие государственного обвинителя по уголовным делам частного-публичного и публичного обвинения, а также частного обвинения в случае их возбуждения должностным лицом в «экстренных» ситуациях, предусмотренных законом, независимо от того, подавал ли он представление на судебное решение, или приговор (постановление) пересматривались по жалобе иных лиц. Это соответствует принципу состязательности (ч. 2 ст. 15 УПК). Подтверждение наших мыслей мы находим у А.В. Смирнова, О.В. Волколуп и А.А. Динера, Л.Ф. Мартыняхина<sup>36</sup>.



Однако на практике имел место случай слишком широкого толкования положения закона (п. 1 ч. 3 ст. 364 УПК) об обязательном участии государственного обвинителя в апелляционном судебном заседании.

*Так, по приговору суда апелляционной инстанции Жданов осужден по ч. 1 ст. 116 УК РФ. Судебная коллегия по уголовным делам суда Ханты-Мансийского автономного округа данный приговор оставила без изменения. Президиум суда Ханты-Мансийского автономного округа указал в своем постановлении, что данные судебные решения подлежат безусловной отмене вследствие нарушения судом апелляционной инстанции требований п. 1 ч. 3 ст. 364 УПК, предусматривающего обязательное участие прокурора в судебном заседании. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ данное постановление отменила, ссылаясь на нормы УПК, предусматривающие обязательное участие государственного обвинителя по делам частного обвинения лишь в случае возбуждения такого уголовного дела должностным лицом в предусмотренных законом случаях (ч. ч. 2, 4 ст. 20, ч. 3 ст. 318, п. п. 1–2 ч. 4 ст. 321 УПК). Так как уголовное дело в отношении Жданова не возбуждалось должностным лицом, то по смыслу закона участие государственного обвинителя в суде апелляционной инстанции не является обязательным<sup>37</sup>.*

Итак, Верховный Суд РФ также определил, что «участие государственного обвинителя в суде апелляционной инстанции не является обязательным по делам частного обвинения, подсудным мировому судье»<sup>38</sup>. Подчеркивает это и Генеральная прокуратура РФ, приказывая «руководителям прокуратур обеспечить участие государственных обвинителей в судебных заседаниях апелляционной инстанции по всем уголовным делам, по которым прокуроры принимали участие в суде первой инстанции»<sup>39</sup>.

П. 1 ч. 3 ст. 364 УПК соответствует п. 1 ч. 3 ст. 491 УПК РСФСР 1960 г.: «В судебном заседании обязательно участие: 1) прокурора, кроме случаев рассмотрения дел частного обвинения, если они не были возбуждены

прокурором в порядке, установленном статьей 468<sup>40</sup> настоящего Кодекса». Формулировка п. 1 ч. 3 ст. 491 УПК РСФСР 1960 г. детализировала, конкретизировала, подчеркивала случаи обязательного участия прокурора в апелляционном судебном заседании, однако мы не усматриваем острой необходимости предложить заимствовать ее для современного Кодекса, ведь ст. 246 УПК (ч. 1 ст. 365 УПК) и так однозначно закрепляет, когда в суде участвует государственный обвинитель, а когда частный.

П. 2 ч. 3 ст. 364 УПК, устанавливающий обязательное участие частного обвинителя, никаких нареканий не вызывает в силу выделенной законодателем специфики дел частного обвинения (глава 41 УПК). Именно сам потерпевший или его законный представитель решает судьбу правового спора: примириться ему с обвиняемым или нет (ч. 2 ст. 20, ч. ч. 5–6 ст. 319 УПК), заявить об отказе от обвинения<sup>41</sup> или просто не явиться в судебное заседание, хотя и нет для этого уважительных причин (ч. 3 ст. 249, п. 2 ст. 254, ч. 5 ст. 321 УПК). Следовательно, для того чтобы судебное разбирательство, в том числе и апелляционное, состоялось, необходимо участие частного обвинителя. Его неявка без уважительных причин влечет прекращение уголовного дела за отсутствием состава преступления (ч. 3 ст. 249, ч. 1 ст. 365 УПК, ч. 3 ст. 474 УПК РСФСР 1960 г.).

На определенные размышления наводит нас формулировка п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК, развивающего общее правило о праве обвиняемого участвовать в заседании суда второй инстанции (п. 16 ч. 4 ст. 47 УПК). В данном случае, полагаем, следует определить, кого имел в виду законодатель в роли «подсудимого». Обратим внимание на то, что в законе (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК) ничего не сказано об оправданном и лице, в отношении которого уголовное преследование было прекращено на стадии судебного разбирательства. Мы уже упоминали, что либо осуждение<sup>42</sup>, либо оправдание (ч. 2 ст. 302 УПК), не считая прекращения уголовного дела (уголовного преследования)<sup>43</sup> (п. 4 ч. 1 ст. 236, ст. 239, ч. 3 ст. 249, ст. 254 УПК), являются двумя единственно возможными вариантами решения судьбы человека (ч. 1 ст. 302 УПК)<sup>44</sup>.

Согласимся с И.Б. Михайловской, которая полагает, что «указание на обязательное участие подсудимого имеет в виду те случаи, когда предметом апелляционного разбирательства является постановление мирового судьи, вынесенное до постановления приговора»<sup>45</sup>. Поэтому, думается, обращаясь к ч. 3 ст. 366 УПК, в которой говорится о предоставлении судьей последнего слова подсудимому, И.Б. Михайловская оговаривает, что «...суд апелляционной инстанции является судом второй инстанции (п. 53 ст. 5 УПК), в силу чего подсудимый именуется осужденным или оправданным»<sup>46</sup>. Оба термина «подсудимый» и «осужденный» используются и в п. 3 ч. 1 ст. 364 УПК: «1. Изучив поступившее уголовное дело, судья выносит постановление о назначении судебного заседания, в котором разрешаются... вопросы... о сохранении, об избрании, отмене или изменении меры пресечения в отношении подсудимого или осужденного». А.Н. Разинкина считает, что «в данном случае подсудимым признается лицо, в отношении которого был вынесен оправдательный приговор, либо уголовное дело было прекращено»<sup>47</sup>, поскольку в случае обжалования такого судебного решения оно не вступает в законную силу, а в апелляционной инстанции дело будет рассматриваться заново, по существу»<sup>48</sup>. Мы склонны полагать, что и в этой норме, как в п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК, законодатель проводит разделение между субъектами, в отношении которых вынесено итоговое решение (осужденным) и промежуточное (подсудимым). Предполагаем, что в п. 3 ч. 1 ст. 364 УПК авторы Кодекса также забыли упомянуть оправданного и лицо, в отношении которого прекращено уголовное преследование.

Помимо этого, нам представляется, что в числе обязательных участников апелляционного судебного разбирательства должен быть выделен и оправданный, ведь и у него могут быть претензии к приговору мирового судьи (ч. 2 ст. 370 УПК). Кроме того, существует риск потерять статус оправданного, так как «оправдательный приговор может быть отменен судом апелляционной инстанции с вынесением обвинительного приговора... по представлению прокурора либо жалобе потерпевшего, частного

обвинителя или их представителей на необоснованность оправдания подсудимого» (ч. 1 ст. 370 УПК). Тот факт, что оправданный оказался неосновательно забытым в п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК, как видится, проистекает и из п. 16 ч. 3 ст. 259 УПК. Распространение данной нормы на апелляционную процедуру пересмотра вытекает из ч. 1 ст. 365 и ст. 372 УПК. В ней предусмотрено, что «в протоколе судебного заседания обязательно указываются... сведения о разъяснении оправданным и осужденным порядка и срока обжалования приговора...». На основании п. 16 ч. 3 ст. 259 и ч. 1 ст. 365 УПК напрашивается вывод о том, что в апелляционной инстанции следует признать обязательным участие не только осужденного, но и оправданного.

Предполагая необходимость сделать акцент в ч. 2 ст. 47 УПК на лице, уголовное преследование в отношении которого прекращено, нам представляется, что вместо формулировки «подсудимого или осужденного» (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК) целесообразно было бы использовать другую – «подсудимого или осужденного, оправданного, лица, в отношении которого прекращено уголовное преследование».

Применяя толкование определенных норм Кодекса в их системе, позволим себе, в отличие от И.Б. Михайловской<sup>49</sup>, высказать предположение о возможности обращения к лицам, в отношении которых принято итоговое судебное решение, как к «подсудимым» на этапе апелляционного судебного разбирательства (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК). Согласно ч. 2 ст. 47 УПК, подсудимый – это обвиняемый, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство. Думается, по аналогии, подсудимым можно назвать и лицо, по уголовному делу которого апелляционный суд назначил судебное заседание (ч. 1 ст. 364 УПК). Это логично еще и потому, что отражает положение о производстве в суде апелляционной инстанции по правилам производства в суде первой инстанции (ч. 1 ст. 365 УПК). В сущности, такой подсудимый является либо осужденным, либо оправданным по приговору мирового судьи или же лицом, в отношении которого

прекращено уголовное преследование. Наглядно это можно представить в виде схемы: «подсудимый = осужденный (оправданный, лицо, в отношении которого прекращено уголовное преследование)». В этом случае термин «подсудимый» является общим, родовым. В качестве подтверждения наших рассуждений хотелось бы обратить внимание на ст. 366 УПК «Прения сторон. Последнее слово подсудимого» главы 44 УПК. Термин «подсудимый» используется не только в названии данной нормы. В ее ч. 3 говорится о том, что «по окончании прений сторон судья предоставляет подсудимому последнее слово, после чего удаляется в совещательную комнату для принятия решения». Заметим, что и в п. 2 ч. 3 ст. 367 УПК также речь идет о «подсудимом», хотя понятно, что решение суда апелляционной инстанции «об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и оправдании подсудимого...» может быть вынесено исключительно в отношении осужденного мировым судьей (ч. 2 ст. 47 УПК). В данных случаях законодатель ограничился одним, единым, термином, что, думается, вполне допустимо. Позволим себе заключить, что и осужденный, оправданный по приговору мирового судьи, и лицо, в отношении которого было прекращено уголовное преследование в первой инстанции, включая лицо, обжаловавшее промежуточное постановление мирового судьи, в судебном заседании апелляционной инстанции может именоваться подсудимым, как это имеет место при первоначальном судебном разбирательстве (ч. 2 ст. 47 УПК). Кстати, именно такой термин ранее был закреплен текстуально: «В судебном заседании обязательно участие... подсудимого, который подал жалобу или в защиту интересов которого подана жалоба защитником или законным представителем либо в отношении которого принесен протест прокурором не в его пользу» (п. 3 ч. 3 ст. 491 УПК РСФСР 1960 г.). Даже в литературе повсеместно используется термин «подсудимый», под которым авторы подразумевают лицо, осужденное или оправданное по приговору мирового судьи.

В свете вышеизложенного мы, в свою очередь, также не видим опасений в употреблении и того, и другого термина в зависимости от контекста. Более того, придерживаясь позиции необходимости исключения промежуточных постановлений мирового судьи, а также его постановлений о прекращении уголовного дела (уголовного преследования) из объекта апелляционной проверки, мы полагаем возможным употребление одного термина «подсудимый» и в законе (ч. 3 ст. 364 УПК), который бы охватывал осужденного и оправданного по приговору мирового судьи.

Ранее требовалось обязательное участие подсудимого в апелляционном судебном заседании (ст. 491 УПК РСФСР 1960 г.). Сегодня, закрепляя общее право обвиняемого «...участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах... второй... инстанций...» (п. 16 ч. 4 ст. 47 УПК), законодатель допускает рассмотрение уголовного дела в апелляционной инстанции в отсутствие подсудимого или осужденного (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК), если «...по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие» (ч. 4 ст. 247, п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК). Так как к компетенции мирового судьи относятся именно эти категории преступлений (ч. ч. 1–2 ст. 15 УК РФ, ч. 1 ст. 31 УПК), то каждое дело, попавшее в апелляционную инстанцию, может быть рассмотрено без лица, в отношении которого оно было заведено. Поэтому важен ответственный подход к рассмотрению подобного ходатайства, и, несмотря на волеизъявление подсудимого, оно может быть отклонено судом (ст. 122 УПК). О.И. Андреева обращает внимание на то, что предоставление подсудимому права заявить ходатайство о рассмотрении уголовного дела без его непосредственного участия таит в себе опасность злоупотребления им со стороны подсудимого и, как следствие, нарушения прав потерпевшего. Так, пересмотр решения апелляционного суда в кассационной инстанции (ст. 371 УПК) без участия осужденного (оправданного) (ч. 2 ст. 375 УПК)<sup>50</sup> провоцирует затягивание процесса. А это, в свою очередь, ограничивает

права потерпевшего. Чтобы не допустить подобное положение, автор предлагает оставить за апелляционным судом право обязать подсудимого лично присутствовать на процессе в случае поступления ходатайства об этом со стороны обвинения<sup>51</sup>. ФЗ от 27 июля 2006 г. № 153-ФЗ было внесено дополнение, согласно которому в апелляционной инстанции «в исключительных случаях судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться в отсутствие подсудимого, который находится за пределами территории Российской Федерации и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу»<sup>52</sup> (ч. 5 ст. 247, п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК). К сожалению, нам не совсем ясна позиция законодателя, внесшего данное дополнение в п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК, ведь в апелляционном порядке не могут проверяться судебные решения, вынесенные по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях (ч. 1 ст. 31, ч. 2 ст. 354 УПК, ч. ч. 4–5 ст. 15 УК РФ). Вопрос о целесообразности подобного хода законодателя для нас остается открытым.

И.Б. Михайловская обращает внимание на еще одну существенную неточность, которой страдает формулировка п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК: «...Присутствие осужденного следует признать обязательным во всех случаях, когда кем-либо из участников процесса, являющихся стороной в процессе, поданы жалобы или представления, направленные против его интересов, а не только в их защиту»<sup>53</sup>. Указанное нами замечание И.Б. Михайловской поддерживают А.Н. Разинкина и Н.В. Сидорова. Исследователи считают, что следует признать обязательным участие в апелляционном судебном заседании осужденного (оправданного) в случае подачи жалобы, требующей ухудшения его положения<sup>54</sup>. Действительно, представители стороны обвинения (государственный обвинитель, вышестоящий прокурор, потерпевший, его законный представитель и представитель, частный обвинитель и его представитель), обжалуя приговор

мирового судьи, преследуют цели, «далекие» от защиты интересов осужденного: добиться усиления наказания, переквалификации действий лица на более тяжкое преступление и т. п. В этом смысле формулировка п. 3 ч. 3 ст. 491 УПК РСФСР 1960 г. представляется более удачной: «В судебном заседании обязательно участие... подсудимого, который подал жалобу или в защиту интересов которого подана жалоба защитником или законным представителем либо в отношении которого принесен протест прокурором не в его пользу».

Позволим себе вообще подвергнуть сомнению положение современного Кодекса о подаче представления (государственным обвинителем) в защиту интересов подсудимого или осужденного (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК). Максимальный предел «суровости» в отношении подсудимого государственный обвинитель определяет в судебных прениях (ч. 1 ст. 292 УПК) в рамках обвинительного заключения (обвинительного акта) (ч. 1 ст. 252 УПК). Ч. 5 ст. 246 УПК предусматривает, что «государственный обвинитель... высказывает суду предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания». При этом суд, согласно постулату о состязательном характере уголовного процесса (ч. 3 ст. 15 УПК), принципу свободы оценки доказательств (ч. 1 ст. 17 УПК), а также требованиям ч. 1 ст. 252 УПК, может быть строже и притязательнее государственного обвинителя лишь при определении наказания подсудимому. Назначая в таком случае более строгое наказание, суд, естественно, должен определить его вид и размер в пределах санкции статьи Особенной части УК РФ. Таким образом, максимальный предел «суровости» в отношении подсудимого, который может быть достигнут судом, определен в ч. 1 ст. 252 УПК и в санкции статьи Особенной части УК РФ. На государственного обвинителя, как на сторону в процессе, возложена лишь функция поддержания обвинения в суде от имени государства (п. 6 ст. 5, ч. 3 ст. 37 УПК)<sup>55</sup>. В соответствии с ч. 2 ст. 15 УПК «функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть



возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо». В этой связи, как представляется, государственный обвинитель будет выполнять несвойственную ему функцию защиты в случае подачи представления, в котором будет заявлено требование об изменении наказания на более мягкое. Однако вышестоящий прокурор, не вступавший в правоотношения при рассмотрении уголовного дела в первой инстанции (ч. 4 ст. 354 УПК), а значит не являвшийся участником уголовного судопроизводства (стороной) в первой инстанции, в силу действия принципа единства и централизации органов прокуратуры (ч. 1 ст. 4 ФЗ «О прокуратуре РФ» от 17 ноября 1995 г. № 168–ФЗ), может не согласиться с решением мирового судьи о назначении подсудимому более строгого наказания по сравнению с тем, которое было предложено в прениях государственным обвинителем (ч. 5 ст. 246, ч. 1 ст. 365 УПК).

Как видится, законодателю необходимо было предусмотреть обязательное участие подсудимого или осужденного (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК) в том случае, когда представление было подано в том числе не в его пользу.

Обратимся к последнему пункту ч. 3 ст. 364 УПК. «В связи с тем, что в заседании суда апелляционной инстанции обязательно участие государственного обвинителя, судье следует принять меры к обеспечению наличия в судебном заседании защитника»<sup>56</sup>. Это отражает действие принципа состязательности в уголовном процессе (ст. 15 УПК). Об обязательном участии адвокатов в судебном заседании, как о свойственной проверке в порядке апелляции особенности, пишет и В.И. Радченко<sup>57</sup>. Однако п. 4 ч. 3 ст. 364 УПК связывает обязательное участие защитника лишь со случаями, указанными в ст. 51 УПК, детализируя общее право защитника участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в суде второй инстанции (п. 9 ч. 1 ст. 53 УПК). Отсюда можно сделать вывод о том, что защитник, если его участие не подпадает ни под один случай, предусмотренный ст. 51 УПК, может и не участвовать в разбирательстве дела судом апелляционной инстанции. Действительно, к примеру, право лица

отказаться от помощи защитника действует на любом этапе судопроизводства, включая апелляционное (ч. 1 ст. 52 УПК)<sup>58</sup>. Аналогичная по смыслу формулировка предусматривалась п. 4 ч. 3 ст. 491 УПК РСФСР 1960 г.

О.В. Волколуп обращает внимание на то, что в ч. 3 ст. 364 УПК речь идет об обязательном участии в апелляционной процедуре пересмотра субъектов, обжаловавших решение мирового судьи<sup>59</sup>. Ничего не сказано о лицах, не обжаловавших приговор (постановление), но чьи интересы не могут быть затронутыми в результате принятия районным судом нового решения (ч. 3 ст. 367 УПК). Автор склоняется к мысли о необходимости обязательного участия в апелляционном процессе потерпевшего и его представителя<sup>60</sup>. Н.В. Сидорова предлагает предусмотреть в ч. 3 ст. 364 УПК не только потерпевшего, не обжаловавшего решение мирового судьи, но и лицо, в отношении которого прекращено уголовное дело или уголовное преследование<sup>61</sup>, а также гражданского истца и гражданского ответчика в случае не обжалования всеми ними судебного решения. Автор считает их участие в апелляционном процессе обязательным за одним лишь исключением: в случае заявления ими ходатайства о рассмотрении уголовного дела в их отсутствие<sup>62</sup>. А.А. Динер, Л.Ф. Мартыняхин отмечают, что в случае необжалования гражданским истцом, гражданским ответчиком и их представителями решения мирового судьи им «...необходимо обеспечить право присутствовать в судебном заседании, если жалобы или представления затрагивают их интересы, и они прибыли в судебное заседание»<sup>63</sup>. А в случае обжалования всеми перечисленными выше субъектами решения мирового судьи, думается, их непосредственное участие в апелляционном процессе тем более логично. Кстати, подобная мысль обнаружена нами у О.В. Волколуп применительно к ее рассуждениям об обязательном участии в апелляции потерпевшего (его представителя)<sup>64</sup>.

Нам представляется, что законодатель попросту упустил сделать оговорку в ч. 3 ст. 364 УПК относительно участия потерпевшего и его

представителя, а также гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей в апелляционной инстанции. По этой причине данная норма выглядит «ограниченной», «недописанной». Усугубляется это тем, что предусмотренное в «Общих положениях» (часть первая УПК) право потерпевшего (п. 14 ч. 2 ст. 42 УПК), гражданского истца (п. 14 ч. 4 ст. 44 УПК), гражданского ответчика (п. п. 10, 14 ч. 2 ст. 54 УПК), а следовательно, и их представителей (ч. 3 ст. 45, ч. 2 ст. 55 УПК) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в суде второй инстанции (п. 53 ст. 5 УПК) не нашло своего отражения и развития в специальных нормах УПК (глава 44 УПК). Мы предполагаем, что апелляционное судебное разбирательство происходит при непосредственном участии и потерпевшего (его представителя), и гражданского истца, гражданского ответчика (их представителей) в силу ст. ст. 249, 250 УПК. Исходя из правила ч. 1 ст. 365 УПК, их действие распространяется и на апелляцию.

Согласимся со всеми вышеуказанными исследователями и от нас добавим, что в перечень лиц, чье обязательное участие в апелляционном судебном разбирательстве мы полагаем признать нормой, допустимо включить и еще некоторых субъектов.

Сообразно нашему видению обозначенных проблематик предлагаем следующую редакцию ч. 3 ст. 364 УПК: «В судебном заседании обязательно участие:

- 1) государственного обвинителя;
- 2) частного обвинителя, подавшего жалобу или в защиту интересов которого подана жалоба;
- 3) частного обвинителя, в отношении которого подана жалоба не в его пользу, за исключением случая, предусмотренного частью второй статьи 249 настоящего Кодекса;
- 4) подсудимого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, подавших жалобу или в защиту интересов которых поданы жалоба или представление либо в отношении которых поданы жалоба или

представление не в их пользу, за исключением случаев, предусмотренных частью четвертой статьи 247, частью второй статьи 249, частью второй статьи 250 настоящего Кодекса;

5) защитника – в случаях, указанных в статье 51 настоящего Кодекса»<sup>65</sup>.

*Во вторую подгруппу*, по нашему мнению, можно определить лиц, во-первых, ранее «выступавших» у мирового судьи и могущих быть вызванными в апелляционный суд. Это свидетели, эксперты и другие лица, что определено п. 2 ч. 1 ст. 364, ч. 4 ст. 365, ч. 1 ст. 367 УПК. Во-вторых, субъектов, которых мы полагаем возможным обозначить термином «новые» лица, так как они не давали показаний у мирового судьи, но могут быть допрошены в апелляционной инстанции в качестве свидетелей, специалистов, что заложено ч. 4 ст. 80, ч. 3 ст. 363, ч. 5 ст. 365 УПК. Может быть вызван в районный (городской) суд (ч. 3 ст. 30 УПК) и новый эксперт (ч. 2 ст. 80 УПК).

**Субъектом пересмотра решений мировых судей в апелляционном порядке** является судья районного суда, действующий единолично (ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 355, ст. 361 УПК).

По общему правилу, уголовные дела, относящиеся к компетенции мирового судьи (ч. 1 ст. 31 УПК), подлежат апелляционной проверке районным судом (ч. 2 ст. 354 УПК). Однако законодатель установил исключение для уголовных дел в отношении военнослужащих и граждан, проходящих военные сборы. Согласно ч. 6 ст. 30 УПК, если преступление, уголовное дело о котором подсудно мировому судье (ч. 1 ст. 31 УПК), совершено данной категорией лиц, то соответствующее уголовное дело будет рассматриваться единолично судьей гарнизонного военного суда по правилам рассмотрения уголовных дел мировым судьей. Вынесенные им в таком случае приговор или постановление (ст. ст. 322, 323 УПК) пересматриваются в кассационном порядке. Ч. 4 ст. 355 УПК предусматривает, что «приговоры и иные решения военных судов

обжалуются в порядке, установленном настоящим Кодексом, в вышестоящие военные суды, указанные в федеральном конституционном законе о военных судах». Согласно ФКЗ «О военных судах РФ» № 1-ФКЗ от 23 июня 1999 г., вышестоящим по отношению к гарнизонному военному суду является окружной (флотский) военный суд (ч. 2 ст. 14, п. 2 ст. 18). Предусмотренное современным законодателем исключение было заложено в ст. 6 ФЗ «О введении в действие УПК РФ» № 177-ФЗ от 18 декабря 2001 г.: «Судьи гарнизонных военных судов рассматривают уголовные дела, отнесенные Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации к подсудности мировых судей, в порядке, установленном главой 41 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

Подводя итог исследованию вопроса о субъектах апелляции, мы полагаем необходимым пояснить значение разработанной нами классификации субъектов стадии апелляционного производства (по УПК). Классификация есть деление на группы по определенным критериям. Разработанная нами классификация позволяет провести четкую грань между различными субъектами, вовлеченными в сферу апелляционного производства, а также конкретизировать их процессуальное положение (то есть процессуальный статус (права, обязанности, законные интересы), гарантии, степень самостоятельности). Приведенная классификация позволила выявить пробелы в законодательном регулировании вопроса о круге субъектов апелляционного обжалования в современном уголовном процессе (ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК) и о круге обязательных участников апелляционного процесса (ч. 3 ст. 364 УПК).

---

<sup>1</sup> Дорощков В. Пересмотр решений мирового судьи по уголовным делам в апелляционном порядке // Рос. юстиция. – 2002. – № 7. – С. 40; Шамсутдинов Р.К. Апелляционная форма уголовного правосудия и проблемы ее совершенствования // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России : межвуз. сб. науч. тр. – Уфа : РИО БашГУ, 2003. – С. 150.

- <sup>2</sup> Головков В.Л. Апелляционное производство по уголовным делам в Российской Федерации: проблемы и пути решения : дис. ... канд. юрид. наук. – Ижевск, 2004. – С. 17.
- <sup>3</sup> Ковтун Н.Н., Александров А.С. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы и решения // Государство и право. – 2001. – № 3. – С. 42.
- <sup>4</sup> Употребляемый автором термин апелляционный «отзыв» используется в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г.
- <sup>5</sup> Мухтасипова Т.Н. Судопроизводство по делам частного обвинения : учеб. пособие / под ред. проф. А.П. Гуськовой. – Оренбург : Изд. центр ОГАУ, 2004. – С. 93.
- <sup>6</sup> Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Апелляционное производство в российском уголовном процессе : науч.-практ. пособие / под общ. ред. Л.Ф. Мартыняхина. – М. : Юристъ, 2003. – С. 30; Разинкина А.Н. Апелляция в уголовном судопроизводстве. – М. : Изд-во «Юрлитинформ», 2004. – С. 91; Уголовный процесс : учебник / под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ПБОЮЛ Грачев С.М., 2001. – С. 486; Дорошков В. Указ. соч. – С. 40.
- <sup>7</sup> О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 июня 2003 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 26 июня 2003 г. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
- <sup>8</sup> Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России : Монография. – Нижний Новгород : Нижегородская правовая академия, 2002. – С. 259, 283; Куцова Э.Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе (предмет, цель, содержание). – М., 1973. – С. 59, 60–67; Советский уголовный процесс : учебник / под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М. : Юрид. лит., 1980. – С. 423; Советский уголовный процесс : учеб. пособие / под ред. И.В. Тыричева. 2-е изд., испр. и доп. – М., 1988. – С. 242; Строгович М.С. Обжалование оправдательного приговора // Социалистическая законность. – 1941. – № 6. – С. 39.
- <sup>9</sup> Ковтун Н.Н., Александров А.С. Указ. соч. – С. 42.
- <sup>10</sup> Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. – С. 30–31.
- <sup>11</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 97.
- <sup>12</sup> Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. – М. : Юристъ, 2004. – С. 594.
- <sup>13</sup> Краснов М. От Концепции 1991 года до сегодняшнего дня. Попытка инвентаризации // Рос. юстиция. – 2001. – № 11. – С. 4.
- <sup>14</sup> Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. – С. 30.
- <sup>15</sup> Дорошков В. Указ. соч. – С. 40.
- <sup>16</sup> Концепция судебной реформы в РСФСР [Электронный ресурс] : принята Постановлением Верховного Совета РСФСР «О Концепции судебной реформы в РСФСР» от 24 окт. 1991 г. № 1801-1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
- <sup>17</sup> О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 июня 2003 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 26 июня 2003 г. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
- <sup>18</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 97.
- <sup>19</sup> Об участии прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства [Электронный ресурс] : приказ Генеральной прокуратуры Рос. Федерации от 20 нояб. 2007 г. № 185 (п. 10.4). Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
- <sup>20</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 97.
- <sup>21</sup> См. п. 1 ч. 1 ст. 221 УПК. По аналогии полагаем возможным говорить о поддержании государственного обвинения прокурором, утвердившим обвинительный акт (п. 1 ч. 1 ст. 226 УПК).
- <sup>22</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 97.
- <sup>23</sup> О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций [Электронный ресурс] : постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 23 дек. 2008 г. № 28. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
- <sup>24</sup> Мозяков В.В., Верин В.П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М. : Экзамен, 2004. – С. 731; Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 90–91; Дорошков В. Указ. соч. – С. 40.
- <sup>25</sup> В УПК мы не обнаружили нормы, прямо указывающей на участие в уголовном процессе законного представителя гражданского ответчика. Применяя аналогию закона (п. 12 ст. 5, ч. 1 ст. 54 УПК), полагаем, есть все основания утверждать о существовании данного участника уголовного судопроизводства. Так, ч. 1 ст. 54 УПК предусматривает, что «в качестве гражданского ответчика может быть привлечено физическое... лицо...». Такое лицо может оказаться несовершеннолетним. Для защиты прав и законных интересов других несовершеннолетних участников уголовного процесса законодатель предусматривает участие законных

представителей (п. 12 ст. 5 УПК). Значит, несовершеннолетие гражданского ответчика также влечет за собой необходимость обязательного участия его законного представителя.

<sup>26</sup> Однако мы не настаиваем на введении данных лиц, а также подсудимого в круг субъектов апелляционного обжалования (ч. ч. 4–5 ст. 354 УПК). В данной работе оговоримся, что мы придерживаемся позиции необходимости исключения промежуточных постановлений мирового судьи из объекта апелляционной проверки. Это влечет необходимость исключения лиц, в отношении которых они вынесены, из числа субъектов апелляционного обжалования.

<sup>27</sup> Подчеркнем, что применительно к деятельности мирового судьи недостаточно говорить о прекращении уголовного дела. Ч. 3 ст. 24 и ч. 4 ст. 27 УПК свидетельствуют о том, что прекращение уголовного дела означает и прекращение уголовного преследования в отношении проходящего по нему лица (лиц). Прекращение же преследования не обязательно влечет прекращения дела в целом. Речь идет о совершении преступления группой лиц, когда в отношении одного из соучастников уголовное преследование прекращается по всем эпизодам вменяемой ему преступной деятельности, или прекращается уголовное преследование в отношении нескольких (всех) соучастников по части эпизодов вменяемой им в вину преступной деятельности, но в целом уголовное дело не закрывается. К компетенции мировых судей относятся уголовные дела о групповых преступлениях (ч. 1 ст. 31 УПК), поэтому-то он и прекращает не только уголовное дело в целом, но и выносит постановление о прекращении уголовного преследования. Кроме того, если на скамье подсудимых оказывается одно лицо, в отношении которого прекращается уголовное преследование по всем эпизодам вменяемой ему преступной деятельности, то это также ведет к прекращению уголовного дела. В случае прекращения уголовного преследования в отношении данного лица по части таких эпизодов уголовное дело в целом не закрывается.

<sup>28</sup> За исключением того, что в отношении лица прекращается именно уголовное преследование. Это может привести к прекращению уголовного дела, то есть к совпадению моментов прекращения уголовного преследования в отношении лица и уголовного дела в целом. Прекращение уголовного преследования в отношении лица может не повлечь за собой прекращения уголовного дела в целом.

<sup>29</sup> Сидорова Н.В. Апелляция в системе производств в суде второй инстанции в уголовном процессе России. – Томск : Изд-во НТЛ, 2006. – С. 112. Однако мы, придерживаясь позиции необходимости исключения из объекта апелляционной проверки постановления мирового судьи о прекращении уголовного дела (уголовного преследования), не предлагаем дополнить перечень субъектов апелляционного (кассационного) обжалования (ч. 4 ст. 354 УПК) лицом, в отношении которого было вынесено постановление о прекращении уголовного преследования.

<sup>30</sup> По жалобе гражданки Семеновой Лилии Михайловны на нарушение ее конституционных прав частью четвертой статьи 354 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 22 янв. 2004 г. № 119-О // Рос. газ. – 2004. – 7 июня; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 20 июня 2005 г. по делу № 45-Д05-9 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. – 2006. – № 6 – С. 26–28; По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова [Электронный ресурс] : постановление Конституционного Суда Рос. Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>31</sup> Полагаем, правильнее было бы говорить о лице, в отношении которого прекращено уголовное преследование.

<sup>32</sup> Заметим, что высший суд общей юрисдикции «забыл» указать на представителя частного обвинителя.

<sup>33</sup> О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций [Электронный ресурс] : постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 23 дек. 2008 г. № 28 (п. 1). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>34</sup> «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 29 нояб. 2010 г. N 323-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 17 нояб. 2010 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 24 нояб. 2010 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>35</sup> К иным лицам мы причисляем лиц, не наделенных формальным статусом участников уголовного процесса на досудебном производстве.

<sup>36</sup> Волколуп О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 188; Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. – С. 44; Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный / под общ. ред. А.В. Смирнова. 2-е изд., доп. и перераб. – СПб. : Питер, 2004. – С. 720.

<sup>37</sup> Надзорное определение Верховного Суда Российской Федерации от 20 апр. 2006 г. по делу № 69-ДП06-3 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. – 2007. – № 1. – С. 12–13.

<sup>38</sup> Надзорное определение Верховного Суда Российской Федерации от 20 апр. 2006 г. по делу № 69-ДП06-3 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. – 2007. – № 1. – С. 12.

<sup>39</sup> Об участии прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства [Электронный ресурс] : приказ Генеральной прокуратуры Рос. Федерации от 20 нояб. 2007 г. № 185 (п. 10.3). Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

<sup>40</sup> Ст. 468 УПК РСФСР 1960 г., как и ч. 4 ст. 20, ч. 4 ст. 147, ч. 3 ст. 318 УПК, была посвящена возбуждению уголовного дела частного обвинения должностным лицом.

<sup>41</sup> Предполагаем, что ч. 5 ст. 321 УПК, предусматривающая право обвинителя отказаться от обвинения, в сочетании с п. 2 ст. 254 УПК предусматривает лишь пассивный отказ частного обвинителя от обвинения – неявку без уважительных причин (ч. 3 ст. 249 УПК). Об активном его отказе – волеизъявлении о прекращении уголовного преследования – ничего не говорится. Такая же ситуация наблюдалась и в УПК РСФСР 1960 г. (ч. 3 ст. 474). Шамардин А.А. Примирение сторон и отказ от поддержания обвинения должны утверждаться судом // Рос. юстиция. – 2001. – № 2. – С. 61.

<sup>42</sup> Согласно УПК, может быть вынесен обвинительный приговор (ч. 2 ст. 47 УПК) с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным; с назначением наказания и освобождением от его отбывания, в частности, с назначением наказания и освобождением от его отбывания с применением принудительной меры воспитательного воздействия либо с направлением в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием; без назначения наказания (п. п. 1, 3 ч. 1 ст. 29, п. 15 ч. 1 ст. 299, ч. 5 ст. 302, ч. 1 ст. 430, ч. ч. 1–2 ст. 432 УПК).

<sup>43</sup> В силу специфики уголовно-процессуальной формы для отдельных категорий уголовных дел (раздел XVI УПК) разновидностями данного решения являются решения о прекращении уголовного дела с применением принудительной меры воспитательного воздействия (п. 2 ч. 1 ст. 29, ч. 1 ст. 430 УПК), а также о прекращении уголовного дела и об отказе в применении принудительных мер медицинского характера (ч. 2 ст. 443 УПК). Ввиду особенностей производства у мирового судьи (раздел XI УПК) (по делам частного обвинения) законодатель предусмотрел также вынесение постановления о прекращении уголовного преследования по делу и направлении материалов руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для решения вопроса о возбуждении уголовного дела в порядке публичного или частного публичного обвинения (ч. 6 ст. 321 УПК).

<sup>44</sup> В силу дифференциации уголовно-процессуальной формы (раздел XVI УПК) возможен и альтернативный первым трем вариант – решение об освобождении невменяемого от уголовной ответственности или от наказания и о применении к нему принудительных мер медицинского характера, оформляемое постановлением (п. 2 ч. 1 ст. 29, п. 16 ч. 1 ст. 299, ст. 300, ч. 1 ст. 443 УПК).

<sup>45</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – С. 448.

<sup>46</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – С. 450.

<sup>47</sup> Полагаем, корректнее было бы говорить о лице, в отношении которого прекращено уголовное преследование.

<sup>48</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 117.

<sup>49</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – С. 450.

<sup>50</sup> Кстати, и в этой норме законодатель забыл упомянуть об оправданном. Однако п. 16 ч. 3 ст. 259 и ч. 3 ст. 309 УПК предусматривают и право оправданного ходатайствовать о рассмотрении уголовного дела кассационной инстанцией с его участием.

<sup>51</sup> Андреева О.И. Судебное разбирательство в отсутствие подсудимого в контексте защиты прав граждан // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. – М., 2002. – С. 186.

<sup>52</sup> О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и федерального закона «О противодействии терроризму» [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 27 июля 2006 г. № 153-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 5 июля 2006 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 14 июля 2006 г. Доступ из инф.-справ. системы «Кодекс».

<sup>53</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – С. 448.

<sup>54</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 120; Сидорова Н.В. Указ. соч. – С. 139–140.

<sup>55</sup> Сидорова Н.В. Указ. соч. – С. 111, 123. Обратим внимание и на другие высказывания. Так, А.Н. Разинкина заверяет: «...В отличие от адвоката, который действует только в интересах своего подзащитного, прокурор должен защищать в равной мере как интересы осужденного, так и пострадавшего от преступления». Разинкина А.Н. Указ. соч. – С. 97. Кроме того, из вышеприведенной цитаты И.Б. Михайловской также следует, что она не исключает подачу представления в пользу осужденного. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. И.Л. Петрухина. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – С. 448. Подчеркнем еще раз, что подобные рассуждения, по нашему мнению, применимы не к прокурору-государственному обвинителю (п. 6 ст. 5, ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 37 УПК), а к вышестоящему прокурору (ч. 4 ст. 354 УПК).



---

<sup>56</sup> Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. – С. 38; Туктарова Н.А. Апелляционная инстанция как дополнительная гарантия прав личности // Судебно-правовая реформа в России: итоги и перспективы : сб. науч. тр. – Оренбург : ИПК ОГУ, 2002. – С. 79.

<sup>57</sup> Радченко В.И. Судебная реформа в Российской Федерации: некоторые теоретические и практические проблемы. – М. : Юридический Дом «Юстицинформ», 1999. – С. 33.

<sup>58</sup> Это подтвердил и Верховный Суд РФ: «...Участие в производстве по уголовному делу обвинителя (государственного обвинителя) не является обязательным условием участия в уголовном судопроизводстве защитника, поскольку обвиняемый (подсудимый) вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника». О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 5 марта 2004 г. № 1 (п. 3) // Рос. газ. – 2004. – 24 марта ; Рос. юстиция. – 2004. – № 2. Кроме того, Пленум Верховного Суда РФ постановил: «Рассматривая жалобу или представление на решение о применении в отношении лица в качестве меры пресечения заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей, суд апелляционной... инстанции при наличии соответствующего ходатайства, согласно положениям статей 16 и 50 УПК РФ, обязан назначить защитника, если лицо, подавшее жалобу, от него не отказалось. Отказ от защитника заявляется в письменном виде. При заявлении подозреваемым, обвиняемым ходатайства об отказе от защитника суду апелляционной... инстанции следует иметь в виду, что в соответствии с частью 2 статьи 52 УПК РФ такой отказ не обязателен для суда». О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста [Электронный ресурс] : постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 29 окт. 2009 г. № 22 (п. 31). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>59</sup> Исключение, как мы уже указывали, составляет государственный обвинитель (п. 1 ч. 3 ст. 364 УПК).

<sup>60</sup> Волколуп О.В. Указ. соч. – С. 188.

<sup>61</sup> Напомним, что в отношении лица прекращается именно уголовное преследование.

<sup>62</sup> Сидорова Н.В. Указ. соч. – С. 118–119, 131, 140.

<sup>63</sup> Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. – С. 47.

<sup>64</sup> Волколуп О.В. Указ. соч. – С. 184.

<sup>65</sup> Напомним, что, по нашему мнению, подать представление против интересов потерпевшего и гражданского истца и в защиту интересов подсудимого и гражданского ответчика может лишь вышестоящий прокурор, но не прокурор-государственный обвинитель.

# ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ОСНОВАНИЯ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА УКЛОНЕНИЕ ОТ УПЛАТЫ НАЛОГОВ И (ИЛИ) СБОРОВ

**ШНИТЕНКОВ А.В.,**

*д.ю.н., доцент, профессор кафедры уголовного права и криминологии,  
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8(3532) 72-22-77,  
post@oimsla.edu.ru*

*Ключевые слова:* уклонение от уплаты налогов и (или) сборов, деятельное раскаяние, освобождение от уголовной ответственности, прекращение уголовного преследования.

*В научной статье рассматриваются проблемные аспекты освобождения от уголовной ответственности за уклонение от уплаты налогов и (или) сборов.*

*Key words:* tax and (or) fees evasion, active repentance, exemption from criminal responsibility, the termination of criminal prosecution.

*The problematic aspects of exemption from criminal responsibility for tax or (and) fees evasion are discussed in this scientific article.*

Федеральным законом от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее – ФЗ № 383) статьи Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ) о налоговых преступлениях были дополнены нормами, предусматривающими возможность освобождения от ответственности за названные деяния.

Так, в соответствии с примечанием 2 к ст. 198 УК РФ *лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное данной статьей, освобождается от уголовной ответственности, если оно полностью уплатило суммы недоимки и соответствующих пеней, а также сумму штрафа в размере, определяемом в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации* (далее – НК РФ). Аналогичное указание содержится в ст. 199 УК РФ, причем оно распространяется и на состав преступления, предусмотренный в ст. 199.1. УК РФ. В этой связи возникает вопрос об обоснованности правовой регламентации такой нормы.

Необходимо отметить, что позиция законодателя по данной проблеме периодически кардинально меняется. Так, в первоначальных редакциях ст.ст. 198 и 199 УК РФ, вступившего в силу с 1.01.1997 г., подобные примечания отсутствовали. Указанные деяния не выходили за рамки преступлений средней тяжести (по ч. 1 ст. 198 УК РФ предусматривалось максимальное наказание в виде лишения свободы до одного года, по ч. 2 ст. 198 УК РФ – до трех лет, по ч. 1 ст. 199 УК РФ – до трех лет, по ч. 2 ст. 199 УК РФ – до пяти лет). Следовательно, на них распространялось общее основание освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием (ч. 1 ст. 75 УК РФ).

Федеральным законом от 25 июня 1998 г. № 92-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»<sup>2</sup> (далее – ФЗ № 92) были увеличены сроки лишения свободы: по чч. 1 и 2 ст. 198 УК РФ, соответственно, до двух и пяти лет, по чч. 1 и 2 ст. 199 УК РФ, соответственно, до четырех и семи лет. Таким образом, уклонение от уплаты налогов или страховых взносов в государственные внебюджетные фонды с организации при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 199 УК РФ) было переведено в разряд тяжких преступлений. Кроме того, в ст. 198 УК РФ появилось примечание 2, гласившее, что *лицо, впервые совершившее преступления, предусмотренные этой статьей, а также ст.ст. 194 или 199 УК РФ, освобождается от уголовной ответственности, если оно*

*способствовало раскрытию преступления и полностью возместило причиненный ущерб.* Важно подчеркнуть, что в тексте законопроекта, принятого в первом чтении, явка с повинной также называлась в числе обязательных условий освобождения от ответственности в рассматриваемом случае.<sup>3</sup>

В пояснительной записке к проекту ФЗ № 92 отмечалось, что предлагаемая новая редакция ст.ст. 194 и 199 УК РФ позволит эффективнее применять данные нормы.<sup>4</sup>

Все названные деяния (за исключением предусмотренного в ч. 2 ст. 199 УК РФ) не выходили за рамки категории средней тяжести. Следовательно, в отношении совершившего их лица уголовное преследование могло быть прекращено в связи с деятельным раскаянием. Однако для последнего требовалось, чтобы виновный впервые привлекался к ответственности за преступления небольшой или средней тяжести, добровольно явился с повинной, способствовал раскрытию преступления и возместил причиненный ущерб (ч. 1 ст. 75 УК РФ). И только в случаях, специально предусмотренных в статьях Особенной части УК РФ, данное основание могло распространяться на тяжкие и особо тяжкие преступления, причем с более ограниченным набором условий освобождения от ответственности (ч. 2 ст. 75 УК РФ). Таким образом, исключение из общей нормы о деятельном раскаянии делалось лишь для тяжких и особо тяжких посягательств.

Фактически получалось, что законодатель предусмотрел специальную разновидность освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием за преступления небольшой и средней тяжести, закрепленные в ст.ст. 194, 198, ч. 1 ст. 199 УК РФ. Тем самым был ограничен перечень условий, требуемых для такого раскаяния, хотя возможность подобного решения не регламентировалась в ч. 1 ст. 75 УК РФ.

Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (далее

- ФЗ № 162) рассматриваемое примечание было исключено<sup>5</sup>. Максимальный срок лишения свободы в санкциях норм, изложенных в чч. 1 и 2 ст. 198 и в чч. 1 и 2 ст. 199 УК РФ, был снижен, соответственно, до одного года и трех лет, двух и шести лет. Кроме того, УК РФ был дополнен ст. 199.1. «Неисполнение обязанностей налогового агента» и ст. 199.2. «Соккрытие денежных средств либо имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых должно производиться взыскание налогов и (или) сборов». Таким образом, законодатель, по существу, вернулся к первоначальному варианту, в соответствии с которым на налоговые преступления распространялась возможность освобождения от уголовной ответственности на основании деятельного раскаяния (ч. 1 ст. 75 УК РФ). В пояснительной записке к проекту ФЗ № 162 указывалось, что «...как показал анализ уголовного законодательства РФ и судебно-следственной практики его применения, многие уголовно-правовые нормы необходимо совершенствовать, а уголовная политика государства нуждается в гуманизации», изменения в статьи о налоговых преступлениях вызваны принятием нового налогового законодательства<sup>6</sup>.

Наконец, ФЗ № 383, как отмечалось выше, вновь установил основание освобождения от уголовной ответственности за налоговые преступления. В пояснительной записке к проекту названного Закона (далее – Пояснительная записка) подчеркивалось, что его целью «является декриминализация сферы налоговых правоотношений и установление на законодательном уровне правовых ориентиров развития налоговой системы, неоднократно провозглашавшихся руководством страны, а именно - прекратить "налоговый террор", перестать "кошмарить" бизнес и т. п.»<sup>7</sup>.

Важно отметить, что в чч. 1 и 2 ст. 198 УК РФ предусмотрены преступления, соответственно, небольшой и средней тяжести. Следовательно, в данном случае освобождения от уголовной ответственности должны быть соблюдены общие требования (ч. 1 ст. 75 УК РФ), предъявляемые к постпреступному поведению виновного. При этом в

ст. 75 УК РФ не предусматривается каких-либо исключений из изложенного в ней правила для отдельных преступлений небольшой или средней тяжести. Таким образом, в примечании 2 к ст. 198 УК РФ законодатель нарушил регламентированные им же основные условия освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, поскольку в этом случае не требуется добровольной явки с повинной и т.п.

Из анализа рассматриваемой нормы можно сделать вывод о том, что для законодателя главное - добиться уплаты виновным налогов и (или) сборов, однако не важно, какими средствами эта цель будет достигнута. В Пояснительной записке сказано, «...что решая вопрос о привлечении к юридической ответственности, государство заинтересовано не в том, чтобы как можно больше налогоплательщиков было привлечено к уголовной ответственности и "село" в тюрьму, а в том, чтобы как можно больше налогоплательщиков сознательно добросовестно исполняли свои обязанности, а в случаях, когда налоговое правонарушение все-таки произошло, налогоплательщик, допустивший его, компенсировал государству все потери. Иными словами, юридическая ответственность не должна превращаться в расправу с налогоплательщиками, а должна способствовать исправлению правонарушителей и тем самым сохранению объема доходов бюджетной системы. ... Принятие законопроекта, по мнению авторов, позволит защитить фискальные интересы государства, создаст реальные условия для укрепления доверия между государством и налогоплательщиками, повысит эффективность применения законодательных норм, предусматривающих ответственность за нарушения законодательства о налогах и сборах и, тем самым, будет способствовать как повышению авторитета государства, так и укреплению его экономической безопасности»<sup>8</sup>.

**Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием применимо к лицу, которое после совершения преступления своим поведением доказало факт утраты им общественной**

**опасности.** Это позволяет говорить о том, что виновный исправился, он не совершит повторного уголовно наказуемого деяния, т.е. реализована цель предупреждения преступлений. В совокупности данные обстоятельства свидетельствуют о нецелесообразности применения уголовного наказания, ибо стоящие перед ним цели фактически достигнуты.

Вряд ли подобное будет обязательно происходить в рассматриваемом случае освобождения от ответственности за налоговые преступления. К сожалению, указанное примечание, как это ни парадоксально, в значительной мере способствует уклонению от уплаты налогов и (или) сборов, а не побуждает лицо к деятельному раскаянию. В самом деле, когда виновный будет изобличен в совершении преступления, ему достаточно уплатить суммы недоимки, пеней, штрафов для того, чтобы избежать уголовной ответственности, пусть и по нереабилитирующему основанию. Он может действовать по принципу – «сначала докажите мою причастность к преступлению, а потом я выполню обязанность налогоплательщика». Представляется, что подобный подход законодателя не отвечает необходимости противодействия налоговым преступлениям.

По мнению Конституционного Суда РФ, «...меры, устанавливаемые в уголовном законе в целях защиты конституционно значимых ценностей, должны определяться исходя из требования адекватности порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого они применяются) тому вреду, который причинен в результате преступного деяния, с тем чтобы обеспечивались соразмерность мер уголовного наказания совершенному преступлению, а также баланс основных прав индивида и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от преступных посягательств»<sup>9</sup>.

Кроме того, важно подчеркнуть, что рассматриваемое примечание распространяется на лицо, **впервые** совершившее преступление, предусмотренное ст. 198 УК РФ. Однако в судебной практике данный признак не получил однозначного толкования. В настоящее время этот

вопрос разрешается на основе разъяснения, содержащегося в п. 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.01.2007 г. № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». В нем указывается, что применительно к ч. 6 ст. 88 УК РФ, предусматривающей особенности назначения наказания в виде лишения свободы несовершеннолетнему осужденному, не достигшему возраста 16 лет, **впервые совершившему преступление небольшой или средней тяжести**, таковым следует считать лицо, совершившее одно или несколько преступлений, если ни за одно из них оно ранее не было осуждено, либо предыдущий приговор в отношении его не вступил в законную силу<sup>10</sup>. Данное толкование, на мой взгляд, нельзя признать верным<sup>11</sup>. Таким образом, даже одновременное привлечение к ответственности за несколько преступлений, в числе которых будет одно налоговое, не препятствует освобождению от преследования за последнее.

ФЗ № 383 Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – УПК РФ) дополнен ст. 28.1. «Прекращение уголовного преследования по делам, связанным с нарушением законодательства о налогах и сборах». В ч. 1 ст. 28.1. УПК РФ отмечается, что уголовное преследование в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ст.ст. 198 - 199.1 УК РФ, прекращается по основаниям, предусмотренным ст.ст. 24 и 27 УПК РФ, а также в случае, если до окончания предварительного следствия ущерб, причиненный бюджетной системе РФ в результате преступления, возмещен в полном объеме. В целях этой статьи под возмещением ущерба, причиненного бюджетной системе РФ, понимается уплата в полном объеме следующих сумм: недоимки в размере, установленном налоговым органом в решении о привлечении к ответственности, вступившем в силу; соответствующих пеней; штрафов в размере, определяемом в соответствии с НК РФ.

Изложенный порядок прекращения уголовного преследования по делам, связанным с нарушением законодательства о налогах и сборах,



вызывает ряд замечаний. Данная норма должна находиться во взаимосвязи с примечаниями к соответствующим статьям УК РФ, а точнее, предусматривать особенности процессуальной реализации закрепленных в них положений. Вместе с тем законодатель не в полной мере выполнил это требование. Так, в ч. 1 ст. 28.1. УПК РФ указано, что уголовное преследование прекращается и в случае, *если до окончания предварительного следствия ущерб, причиненный бюджетной системе РФ в результате преступления, возмещен в полном объеме*. Однако в точном соответствии с примечаниями к названным статьям УК РФ возмещение ущерба только тогда будет являться основанием для освобождения от уголовной ответственности, когда оно было сделано **лицом, впервые совершившим преступления**, предусмотренные ст.ст. 198 -199.1. УК РФ. Поэтому в ст. 28.1. УПК РФ данное условие должно найти обязательное отражение. В противном случае необоснованно расширяются границы действия нормы материального права.

Для прекращения уголовного преследования за налоговые преступления требуется, чтобы ущерб был возмещен до окончания предварительного следствия. Но в примечаниях 1 к ст.ст. 198, 199 УК РФ подобное указание отсутствует, что также приводит к их противоречию со ст. 28.1. УПК РФ.

Порядок прекращения уголовного преследования в ст. 28.1. УПК РФ описан недостаточно четко, в частности, не определены субъекты, в компетенцию которых входит вынесение соответствующего постановления. Из требования о необходимости возмещения ущерба до окончания *предварительного следствия* вытекает, что предварительное расследование по уголовным делам о налоговых преступлениях должно осуществляться только в этой форме (ст. 150 УПК РФ). Действительно, по общему правилу дознание должно производиться по делам о преступлениях, перечисленных в п. 1 ч. 3 ст. 150 УПК РФ, в их числе не названы деяния, предусмотренные ст.ст. 198-199.1. УК РФ. Однако по письменному указанию прокурора

дознание возможно по любым преступлениям небольшой или средней тяжести (п. 2 ч. 3 ст. 150 УПК РФ).

Вместе с тем в ч. 4 ст. 213 УПК РФ закреплено, что по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных ст.ст. 198 - 199.1 УК РФ, **следователь** направляет копию постановления о прекращении уголовного дела в налоговый орган, направивший в соответствии с п. 3 ст. 32 НК РФ материалы для принятия решения о возбуждении уголовного дела.

Видимо, по аналогии со ст.ст. 25, 28 УПК РФ решение о прекращении уголовного преследования способен принять *следователь с согласия руководителя следственного органа*.

В ч. 2 ст. 239 УПК РФ указано, что судья может прекратить уголовное дело на стадии предварительного слушания при наличии оснований, предусмотренных ст.ст. 25 и 28 УПК РФ, по ходатайству одной из сторон. Таким же правом он наделяется на стадии судебного разбирательства (п. 3 ст. 254 УПК РФ). Отсюда можно сделать вывод о том, что к полномочиям судьи не отнесено прекращение уголовного преследования в случае выявления обстоятельств, изложенных в ст. 28.1. УПК РФ. С таким подходом вряд ли можно согласиться. Суд должен обладать правом прекратить уголовное дело по основанию, указанному в ст. 28.1. УПК РФ.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2010. – № 1. – Ст. 4.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 26. – Ст. 3012.

<sup>3</sup> См.: Паспорт проекта Федерального закона № 97034194-2 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // URL: <http://www.duma.gov.ru/systems/law/?number=97034194-2&sort=date>

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> См.: Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 50. – Ст. 4848.

---

<sup>6</sup> См.: Досье на проект федерального закона № 304898-3 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СПС Гарант-Максимум. Арбитражная практика России.

<sup>7</sup> См.: Досье на проект федерального закона № 224549-5 «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (об изменении условий привлечения к уголовной ответственности за налоговые правонарушения) // СПС Гарант-Максимум. Арбитражная практика России.

<sup>8</sup> См.: Досье на проект федерального закона № 224549-5 «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (об изменении условий привлечения к уголовной ответственности за налоговые правонарушения) // СПС Гарант-Максимум. Арбитражная практика России.

<sup>9</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М.А. Асламазян» // Собрание законодательства РФ. - 2008. - № 24. - Ст. 2892.

<sup>10</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. - 2007. - № 4.

<sup>11</sup> См. об этом подробнее: Шнитенков А.В. Совершение преступления впервые как условие освобождения от уголовной ответственности // Российская юстиция. - 2009. - № 4. - С. 21-22.

# ВОПРОСЫ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО И НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

## ПРАВОВЫЕ МЕРЫ ОХРАНЫ ЛЕСОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*АРХИПКИН С.В.,*

*к.ю.н., доцент кафедры экологического и природоресурсного права,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532) 72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** лесоустройство, лесничества, лесопарки, таксация и инвентаризация лесов, лесовосстановление, пожарная и санитарная безопасность в лесах, государственный контроль и надзор, юридическая ответственность за лесные правонарушения.*

*В работе рассмотрены все основные правовые меры охраны лесов в Российской Федерации, в том числе пожарная и санитарная безопасность лесов.*

***Key words:** forest management, forestry, woodland parks, forest valuation and inventory, reforestation, fire and sanitary safety in forests, state control and oversight, legal liability for forest violation of law.*

*The article considers main legal measures of forest conservation in the Russian Federation as well as fire and sanitary safety of forests.*

В Российской Федерации – более 20 процентов мировых запасов древесины и 406 различных пород деревьев. Лес играет решающую роль в поглощении углекислоты из атмосферы и следовательно в установлении климата на планете. Многочисленные пожары летом 2010 года в России показали, что проблемы охраны лесов могут значительно повлиять на экологическую обстановку, на экономику России и даже на политическую ситуацию в стране.

Одним из определяющих принципов правового регулирования использования и охраны лесов является обеспечение оптимального уровня состояния лесов, их наиболее рациональное комбинированное использование в неразрывной связи с охраной и защитой лесов, сохранением и умножением их полезных функций. Эти общие требования действуют в отношении всех лесов.

Все лесопользователи, осуществляющие соответствующие виды лесопользования, обязаны не допускать возникновения эрозии почв, отрицательного воздействия этих пользований на состояние и воспроизводство лесов, водоемов, других природных богатств, соблюдать пожарную безопасность. Общее правило охраны и защиты лесов сформулировано в лесном законодательстве: все леса подлежат охране от пожаров, незаконных порубок, нарушений установленного порядка лесопользования и других действий, причиняющих вред лесу, а также защите от вредителей и болезней.

Охрана и защита лесов осуществляется с учетом их биологических и региональных особенностей и включает комплекс организационных, правовых и других мер, направленных на рациональное использование

лесного фонда, его сохранение от уничтожения, повреждения, ослабления, загрязнения и иных вредных воздействий.

В новом Лесном кодексе, в ст.51 под правовыми мерами охраны лесов понимается система мер направленных на охрану лесов от пожаров, от загрязнения (в том числе радиоактивными веществами) и от иного негативного воздействия, а также защите от вредных организмов.

Необходимо выделить четыре основные группы правовых мер по охране лесов.

Первая такая группа правовых мер относится к требованиям, предъявляемых к ведению лесного хозяйства.

Во-первых, это установленные в лесном законодательстве требования, предъявляемые к ведению лесоустройства, которые изложены в правилах проведения лесоустройства, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 18 июня 2007<sup>1</sup> г., к ним относятся:

1) Проектирование лесничеств и лесопарков, при этом составляются ведомости и схемы проектируемого деления лесов на лесничества и лесопарки. В свою очередь, территории лесничеств и лесопарков делятся на лесные кварталы с указанием номера лесного квартала.

2) Проектирование эксплуатационных лесов, защитных лесов, резервных лесов, а также особо защитных участков лесов. Границы эксплуатационных лесов, защитных лесов и резервных лесов устанавливаются по квартальным просекам и границам лесных кварталов с учетом естественных рубежей в границах лесничеств и лесопарков, закрепляются на местности с помощью лесоустроительных, лесохозяйственных знаков и указываются на картах лесов. Проектирование особо защитных участков лесов в эксплуатационных лесах, защитных лесах и резервных лесах осуществляется в целях выделения относительно небольших участков леса, имеющих важное значение для выполнения берегозащитных, почвозащитных и других важных функций. Их границы устанавливаются по квартальным просекам и границам лесных кварталов с учетом естественных

рубежей, а также по лесотаксационным выделам, закрепляются на местности с помощью лесоустроительных, лесохозяйственных знаков и указываются на картах лесов.

3) Проектирование лесных участков в пределах лесничеств и лесопарков осуществляется в целях организации использования лесов. При проектировании лесных участков определяются их месторасположение, границы по лесным кварталам или лесотаксационным выделам, площадь и иные количественные и качественные характеристики.

По результатам проектирования лесных участков составляются ведомости и схемы проектируемых лесных участков.

4) Проводится таксация лесов для выполнения, учета и оценки количественных и качественных характеристик лесных ресурсов. При таксации лесов, проводимой в пределах лесных участков, лесничеств, лесопарков, осуществляется установление границ лесотаксационных выделов, определение преобладающих и сопутствующих древесных пород, диаметра, высоты и объема древесины, лесорастительных условий, естественного возобновления древесных пород и подлеска, а также других показателей, характеризующие лесные ресурсы. По результатам проведения таксации лесов составляются таксационные описания и картографические материалы по лесным участкам, лесничествам и лесопаркам.

5) Проектирование мероприятий по охране, защите и воспроизводству лесов проводится по результатам проведения таксации лесов, по результатам проектирования составляются соответствующие ведомости по лесным участкам, лесничествам и лесопаркам.

Во-вторых, впервые установлены такие правовые меры как создание в каждом субъекте Российской Федерации лесного плана субъекта, который утверждается губернатором соответствующего субъекта. В нем на основании данных лесоустройства отражены границы лесничеств и лесопарков данного субъекта Российской Федерации. Также впервые теперь в субъектах должен приниматься лесохозяйственный регламент на срок 10 лет, в котором

должны быть отражены: виды использования лесов, возрасты рубок, сроки использования и ограничения по пользованию лесом.

В-третьих, лесопользователями и это тоже впервые должны составляться проекты освоения лесов и по этим проектам проводиться государственная экспертиза.

В-четвертых, устанавливается государственная инвентаризация лесов, которая утверждена Постановлением Правительства Российской Федерации от 26 июня 2007 года<sup>2</sup> и представляет собой мероприятия по проверке состояния лесов, их количественных и качественных характеристик, которая проводится Федеральным агентством лесного хозяйства. В целях своевременного выявления и прогнозирования развития процессов, оказывающих негативное воздействие на леса, осуществляются:

- проверка состояния лесов, их количественных и качественных характеристик (площадь лесов, объемы и прирост древесины, распределение лесов различного целевого назначения по преобладающим древесным породам лесных насаждений, возрасту и т.д.);

- выявление и учет изменений состояния лесов, происходящих в результате негативных воздействий (в том числе изменений, произошедших в результате воздействия вредных организмов, лесных пожаров, ветровалов, использования лесов и т. д.), а также причин, приведших к такому изменению.

Государственная инвентаризация проводится аэрокосмическими и наземными способами с использованием методов статистической выборки.

Данные о негативном воздействии на леса и нарушение лесного законодательства, полученные при проведении государственной инвентаризации лесов и требующие принятия неотложных мер, в 3-дневный срок с даты их получения направляются в соответствующие органы государственной власти, органы местного самоуправления, осуществляющие функции управления в области использования, охраны, защиты и



воспроизводства лесов, а также в органы государственной власти, уполномоченные в области государственного лесного контроля и надзора.

Вторая группа правовых мер охраны лесов, связана с требованиями к воспроизводству лесов и лесоразведению, что предусмотрено главой 4 Лесного кодекса Российской Федерации.

Лесные ресурсы относятся к возобновляемым, поэтому лесное законодательство и регулирует воспроизводство лесов и лесоразведение. Воспроизводство лесов имеет важнейшее экологическое значение. Проведение лесовосстановительных мероприятий обеспечивает своевременное восстановление лесных насаждений на зарубках, гарях и других не покрытых лесной растительностью землях лесного фонда. Воспроизводство лесов осуществляется путем лесовосстановления, что регулируется «Правилами лесовосстановления», утвержденными Приказом МПР РФ от 16.07.2007 года и ухода за лесами, что регулируется «Правилами ухода за лесами», утвержденными Приказом МПР РФ от 16.07.2007 года. Лесовосстановление может быть естественным, искусственным или комбинированным. Наряду с мероприятиями по лесовосстановлению в Российской Федерации проводятся работы по лесоразведению для предотвращения водной, ветровой и иной эрозии почв, создания защитных лесов и иных целей, связанных с повышением потенциала лесов. Уход за лесами представляет собой осуществление мероприятий, направленных на повышение продуктивности лесов, сохранение их полезных функций (вырубка части деревьев, кустарников, агро-лесомелиоративные и иные мероприятия). В настоящее время недостаточное финансирование работ по воспроизводству лесов отрицательно сказывается на качестве и эффективности лесовосстановительных мероприятий.

Следует отметить, что в самом Лесном кодексе РФ заложено определенное противоречие. Так, в соответствии с п. 4 ст.61 ЛК РФ, невыполнение гражданами, юридическими лицами, осуществляющими использование лесов, лесохозяйственного регламента и проекта освоения

лесов в части воспроизводства лесов является основанием для досрочного расторжения договоров аренды лесных участков и договоров купли-продажи лесных насаждений. Вместе с тем, в соответствии с п. 5 ст. 17 Лесного кодекса РФ, осуществление сплошных рубок на лесных участках, предоставленных для заготовки древесины, допускается только при условии воспроизводства лесов на указанных участках. Учитывая, что в соответствии с п. 8 ст. 29 Лесного кодекса РФ на основании договоров купли-продажи лесных насаждений осуществляется заготовка древесины без предоставления лесных участков, - можно сделать вывод, что требование обязательного воспроизводства лесов при заготовке древесины на основании договоров купли-продажи лесных насаждений на лесопользователей не распространяется. Данный вывод подтверждают и другие положения ЛК РФ. Так, в соответствии с п. 2 ст. 61, воспроизводство лесов осуществляется путем лесовосстановления и ухода за лесами. При этом, в п.2 ст.62 закреплено, что лесовосстановление на лесных участках, предоставленных в аренду для заготовки древесины, осуществляется лицами, использующими леса на основании проекта освоения лесов, который в случае заготовки древесины на основании договора купли-продажи лесных насаждений (п. 1 ст. 88 Лесного кодекса РФ). Таким образом, ни в том, ни в другом случае для лиц, осуществляющих заготовку древесины на основании договора купли-продажи лесных насаждений, не закрепляется обязанность обеспечивать воспроизводство лесов<sup>3</sup>.

По нашему мнению, возможность предоставления такого права на использование леса, когда фактически продается древесина на корню без каких-либо обязанностей лесопользователя по лесовосстановлению, должна быть предусмотрена при том условии, что основой лесопользования станет все-таки договор аренды. В принципе, новый Лесной кодекс РФ учитывает необходимость такого подхода и в ст. 75 закрепляет, что заключение договоров купли-продажи лесных насаждений ограничивается

исключительными случаями, устанавливаемыми законами субъектов Российской Федерации.

К третьей группе правовых мер по охране лесов следует выделить меры по государственному контролю и надзору за состоянием безопасности в лесах России.

Государственный лесной контроль и надзор осуществляются путем охраны лесов от нарушений лесного законодательства (лесной охраны) и проведения проверок соблюдения лесного законодательства.

Согласно нового Федерального закона от 29.12.2010 года «О внесении изменений в Лесной кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>4</sup>, государственный лесной контроль и надзор осуществляется органами государственной власти в пределах их полномочий, определенных в соответствии с Лесным кодексом и другими федеральными законами.

Должностные лица, осуществляющие государственный лесной контроль и надзор (государственные лесные инспектора, лесничие), имеют право:

- 1) предотвращать нарушения лесного законодательства, в том числе совершаемые лицами, не осуществляющими использования лесов;
- 2) осуществлять патрулирование лесов в соответствии с нормативами, установленными уполномоченным федеральным органом исполнительной власти;
- 3) проверять у граждан документы, подтверждающие право осуществлять использование, охрану, защиту, воспроизводство лесов и лесоразведение;
- 4) пресекать нарушения лесного законодательства, в том числе приостанавливать рубки лесных насаждений, осуществляемые лицами, не имеющими предусмотренных настоящим Кодексом документов;

5) ограничивать и предотвращать доступ граждан, въезд транспортных средств на лесные участки в период действия ограничения или запрета на пребывание в лесах;

6) осуществлять проверки соблюдения лесного законодательства;

7) составлять по результатам проверок соблюдения лесного законодательства акты и предоставлять их для ознакомления гражданам, юридическим лицам, осуществляющим использование, охрану, защиту, воспроизводство лесов и лесоразведение;

8) давать обязательные для исполнения предписания об устранении выявленных в результате проверок соблюдения лесного законодательства нарушений и осуществлять контроль за исполнением указанных предписаний в установленные сроки;

9) осуществлять в установленном порядке досмотр транспортных средств и при необходимости их задержание;

10) уведомлять в письменной форме граждан, юридических лиц, осуществляющих использование, охрану, защиту, воспроизводство лесов и лесоразведение, о результатах проверок соблюдения лесного законодательства и о выявленных нарушениях;

11) предъявлять гражданам, юридическим лицам, осуществляющим использование, охрану, защиту, воспроизводство лесов и лесоразведение, требования об устранении выявленных в результате проверок соблюдения лесного законодательства нарушений;

12) предъявлять иски в суд, арбитражный суд в пределах своей компетенции;

13) осуществлять в пределах своей компетенции производство по делам об административных правонарушениях;

14) привлекать в установленном порядке научно-исследовательские, проектно-изыскательские и другие организации для взятия проб, проведения соответствующих анализов, осмотров и подготовки соответствующих заключений;

(часть 3 ст. 96 Лесного кодекса в ред. Федерального закона от 29.12.2010 № 442-ФЗ)

Должностные лица, осуществляющие государственный лесной контроль и надзор, имеют право на ношение, хранение и применение специальных средств, служебного оружия, а также разрешенного в качестве служебного оружия гражданского оружия самообороны и охотничьего огнестрельного оружия в порядке, установленном Федеральным законом от 14 апреля 1999 года № 77-ФЗ "О ведомственной охране".

Правила хранения, ношения и применения специальных средств должностными лицами, осуществляющими государственный лесной контроль и надзор, определяются Правительством Российской Федерации.

Государственному лесному инспектору, лесничему выдаются служебные удостоверения и форма установленного образца.

Решения органов исполнительной власти, осуществляющих государственный лесной контроль и надзор, являются обязательными для исполнения всеми участниками лесных отношений. Указанные решения могут быть обжалованы в судебном порядке.

Важнейшей мерой охраны является пожарная безопасность в лесах. Лесные пожары продолжают оставаться одним из наиболее негативных факторов, влияющих на состояние лесов, что и подтвердило лето 2010 года. Ежегодно в России регистрируется от 18 тыс. до 37 тыс. лесных пожаров. Причиной более 80 % лесных пожаров, по оценке специалистов, является человеческая деятельность. Огромные площади лесных ресурсов и нехватка необходимого оборудования и финансовых средств заставляют ограничивать охраняемую площадь самыми опасными в этом отношении территориями. В многолесных и труднодоступных районах, где обнаружение и оперативная ликвидация лесных пожаров силами наземной охраны затруднены либо невозможны, проблемы охраны лесов разрешаются с помощью авиации. Порядок организации и осуществления авиационных работ по охране и защите лесов установлены Постановлением Правительства Российской Федерации от 14.04.1999 № 77-ФЗ.

Федерации от 19.06.2007 года<sup>5</sup>. Зоны осуществления лесоавиационных работ определяются Федеральным агентством лесного хозяйства по согласованию с органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Авиапатрулирование начинается с наступлением пожарной опасности в лесу по условиям погоды независимо от плановых сроков начала и окончания лесоавиационных работ. В состав этих работ входят:

А) проведение авиационного патрулирования;

Б) проведение профилактических мероприятий, в том числе противопожарной пропаганды;

В) выполнение авиационных работ по тушению лесных пожаров с использованием парашютно-пожарных и десантно-пожарных команд и групп, воздушных судов и других технических средств, а также взрывчатых материалов.

Г) участие в обеспечении мероприятий по предотвращению чрезвычайных ситуаций, связанных с лесными пожарами, и проведение первоочередных аварийно-спасательных работ;

Д) проведение лесопатологического мониторинга;

Е) выполнение авиационных работ по локализации и ликвидации очагов вредных организмов.

Охрана лесов от пожаров осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 21.12.1994 года «О пожарной безопасности» и Лесным кодексом РФ. Так, согласно ст.53 ЛК РФ в целях обеспечения пожарной безопасности в лесах осуществляются:

1) противопожарное обустройство лесов, в том числе строительство, реконструкция и содержание дорог противопожарного назначения, посадочных площадок для самолетов, вертолетов, используемых в целях проведения авиационных работ по охране и защите лесов, прокладка просек, противопожарных разрывов;

2) создание систем, средств предупреждения и тушения лесных пожаров (пожарная техника и оборудование, пожарное снаряжение и др.),

содержание этих систем, средств, а также формирование запасов горюче-смазочных материалов на период высокой пожарной безопасности;

- 3) мониторинг пожарной опасности в лесах;
- 4) разработка планов тушения лесных пожаров;
- 5) тушение лесных пожаров;
- 6) иные меры пожарной безопасности в лесах.

Привлечение граждан, юридических лиц для тушения лесных пожаров осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и технического характера». Меры пожарной безопасности на лесных участках, предоставленных в аренду, осуществляются арендаторами этих лесных участков на основании проекта освоения лесов. Правила пожарной безопасности в лесах устанавливаются Правительством РФ.

Защита лесов направлена на выявление в лесах вредных организмов (растений, животных, болезнетворных организмов, способных при определенных условиях нанести вред лесам или лесным ресурсам) и предупреждение их распространения, а в случае возникновения очагов вредных организмов, отнесенных к карантинным объектам,- на их локализацию и ликвидацию. Защита лесов от вредных организмов, отнесенных к карантинным объектам, осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 15 июля 2000 г. № 99-ФЗ «О карантине растений».

Общая площадь погибших насаждений в 2008 г. составила 476,9 тыс. га. Среди всех причин усыхания насаждений наиболее губительным было воздействие вредителей и болезней леса. Общая площадь очагов вредителей и болезней леса на конец 2008 г. Составила 3200,9 тыс. га. Гибель лесов от повреждений вредными насекомыми всегда была вторым по значению фактором после лесных пожаров, а в 2008 г. стала главенствующим. Усыхание насаждений от лесных пожаров сейчас находится на втором месте – 167,5 тыс. га.

Согласно ст. 55 ЛК РФ в целях обеспечения санитарной безопасности в лесах осуществляются:

- 1) Лесозащитное районирование (определение зон слабой, средней и сильной лесопатологической угрозы);
- 2) Лесопатологические обследования и лесопатологический мониторинг;
- 3) Авиационные работы и наземные работы по локализации и ликвидации очагов вредных организмов;
- 4) Санитарно-оздоровительные мероприятия (вырубка погибших и поврежденных лесных насаждений, очистка лесов от захламления, загрязнения и иного негативного воздействия);
- 5) Установление санитарных требований к использованию лесов.

Меры санитарной безопасности на лесных участках, предоставленных в аренду, осуществляются арендаторами этих лесных участков на основании проекта освоения лесов. Правила санитарной безопасности в лесах устанавливаются Правительством РФ.

В целях охраны и защиты лесов проводится лесопатологический мониторинг – сбор, анализ и использование информации о лесопатологическом состоянии лесов, в том числе об очагах вредных организмов, отнесенных к карантинным объектам. Порядок организации и осуществления лесопатологического мониторинга устанавливается уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (ст.57 ЛК РФ). Кроме этого, в лесах осуществляется радиационное обследование и устанавливаются зоны радиоактивного загрязнения в целях их охраны от загрязнения радиоактивными веществами.

Для сохранения редких и находящихся под угрозой исчезновения видов деревьев, кустарников, лиан, иных лесных растений, занесенных в Красную книгу РФ или Красные книги субъектов Федерации, может запрещаться осуществление деятельности, негативное воздействие которой может привести к сокращению численности таких растений и ухудшению



среды их обитания, либо могут устанавливаться ограничения осуществления этой деятельности.

Общее ухудшение лесопатологической обстановки в лесах РФ, помимо биологических особенностей, вызвано действием комплекса неблагоприятных для лесных экосистем климатических факторов и рядом организационных недостатков службы лесозащиты. Среди них – недостаточная численность специалистов в области лесной защиты в регионах, недостаточное финансирование лесозащитных мероприятий – лесопатологического мониторинга, лесопатологических экспедиционных обследований, истребительных мероприятий и т.д.

В целях охраны лесов от загрязнения радиоактивными веществами осуществляется радиационное обследование лесов и устанавливаются зоны их радиоактивного загрязнения.

Особенности охраны лесов, разработки и осуществления профилактических и реабилитационных мероприятий в зонах радиоактивного загрязнения лесов устанавливаются уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

К четвертой группе правовых мер охраны лесов относятся меры, связанные с юридической ответственностью за лесные правонарушения. Лесным кодексом РФ не установлены нормы административной и уголовной ответственности: они предусматриваются УК РФ и КоАП. Так, УК РФ предусмотрена ответственность за незаконную рубку лесных насаждений (ст. 260 УК РФ) и за уничтожение или повреждение лесных насаждений (ст. 261 УК РФ).

Кодексом РФ об административных правонарушениях таковыми признаются:

- самостоятельное занятие лесных участков (ст. 7,9);
- самовольная переуступка права пользования землей, недрами, лесными участком или водным объектом (ст.7,10);

- нарушение порядка предоставления гражданам, юридическим лицам земельных участков, лесов в водоохранных зонах и режима их использования (чт. 8,12);
- нарушение порядка предоставления гражданам, юридическим лицам лесов для их использования (ст.8,24);
- нарушение правил использования лесов (ст.8,25);
- самовольное использование лесов, нарушение правил использования лесов для ведения сельского хозяйства, уничтожения лесных ресурсов (ст.8,26);
- нарушение правил лесовосстановления, правил лесоразведения, правил ухода за лесами, правил лесного семеноводства (ст.8,27);
- незаконная рубка, повреждение лесных насаждений или самовольное выкапывание в лесах деревьев, кустарников, лиан (ст. 8,28);
- уничтожение мест обитания животных (ст. 8,29);
- уничтожение лесной инфраструктуры, а также сенокосов, пастбищ (ст.8,30);
- нарушение правил санитарной безопасности в лесах (ст. 8,31);
- нарушение правил пожарной безопасности в лесах (ст.8,32).

Лесным кодексом РФ подтверждается обязанность возмещения вреда, причиненного нарушением лесного законодательства. В этом проявляются системность российского законодательства, взаимодействие и экологизация различных отраслей права. Для определения размера ущерба, причиненного лесному хозяйству нарушением лесного законодательства, необходимо руководствоваться таксами для исчисления размера взысканий за ущерб. Расчет ущерба вместе с протоколом о лесонарушении и другими необходимыми документами должен быть приложен к исковому заявлению.

В целом, следует отметить и дальнейшую необходимость увеличения штрафных санкций и иных мер ответственности в лесном праве.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 2007. № 26. Ст. 3182.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. 2007. № 27. Ст. 3294.

---

<sup>3</sup> В.Н. Кульнев. Развитие в новом лесном кодексе правовых форм участия лесопользователей в осуществлении мероприятий по охране, защите и воспроизводству лесов.// Аграрное и земельное право. 2007. № 5. С. 60-61.

<sup>4</sup> Российская газета от 31 декабря 2010 года.

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ.2007.№ 26.Ст.3182.

## **СПЕЦИАЛЬНЫЕ НАЛОГОВЫЕ РЕЖИМЫ ДЛЯ МАЛОГО БИЗНЕСА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

***РАХМАТУЛЛИНА О.В.,***

*преподаватель кафедры административного и финансового права,*

*Оренбургский Институт (филиал) МГЮА,*

*460000, ул. Комсомольская, 50, тел.: 8 (3532) 72-22-77,*

*e-mail: post@oimsla.edu.ru*

*Ключевые слова:* специальный налоговый режим, упрощённая система налогообложения, налог на предпринимательство, предпринимательская деятельность, налоговые преимущества (льготы).

*В настоящее время малый бизнес является основой экономики наиболее развитых стран. Это подтверждается тем, что, например, в США, Германии, Японии, Великобритании на долю малых предприятий приходится примерно 50-80% ВВП, так как создание адекватных условий для малого бизнеса в данных странах является приоритетным. Автор в своей статье рассматривает основные виды упрощённых налоговых режимов для предпринимателей в зарубежных странах, выделяя основные их достоинства, которые могут быть применимы в налоговом законодательстве Российской Федерации.*

**Key words:** *special tax regime, simplified taxation system, business tax, entrepreneurship, tax exemptions.*

*Most developed countries in the world implement the simplified taxation system for small businesses. The United States of America, Germany, Japan, and Great Britain put a lot of efforts in creating adequate environment for small businesses, which results in the fact that the small businesses in those countries constitute from 50% to 80% of GPD (Gross Domestic Product). The article discusses general types of simplified taxation systems abroad, emphasizing their advantages that can be implemented in the taxation system for small businesses in Russian Federation.*

Проблема правового регулирования налогообложения предпринимательской деятельности является одной из приоритетных в современной экономике любой страны. Малое предпринимательство как ведущий сектор экономики определяет, прежде всего, темпы экономического роста, а также структуру и качество национального валового продукта. Следовательно, именно поэтому, большинство развитых стран делают все, чтобы развивать малый бизнес.

У каждой страны свой путь решения проблем малого бизнеса, это могут быть и специальные налоговые режимы, налоговые льготы, а также предоставление других преимуществ.

Фактически режимы налогообложения субъектов малого предпринимательства, в достаточной степени, различны в зависимости от страны, целей и условий, в которых они применяются. Однако применяемые режимы в зарубежных странах можно условно разделить на три группы:

- режимы, основанные на общеустановленной системе налогообложения, но предусматривающий для данной категории налогоплательщиков целый ряд льгот или же каких-либо налоговых

стимулов (условно данные режимы можно обозначить как «особые режимы налогообложения»);

- упрощенные режимы налогообложения;
- режимы, построенные на использовании косвенных методов определения налоговых обязательств налогоплательщика (два последних вида режимов могут быть выделены как специальные режимы налогообложения).<sup>1</sup>

Прежде всего, следует определиться с самим термином «специальные налоговые режимы». Различные авторы по-разному понимают данное понятие. Так, Барулин С.В. и Жирова Г.В. предлагают рассматривать специальный правовой режим с двух методологических позиций: как организационно-финансовую категорию и как особую форму (механизм) налогового регулирования.

1). «Как организационно-правовая категория специальные налоговый режим имеет две субстанции: с одной стороны, ее содержание составляет движение стоимости в налоговой форме; с другой стороны – это категория особой организации налогообложения, строящаяся на специальных принципах, и управления налоговым процессом в строго определенных сферах деятельности (субъективная сущность).

2). Как форма налогового регулирования специальный налоговый режим может проявляться в двух ипостасях: в виде упрощения общей системы налогов, налогообложения учета и отчетности и в виде реального снижения налоговой нагрузки, по сравнению с общим правовым режимом»<sup>2</sup>.

Матинов А.С. считает, что "специальные налоговые режимы" являются подробностью (институтом) налогового права, которое регулирует определенные правоотношения в целом, а также устанавливает и определяет правовое поле налоговых режимов, имеющих отличия от общего режима налогообложения. Необходимость данного института налогового права обусловлена потребностью регулирования налоговых правоотношений субъектов специальных налоговых режимов<sup>3</sup>.

В Налоговом кодексе РФ указывается, что «специальные налоговые режимы могут предусматривать особый порядок определения элементов налогообложения, а также освобождение от обязанности по уплате отдельных налогов и сборов...»<sup>4</sup>.

Анализ данной нормы позволяет указать на ряд признаков специальных налоговых режимов:

1). Они представляют особый порядок исчисления и уплаты налогов и сборов. Этот порядок (а он будет вводиться как бессрочно так и на определенное время) может:

- предусматривать определённые элементы налогообложения;
- касаться определенных категорий налогоплательщиков (например, субъектов малого предпринимательства);
- распространяться на определенные виды деятельности (например, где трудно контролировать реальные доходы и расходы налогоплательщика);
- применяться лишь на определенных территориях (например, при соглашениях о разделе продукции);

2). Эти режимы могут действовать только в тех случаях, когда это будет прямо предусмотрено в самом налоговом законодательстве;

3). Порядок применения специальных режимов налогообложения непосредственно устанавливается нормами в законах.<sup>5</sup>

В зарубежных странах широко применяются различные формы специальных налоговых режимов для малого бизнеса, и они заметно отличаются от налоговых режимов, которые существуют в России.

В странах Европейского союза на данный момент разработаны специальные программы по развитию конкурентоспособности национальных малых предприятий. И одним из основных направлений такой политики является финансовая поддержка малого бизнеса, в том числе с помощью установления специальных налоговых режимов.

Так, во **Франции** действуют несколько специальных налоговых режимов, призванных обеспечить эффективное функционирование малого бизнеса в стране. Причем, существует градация всех предприятий по количеству работающих в них человек:

- микропредприятия — с численностью занятых до 10 человек;
- малые предприятия — с численностью от 10 до 50 человек.

Серьезным инструментом поддержки малого бизнеса во Франции считаются налоговые каникулы: в течение двух лет с момента основания компания освобождается от налога на прибыль. Государство считает, что на этапе становления предприятия прибыли все равно будет мало, так что казна много не потеряет.<sup>6</sup>

Также, во Франции действует *налог на предпринимательство* — *taxe professionnelle*, который взимается ведомственными и региональными советами для финансирования местных государственных служб, включая торгово-промышленные палаты.

Новый бизнес получает налоговую льготу в размере 100% в первый год и 50% во второй год. Кроме этого, существует ряд других льгот по этому налогу. В частности, его не платят ремесленники и фермеры, а также некоторые представители «свободных профессий» (в частности те, кто занимается искусством). Также существуют налоговые льготы для компаний, расположенных в зонах приоритетного развития. Также освобождаются от уплаты этого налога на три года новые микро-предприятия и предприятия типа *auto-entrepreneur*, которые платят налоги в соответствии с режимом *micro-fiscal*.

Для микро предприятий во Франции используется отдельный режим налогообложения, который носит название *régime micro-entreprise*. Он подразделяется на режимы *Micro-BIC* и *Micro-BNC* и применяется только к лицам, зарегистрированным как индивидуальный предприниматель (EI), годовой оборот которых не превышает:

- 80 000 евро (Micro-BIC) -для предприятий, работающих в сферах торговли или аренды жилья;

- 32 000 евро — для специалистов (Micro-BNC) и ремесленников (Micro-BIC).

Предприятие может превышать эти максимальные значения годового оборота в течение первых двух лет подряд, после чего оно обязано изменить схему налогообложения на *régime réel du simplifié*. Этот режим предусматривает менее жёсткие требования к налоговому учёту и отчётности. Годовой оборот таких предприятий не должен превышать:

- 763 000 (для BIC) или 76 300 евро (для BNC) — для предприятий, работающих в сферах торговли или аренды жилья;

- 230 000 евро для предприятий, занимающихся предоставлением услуг.

Предприятие также может изменить режим налогообложения по собственному выбору, но существуют ограничения относительно того, в каких случаях это может быть сделано.

Кроме этого, микро-предприятия не могут начислять НДС на свои товары и услуги и не имеют права на возмещение НДС.

Малое предприятие не обязано вести полный бухгалтерский учёт и представлять отчётность, требуемую от обычных предприятий.

Во Франции налогообложение для малых предприятий сильно упрощено.

При основном режиме расходы предприятия считаются фиксированными, а остаток облагается налогом как прибыль. Таким образом, налоговый учёт фактических расходов не ведётся. При этом существует ограничение на сумму социальных отчислений, а именно: для торгового бизнеса социальные выплаты не могут превышать 12%, для бизнеса, связанного с предоставлением услуг, — 23,3%.

Также, вот Франции для безработных, решивших создать собственный бизнес, разработана своя система поддержки. Они



освобождаются от налогов уже не на 2, а на 3 года и на год от обязательных социальных выплат. Безработным, ставшим предпринимателями, выдаются специальные книжки, отрывными чеками из которых можно расплачиваться за консультации по менеджменту, юриспруденции, бухгалтерскому учету и т.п. Практически все владельцы малых предприятий могут рассчитывать на получение льготных кредитов, ссуд и субсидий.

Поощрение создания предприятий и предотвращение их банкротств является одной из ключевых сфер сотрудничества государства и бизнеса. Этим занимается специальное учреждение – Национальное агентство по созданию предприятий (АНСЕ), которое не только содействует будущим частным предпринимателям, но и изыскивает возможности скупки предприятий при возникновении угрозы банкротства.<sup>7</sup>

Таким образом, основным достоинством системы налогообложения субъектов малого предпринимательства во Франции является то, что существуют критерии разделения в целях налогообложения всей предпринимательской сферы: на микро-бизнес, малый бизнес, средний бизнес, крупный бизнес. И к каждому из этих категорий предпринимательской деятельности применяются свои специальные режимы, которые учитывают все их особенности (*taxe professionnelle, régime micro-entreprise, régime réel du simplifié*). Именно поэтому в секторе малых и средних предприятий во Франции занято около 56% работающего населения страны.

Малый бизнес в **Великобритании** также имеет существенные налоговые преимущества. В частности, малые предприятия освобождаются от уплаты налога на прибыль со средств, направленных на информационные и телекоммуникационные технологии, а также части средств, выделяемых на НИОКР.

Кроме того, прогрессивная шкала налогообложения прибыли предприятий создает относительно благоприятные условия для деятельности малых предприятий с небольшими размерами прибыли. В частности:

- при прибыли менее 10 тыс. ф. ст. – ставка налогообложения 0%;
- менее 50 тыс. ф. ст. – 10% с первых 10 тыс. ф. ст. и 23,75% с суммы, превышающей 10 тыс. ф. ст.;
- от 50 до 300 тыс. ф. ст. – 19%;
- от 300 тыс. ф. ст. до 1500 тыс. ф. ст. – 19% с первых 300 тыс. ф. ст. и 32,75% с суммы, превышающей 300 тыс. ф. ст.;
- более 1500 тыс. ф. ст. – 30%.

Малый бизнес имеет отдельные льготы по ведению налоговой отчетности, к которым относятся отсрочки по уплате налогов, система скидок на штрафы при уплате просроченных ссуд, в том числе освобождение от «автоматических» штрафов за несвоевременную уплату НДС.

Малые предприятия, оборот которых не превышает 56 тыс. ф.ст. не платят НДС.

Кроме того, малые предприятия с оборотом до 0,6 млн. ф. ст. выплачивают НДС раз в год, с оборотом 0,6-2,8 млн. ф. ст. - на общих условиях – ежеквартально.

Малым фирмам предоставляются льготы при взимании местного налога на имущество, что помогает отчасти разрешить проблему ликвидности.

Имеются и другие льготы в отдельных отраслях. Так, предприятия-производители пива, с объемом производства менее 0,5 млн. литров пива в год, платят акциз на пиво в размере 50% от стандартной ставки.

К другим льготам в сфере налогообложения можно отнести упрощенную систему налоговой регистрации. Малые предприятия, чей оборот не превышает 56 тыс. ф.ст., не подлежат регистрации в местном отделении Королевской службы таможен и акцизов в целях обложения НДС.

Для отдельных видов деятельности установлен более низкий порог для регистрации (например, компании, занимающиеся предоставлением услуг в общественной сфере, должны регистрироваться лишь при обороте более 26 тыс. ф.ст.).

Таким образом, упрощённый режим налоговой регистрации малых предприятий, пониженные налоговые ставки, а также постоянная поддержка со стороны государства в других сферах, делают возможным более эффективное развитие предпринимательства в Великобритании.

Налогообложение в *Соединенных Штатах Америки* – сложная система, включающая в себя уплату налогов по крайней мере на четырёх уровнях и многообразные методы обложения. Налогообложение в США проводится как на федеральном уровне, на уровне штатов, так и на местном уровне.<sup>8</sup>

На сегодняшний день в США зарегистрировано более 20 млн. малых фирм, причем ежегодно открывается еще не менее 1 млн. новых. Каждая третья американская семья занята в малом бизнесе. В целом же компании со штатом до 100 человек обеспечивают рабочими местами более половины трудоспособного населения США. Некоторые американские учебники по предпринимательству утверждают, что до 20% малых фирм США начинают с \$1000–5000. И более половины из них менее чем за 2–3 года перемещаются в строки компаний с ежегодным доходом более \$1 млн.

Американские предприниматели предпочитают организовывать бизнес исключительно на собственные средства. Только 10% малых компаний стартует на базе заемного капитала. 90% малых фирм организуется на сбережения владельца, его семьи, дальних родственников и близких друзей. Согласно ежегодным статистическим данным, предоставляемым ассоциацией малого бизнеса США, более половины успешно и быстро развивающихся компаний создавались на базе офиса на дому, при этом их стартовые затраты не превышали \$25 000.

В США можно начать бизнес, купив лицензию на определённый вид деятельности, заменяющую многие местные налоги и сборы (так, в одном из городов Калифорнии он составляет всего \$15 в год при продажах менее \$15 тыс.). Кроме всего прочего, в первый год работает так называемый «бонус первого года», когда налоговые льготы достигают до 50%, причём государство

самостоятельно погашает около 90% кредитов, полученных малым бизнесом в коммерческих банках.

В вопросах федерального налогообложения действует классификационная схема малых фирм и предприятий, установленная Налоговым управлением Министерства финансов США, в основу которой положен показатель валовых активов малых предприятий стоимостью 15 млн. долл. и меньше. По правовому статусу малые предприятия делятся Налоговым управлением США на 5 видов:

1) индивидуальные, единоличные предприятия или собственность – не инкорпорированные компании, которые принадлежат или управляются одним человеком;

2) товарищества - ассоциации двух и более лиц для создания коммерческого предприятия;

3) корпорация типа «Си» - этот тип корпораций позволяет её акционерам обменивать денежные средства и собственность на акционерный капитал корпорации;

4) корпорация типа «Эс» - эта корпорация также является корпорацией с ограниченной ответственностью, близкая по форме корпорации типа «Си», однако для федерального налогообложения она считается бизнес-структурой с секьюритизированными («пропускающими») ценными бумагами;

5) компании с ограниченной ответственностью, созданные в рамках законодательства штатов.<sup>9</sup>

К малому бизнесу в США относятся предприятия, на которых занято не более 100 работников. Они облагаются различными налогами, основным из которых является корпоративный подоходный налог с прибыли, которую получает организация в результате своей деятельности в течение всего налогового периода.

Корпоративный подоходный налог действует на уровне государственном и на уровне штатов. Налоговые ставки отличаются в

каждом штате, и они основаны на размере прибыли, которую заработала фирма:

1. Организация, которая заработала до 50000 тысяч долларов, облагается налогом по ставке 15%.

2. Организация, которая заработала от 50000 до 75000 тысяч долларов, облагается налогом по ставке 25%.

3. Организация, которая заработала от 75000 до 100000 тысяч долларов, облагается налогом по ставке 34%.<sup>10</sup>

В налоговой системе США, не так много налоговых льгот и специальных налоговых режимов для малого бизнеса. Но, тем не менее, данные категории предпринимателей все равно процветают. Это связано, прежде всего, с тем, что малый бизнес в США поддерживается другими экономическими и социальными рычагами:

- Франчайзинг. Благодаря крупным и успешным франшизодателям входной билет в малый бизнес для начинающего предпринимателя весьма дешев. Например, для открытия ресторана быстрого питания McDonald's площадью 150 кв. м или не менее популярной среди американцев закусочной Subway аналогичного размера в США потребуется всего \$100 тысяч. В России для открытия McDonald's необходимо иметь не менее \$500 тысяч, а порой и 1 млн.

При этом от начинающего предпринимателя франшизодатель может потребует сразу внести только 50% стоимости готового бизнеса. Оставшиеся 50% можно гасить в течение 20 лет.

- В отличие от Западной Европы и России, в США малая компания выглядит довольно крупно и упитано. Малым предприятием, в зависимости от того, в какой отрасли оно работает, может называться компания с числом сотрудников от 1 до 1500 человек, а годовой оборот не превышает \$15 млн. Поэтому малой компанией в США может быть и бакалейная лавка, и компания по добыче и переработке нефти.

- В отдельную категорию малого бизнеса относится так называемый «женский бизнес». Официально зарегистрировано более 9,1 млн. женщин, управляющих компаниями. При этом женщины-руководительницы ежегодно зарабатывают более \$3,6 трлн. долларов.

В «Законе о малом бизнесе США» говорится, что экономика страны невозможна без развитого сектора малого бизнеса, который, в свою очередь, нуждается в постоянной государственной поддержке. На благо предпринимательства в США действует довольно гибкая, прогрессивная система налогообложения - чем больше доход, тем больше налоги.

- Огромную помощь в виде обучения, консультаций, пробивания различных льгот, защиты интересов малых компаний оказывает Администрация малого бизнеса (далее, АМБ). АМБ может предоставить материальную помощь - кредит, гарантию или заем. Ежегодный бюджет этой организации составляет от \$400 до 600 млрд. долларов. АМБ предоставляет специальные кредиты из собственных средств фирмам, владельцами которых являются ветераны вооруженных сил или представители национальных меньшинств, а также тем предприятиям, которые расположены в регионах с высоким уровнем безработицы.

АМБ гарантирует займы малых компаний. Например, на заем в размере до \$100 тыс. на срок до 8 лет без уплаты процентов или при уплате минимальных 3–4% годовых могут претендовать компании, занятые в новых и популярных сегодня нано- и биотехнологиях, в разработках новых альтернативных источников энергии, IT-технологий, в изучении ДНК.

- Госзаказы. Малые компании Америки наравне с крупными концернами принимают участие в аукционах и комиссиях по распределению государственных закупок и заказов.

Сами американцы, как и мировая общественность, воспринимают США как государство, воплощающее идеалы свободного рынка. Действительно, США достигли высочайшей степени капитализации экономики, их рыночная система, несмотря на периодические кризисы,

остаётся очень стабильной. Однако следует заметить, что государство, так или иначе, подстраховывает экономику. Начиная от социальных гарантий, таких как фиксированная минимальная заработная плата, заканчивая помощью бизнесу, например, государственные исследования рыночной деятельности, результаты которых находятся в свободном доступе для частных компаний.<sup>11</sup>

Таким образом, США использует несколько методов в регулировании малого бизнеса (информационный, экономический и социальный):

- пониженные ставки по налогам;
- льготное кредитование;
- возможность участия в госзаказах наравне с крупными фирмами;
- постоянное консультирование лиц, занимающихся

предпринимательской деятельностью.

Всё это позволяет эффективно развиваться малому бизнесу, при этом принося доход и в государство.

**Япония**, по праву считается, страной частного бизнеса.

В этой стране к малому предпринимательству относятся 5 миллионов 738 тысяч предприятий – 99% их общего числа. На них работает 88% всех занятых. Именно поэтому, «малый бизнес рассматривается как основной элемент индустриальной структуры Японии 20 века»<sup>12</sup>.

По формам собственности половина малых предприятий – индивидуальные, то есть фактически семейные. Но сейчас семьи в Японии маленькие, как во всех урбанизированных странах, население начало сокращаться, и сокращается число этих предприятий. Коллективные партнерства и акционерные общества составляют остальную часть.

Одним из основных направлений финансовой поддержки малых предприятий в Японии является создание специального налогового режима, облегчающего налоговое бремя данной категории предпринимателей.

Вообще, в Японии действует следующие виды налогов с организаций:

1. Корпоративный налог (государственный налог);

2. Корпоративный налог жителя (местный налог);
3. Налог предприятия (местный налог).

Налоговая ставка по налогу с организаций зависит от дохода, полученного в результате одного финансового года (см. Таблицу 1).

<b>Категория налога</b>	<b>До 4 млн. иен</b>	<b>От 4 до 8 млн. иен</b>	<b>Более 8 млн. иен</b>
<b>Корпоративный налог</b>	22%	22%	30%
<b>Налоги жителя</b>			
(1)	1,10%	1,10%	1,50%
<b>Префектурный</b>	2,70%	2,70%	3,69%
(2)	5,00%	7,30%	9,60%
<b>Муниципальный Налог предприятия</b>			
<b>Полная налоговая ставка</b>	30,80%	33,10%	44,79%
<b>Итоговая налоговая ставка</b>	29,33%	33,85%	40,87

**Таблица 1. Налоговые ставки по налогу с организаций<sup>13</sup>.**

Для некорпорированных (семейных) предприятий предусмотрен режим льготного налогообложения доходов их владельцев. Во-первых, закон приравнивает последних к лицам наемного труда, и их доходы облагаются как доходы наёмных работников. Во-вторых, из их годового дохода вычитываются не облагаемые налогом 600 тысяч иен на супруга (супругу) и



450 тысяч иен на каждого работающего члена семьи. В-третьих, при взимании предпринимательского налога из облагаемой суммы вычитываются дополнительно 2,4 млн. иен.

В отношении мелких и средних предприятий, организованных в форме корпораций, применяются следующие режимы льготного налогообложения:

1. Для них установлена пониженная ставка налога на прибыль (при годовом доходе менее 8 млн. иен – 22%).

2. К ним применяются пониженные ставки предпринимательского налога (для фирм с капиталом до 100 млн. иен – 5% при годовом доходе менее 4 млн. иен и 7,3% при годовом доходе от 4 до 8 млн. иен).

3. Корпорациям с капиталом менее 100 млн. иен разрешено переводить в резервные (то есть необлагаемые налогом) фонды дополнительно 16% сверх суммы, предусмотренных законом о налогообложении корпораций.

4. В отношении оборудования, необходимого для модернизации производства и структурной перестройки, им разрешено применять специальные схемы амортизации.

Помимо налоговых льгот, предусмотренных для бизнеса, в Японии действует целый ряд других мер, направленных на их поддержание:

- предоставления льготных кредитов для субъектов предпринимательства;

- приоритетное финансирование государством НИОКР в области создания новой техники и технологии для малого бизнеса;

- функционирование фонда помощи предприятиям в предотвращении банкротств, который формируется за счёт взносов мелких и средних фирм (от 5 до 80 тысяч иен ежемесячно в зависимости от размера фирмы);

- система государственных гарантий и страхования кредитов для малого бизнеса, размеры которых различаются в зависимости от целей, на

которые берется кредит (например, на развитие техники и технологии – 200 млн. иен и 400 млн. иен);

- содействие экспортно-импортным операциям малых фирм оказывает ДЖЭТРО (Японская организация внешней торговли), которая снабжает все предприятия необходимой информацией о новых перспективных продуктах, о выставках, конкурсах и т.д.

В Японии осуществляется комплексная поддержка предпринимательской деятельности, что позволяет малому и среднему бизнесу развиваться наиболее эффективно. А законы о предприятиях, которые действуют в данной стране, являются не просто «декларацией о намерениях», а действительно реализуются, так как на каждый их видов помощи предусмотрены различные виды финансового обеспечения.

Таким образом, Российской Федерации следует учитывать опыт данных зарубежных стран в развитии малого бизнеса и установления для него налоговых льгот, так как они достигли в данном направлении больших успехов. Необходимо учесть в российском налоговом законодательстве следующие аспекты государственной поддержки предпринимательской деятельности в рамках специальных налоговых режимов:

1). Установить чёткую градацию субъектов предпринимательской деятельности (микро-предприятия, малые предприятия, средние предприятия, крупные предприятия) для целей налогообложения (в Налоговом кодексе РФ).

2). Для каждой категории субъектов предпринимательской деятельности, подпадающих под действие упрощенной системы налогообложения, установить определенные налоговые ставки.

3). Установить налоговые каникулы для новых предпринимателей (хотя бы для микро-предприятий) в первые 2 года деятельности.

4). Установить более низкие налоговые ставки.

5). Осуществлять поддержку малого бизнеса не только в рамках налогового законодательства, но и в других направлениях, в частности, льготного кредитования.

---

<sup>1</sup> А.В. Варнавский «Зарубежный опыт налогообложения малых предприятий»// Текст опубликован на сайте Института поддержки предпринимательской инициативы. 2005г.

<sup>2</sup> Барулин С.В., Жирова Г.В. Специальные налоговые режимы: теоретические и организационные основы.// Финансы, № 10, 2003./С. 32- 33.

<sup>3</sup> Матинов А.С. Специальные налоговые режимы. / Ж. Финансовое право, № 4, 2002г.

<sup>4</sup> Абз.2 п.1 ст.18 Налогового кодекса РФ (часть первая) от 31.07.1998г. №146-ФЗ (в ред. от 09.03.2010г.).

<sup>5</sup> Гуев А.Н. Постатейный комментарий к Налоговому кодексу РФ (часть первая). 2003г./ Текст использован из правовой программы ГАРАНТ.

<sup>6</sup> Д. Толмачев, И. Перечнева, П. Кобер, В. Калабин «Малый бизнес в других странах»// «Эксперт Урал» №17 (326)/ 28 апреля 2008г.

<sup>7</sup> М. Масляева «Малый бизнес по-французски»//Деловая Москва, №15 (537), 2005г.

<sup>8</sup> Бурукина О.А. «Налогообложение в странах англосаксонской системы права»//Финансовое право, № 5, 2008г., С. 28-31.

<sup>9</sup> М.В. Васильев «Малый бизнес и современный политический процесс в США: совершенствование системы классификационных признаков малых фирм»//Электронный научный журнал «Россия и США в 21 веке», №3,2009г. //www.rusus.ru.

<sup>10</sup> «Small Business Tax Rates Explained» \\The Independent Financial Portal “Financial WEB” at [www.finweb.com](http://www.finweb.com)

<sup>11</sup> Е. Позднякова «Малый бизнеса в Америке: адаптация к вызовам времени»//Текст опубликован на информационном сайте политических комментариев Политком.ру - [www.politcom.ru](http://www.politcom.ru).

<sup>12</sup> Yoshio Sato “Small Business in Japan: a historical perspective”//Small business economics, № 1, 1989, p. 121-128.

<sup>13</sup> Taxes in Japan// Japan External Trade Organizations at [www.jetro.go.jp](http://www.jetro.go.jp).

**ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО,  
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА  
И ПРАВА СОЦОБЕСПЕЧЕНИЯ**

**ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА МЕХАНИЗМА ИСЧИСЛЕНИЯ  
ПЕНСИЙ И СОВРЕМЕННОГО СОСТОЯНИЯ УРОВНЯ  
ПЕНСИОННОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В РОССИИ**

***БЕРЕБИНА О.П.,***

*к.ю.н., доцент кафедры трудового и предпринимательского права  
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,  
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8 (3532)72-22-77,  
post@oimsla.edu.ru*

*Ключевые слова: уровень жизни, индексация, механизм, пенсия, пенсионная система, потребительская корзина, прожиточный минимум, социальная защита, социальное обеспечение.*

*Статья посвящена актуальной в настоящее время проблеме адекватности законов рыночной экономики с возможностью обеспечения систем социальной защиты человека. Защиты его социальных и экономических прав.*

*Key words: standard of living, indexation, mechanism, retirement pension, pension system, consumer basket, consumer basket, social security, social service.*

*The article is devoted to the essential problem of adequacy of the market economy laws to the possibility of ensuring the systems of social protection. The subject matter is the protection of the social and economic human rights.*

Эксперты МОТ обозначают термином «социальное обеспечение» защиту, которую общество предоставляет своим членам с помощью ряда мер, направленных против экономических и социальных бедствий, вызванных утратой или сокращением заработка из-за болезни, беременности и родов, производственного увечья, безработицы, инвалидности, старости, смерти кормильца, а также в связи с наличием детей<sup>1</sup>. Таким образом, важнейшей функцией социального обеспечения является защита жизненного уровня в основном нетрудоспособных членов общества от опасности его сильного снижения.

Действующее российское законодательство выделяет следующие категории граждан, охватываемые (с большей или меньшей полнотой) социальным обеспечением: лиц, находящихся за пределами юридически установленного трудоспособного возраста (детей и подростков в возрасте до 18 лет, граждан достигших возраста, дающего право на пенсионное обеспечение); лиц, которые не могут полноценно участвовать в общественном производстве по состоянию здоровья (инвалиды, временно нетрудоспособные работники); женщины в период беременности и ухода за ребенком; лиц выполняющих в семье такие социальные функции, которые при определенных условиях не могут сочетаться с работой в общественном производстве (уход и присмотр за нуждающимися в этом малолетними детьми, престарелыми, инвалидами); безработные граждане; беженцы и вынужденные переселенцы.

Одним из элементов системы социального обеспечения является пенсионная система, которая исторически рассматривается, по мнению С.В. Ровбель, как звено защитного механизма, призванное обеспечить

эффективное функционирование одного из секторов социальной сферы общества<sup>2</sup>.

Пенсии - основа всей системы материального обеспечения нетрудоспособных, поскольку представляют собой регулярные денежные выплаты нетрудоспособным гражданам из числа инвалидов и пожилых, а также семьям, потерявшим кормильца. Они являются доминирующим видом в системе социального обеспечения, как по экономической значимости, так и по удельному весу в структуре общих расходов на денежные выплаты по социальному обеспечению.

Анализ системы пенсионного обеспечения России, позволяет говорить о том, что материальное благосостояние пенсионеров может быть охарактеризовано рядом взаимосвязанных показателей, важнейшим из которых является уровень пенсионного обеспечения, нормы и размеры пенсий и методы их определения. Уровень пенсионного обеспечения, по мнению М.Л. Захарова, можно рассматривать с двух точек зрения<sup>3</sup>.

*Первая* - оценка пенсии как определенной денежной суммы, поступающей в индивидуальное распоряжение человека и предназначенной для удовлетворения его потребностей в рамках целевого назначения соответствующей пенсии. Комплекс размеров пенсий в их денежном выражении с соответствующей дифференциацией в зависимости от ряда признаков характеризуют абсолютный уровень пенсионного обеспечения. В данном случае, закономерно говорить о методологии определения размеров пенсии, в том числе о фиксированном базовом размере страховой части трудовой пенсии по старости<sup>4</sup>, о конкретных факторах, которые должны учитываться при установлении суммы пенсий.

Таковыми факторами являются: потребность пожилых и нетрудоспособных граждан в продуктах питания, одежде, услугах, рост этих потребностей, дополнительные потребности, вызванные с отклонением от обычных условий (необходимость содержать нетрудоспособных членов семьи, нуждаемость в посторонней помощи и др.), экономические

возможности для удовлетворения имеющихся потребностей на соответствующем этапе развития общества и т. д.

Но особого внимания, заслуживает фиксированный базовый размер страховой части трудовой пенсии по старости, предусмотренный Федеральным законом от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», т.к. это наименьший размер пенсии, который государство гарантирует пенсионеру по достижении определенного возраста.

По существу, он является тем фундаментом, на который опирается система размеров некоторых видов государственных пенсий, предусмотренных Федеральным законом от 15 декабря 2001г. № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации». Речь идет о размерах социальных пенсий (ст.18), а также - пенсия по инвалидности военнослужащим, проходившим военную службу по призыву (ст.15), пенсии участников Великой Отечественной войны и граждан, награжденных знаком «Жителю блокадного Ленинграда» (ст.16), пенсии гражданам, пострадавшим в результате радиационных или техногенных катастроф, и членов их семей (ст.17).

*Вторая* - оценка уровня пенсии в сравнении с уровнем оплаты труда. В данном случае речь идет о сравнении пенсии с заработком, т.е. об их соотношении. Соотношение пенсии и заработка имеет чрезвычайно широкий диапазон. Можно сравнивать пенсию конкретного человека с его индивидуальным заработком, среднюю сложившуюся пенсию различных категорий работников (граждан работающих по найму, военнослужащих проходящих службу по контракту) с их средним заработком, среднюю пенсию определенных работников в рамках соответствующей категории трудящихся с их средней оплатой труда, минимум пенсии с минимальной оплатой труда и т.д.. Причем исследования в сравнительном плане дифференцируются по различным видам пенсионного обеспечения, времени выхода на пенсию и т.д.<sup>5</sup>

Комплекс размеров пенсий в их денежном выражении по отношению к оплате труда также с соответствующей дифференциацией в зависимости от ряда признаков, характеризуют относительный уровень пенсионного обеспечения, который выражается в процентах. Он имеет широкий диапазон и может касаться различных видов пенсий, категорий граждан и т.д.

Необходимо указать, что между абсолютным и относительным уровнем пенсионного обеспечения существует самая непосредственная связь. Уровень пенсионного обеспечения в абсолютном его значении, определяется, в конечном счете, достигнутым уровнем оплаты труда, его дифференциацией от наименьшего до высокого.

Что касается относительного уровня пенсионного обеспечения, то он является основным показателем пенсионной системы, характеризующим ее зрелость и эффективность.

Следует отметить, что эффективна лишь та функционирующая в обществе пенсионная система, которая не только охватывает всех (либо значительную часть) пожилых и нетрудоспособных людей, но и дает возможность жить на установленную пенсию, сохраняя без существенных изменений сложившийся в период трудовой деятельности уровень удовлетворения основных жизненных потребностей.

Степень их удовлетворения за «послетрудовой» период варьируется в зависимости главным образом, от трудового вклада человека, а также от заслуг<sup>6</sup>. Для тех граждан, которые в прошлом не работали, пенсия должна обеспечивать возможность удовлетворения потребностей в таком объеме, который признается обществом минимально необходимыми на данном этапе своего развития.

Механизм исчисления пенсий, заложенные в нем программы, не могут формироваться и облекаться в соответствующую правовую форму без соблюдения определенных требований.

Первым требованием, по мнению М.Л. Захарова, является стабильность относительного уровня пенсионного обеспечения. Под



стабильностью относительного уровня пенсионного обеспечения следует понимать постоянное соотношение пенсии и заработка граждан, вышедших на пенсию, независимо от происходящих изменений в оплате труда, т.е. ее роста. С правовой точки зрения не имеет самостоятельного значения, а тем более, решающего, система исчисления пенсии как таковая. Она может варьироваться и меняться, быть даже разной применительно к различным контингентам граждан, охватываемых пенсионной системой, видам пенсионного обеспечения и конкретным видам пенсий в их рамках<sup>7</sup>.

Как известно, в ныне действующей трудовой пенсионной подсистеме нет единого способа определения размеров различных видов пенсий, тем не менее, каждый из них следует оценивать, - исходя, прежде всего из того, в какой степени он удовлетворяет указанному выше требованию. Применительно к пенсионному обеспечению по старости наблюдается снижение относительного уровня пенсионного обеспечения. Уровень жизни человека, выбывшего из рядов экономически активного населения, естественно не может сохраниться прежним. Дело здесь, конечно, не в том, что работающему человеку для удовлетворения потребностей необходимо больше материальных благ, чем неработающему. Известно, что потребности человека формируются в течение всей жизни, в том числе в предпенсионном периоде. В первые годы после оставления работы и перехода на пенсию они существенно не сокращаются, а в дальнейшем даже несколько возрастают (потребность в более рациональном питании, лекарствах, платных услугах)<sup>8</sup>. Ныне общество экономически не в состоянии сохранять прежний уровень жизни людей, выбывших из сферы общественного производства.

Вторым требованием разработки механизма исчисления пенсий является обоснованная дифференциация уровня пенсионного обеспечения пожилых и нетрудоспособных граждан, основанная, главным образом, на целевом назначении пенсии, корректируемая с учетом трудовых заслуг человека и ряда других обстоятельств.

Все пенсии по целевому назначению, по мнению М.Л. Захарова, подразделяются на две группы: предназначенные для удовлетворения обычных потребностей пожилого или нетрудоспособного человека, не получающего доходов от трудовой деятельности, и рассчитанные на работающего. К первым относятся пенсии по старости, по инвалидности 1 и 2 групп, и, как правило, досрочные трудовые пенсии и пенсии за выслугу лет, если они выполняются для соответствующих категорий работников функцию пенсии по старости, а ко вторым - пенсии по инвалидности 3 группы. Конкретная цель таких пенсий - компенсировать хотя бы частично заработок, которого лишился гражданин в связи с потерей трудоспособности либо переходом на другую работу после длительного периода определенной трудовой деятельности, продолжение которой не всегда возможно, и целесообразно по различным причинам (летчикам, артистам, военнослужащим в связи с естественными изменениями наступающими ранее достижения «обычного» пенсионного возраста, и препятствующими выполнению их прежней профессиональной деятельности и т.д.)<sup>9</sup>.

Деление всех пенсий на две группы, не должно, и видно не может ориентироваться на фактически складывающееся положение, например, продолжение трудовой деятельности определенной частью пожилых людей - пенсионерами по старости, либо пенсионерами по инвалидности 1 и 2 групп, или наоборот прекращение трудовой деятельности сравнительно молодыми людьми - пенсионерами за выслугу лет, или инвалидами 3 группы, посильный труд которым не противопоказан. Следовательно, основная масса таких пенсионеров живет на пенсию, она является для них доминирующим, а часто и единственным источником средств к существованию.

Абсолютный и относительный уровень пенсионного обеспечения - определение норм пенсионного обеспечения по отношению к прежнему заработку, корректировка достигнутого уровня пенсионного обеспечения с учетом ряда обстоятельств составляют, по выражению М.Л. Захарова, практически неисчерпаемую проблему развивающейся системы пенсионного

обеспечения. Их пересмотр, планомерное повышение является объективной закономерностью, порождаемой развитием общества<sup>10</sup>.

Уровень пенсионного обеспечения отражает по существу конечный результат действия комплекса правовых норм, в нем воплощается, таким образом, программа, заложенная в правовых установлениях. Эти нормы относительно стабильны, хотя условия, в которых они функционируют, претерпевают трансформацию. В результате обнаруживаются существенные сдвиги, как в абсолютных, так и относительных размерах пенсии даже при неизменности правовых предписаний. Кроме того, существенные перемены в уровне пенсионного обеспечения наблюдаются вследствие пересмотра самих правовых норм, регулирующих определение размеров пенсий.

Процесс повышения абсолютных размеров назначаемых и назначенных в прошлые годы пенсий в условиях функционирования нынешней пенсионной системы явление обычное. Однако он достаточно сложен, ибо находится под воздействием многих факторов. Среди непосредственных можно выделить следующие: рост оплаты труда, занятого населения, в том числе пенсионеров, продолжающих трудовую деятельность; увеличение фиксированного базового размера страховой части трудовой пенсии по старости.

Первый фактор, не выражается в каких - либо одномоментных изменениях пенсионной системы как правового образования, он действует постоянно. Весь механизм заложен в комплексе правовых норм действующей пенсионной системы. Сущность их сводится к подсчету размера пенсии, берется расчетный пенсионный капитал, страховая часть трудовой пенсии по старости, для чего сумма расчетного пенсионного капитала застрахованного лица, учтенного по состоянию на день, с которого указанному лицу назначается страховая часть трудовой пенсии по старости, делится на количество месяцев ожидаемого периода выплаты трудовой пенсии по старости, применяемого для расчета страховой части указанной пенсии, составляющего 19 лет (228 месяцев) (Ст.14)<sup>11</sup>.

Следовательно, данный фактор автоматически воздействует на размеры пенсий, которые назначаются, и пересчитываются в рамках трудовой пенсионной подсистемы. Второй фактор, наоборот, связан с одномоментными изменениями в «правовой материи» пенсионной системы, т.е., с правотворческой деятельностью органов государственной власти и управления. Влияние всех этих факторов чрезвычайно велико и рост абсолютных размеров пенсий является следствием их совместного действия.

Повышение размеров пенсий - объективная закономерность. Она отражает, как и расширение сферы действия пенсионной системы, поступательное развитие системы, повышение ее роли в жизни общества. Данный процесс, необходимо анализировать в двух аспектах: как развитие в процессе функционирования и в связи с волевым воздействием, т.е. в результате правотворческой деятельности. Между ними существует неразрывная связь: повышение оплаты труда, ведущее в частности к установлению более высоких пенсий, вызывает необходимость увеличения минимальных размеров, т.е. «подтягивание» наиболее низких пенсий, назначенных в основном в прошлые годы, к достигнутому уровню оплаты труда с учетом уровня инфляции.

Однако увеличение размеров пенсий в абсолютных их суммах в отрыве от цен на основные потребительские товары, еще не может характеризовать «ценность» или «весомость» пенсии как денежной выплаты. Ее «ценность» возрастает пропорционально увеличению размера лишь в условиях стабильности цен. Обесценивание пенсии в связи с инфляцией - одна из острых проблем нынешней пенсионной системы Российской Федерации.

Для решения данной проблемы проводится реформирование всей пенсионной системы, в т.ч. системы обязательного пенсионного страхования.

Мировая практика показывает, что выходом из подобной ситуации может стать внедрение пенсионных схем, сочетающих распределительный элемент, когда часть пенсии назначает и выплачивает государство, и

накопительный элемент, когда государство перекладывает часть своих функций по назначению и выплате пенсий в частные руки.

По такому пути в рамках реформы системы пенсионного обеспечения уже более восьми лет идет Россия. Реформа системы обязательного пенсионного страхования Российской Федерации, основная цель которой состоит в обеспечении дополнительного источника для повышения размера пенсии за счет инвестирования части пенсионных накоплений, а также в установлении зависимости размера пенсии от размера зарплаты, официально стартовала с 1 января 2002 г. Вместе с тем, прошедшие годы реформы показали ряд недостатков действующего законодательства, которые осложнили проведение совершенствования пенсионной системы.

Обобщая мировую практику по расчету пенсий, можно сделать вывод, что стажевой стандарт для получения полной пенсии по старости составляет обычно 30 лет, как для мужчин, так и для женщин. Объясняется это тем, что страховая пенсия «зарабатывается» на одинаковых условиях, а также общепризнанным международным принципом о равенстве прав мужчин и женщин.

Данная продолжительность стажа весьма оправдана и реально осуществима. Во-первых, за продолжительный период работы каждый гражданин может произвести значительные отчисления в страховые фонды, что позволит осуществить социальные программы на высоком уровне, во-вторых, если включить в стаж время ухода за детьми, как это было по ранее действующему законодательству, то данная продолжительность страхового стажа вполне реальна и для женщин.

Кроме того, трудовой стаж в прошлом определял размер пенсии, как в СССР, так и в России (до января 2002 г.). По ныне действующему российскому пенсионному законодательству трудовой стаж (продолжительность трудовой и иной общественно полезной деятельности) практически не влияет на размер пенсии. Он юридически безразличен при определении уровня пенсионного обеспечения застрахованных и их семей, в

отличие от обеспечения пенсиями гражданских государственных служащих, депутатов, судей, кадровых военнослужащих, сотрудников МВД и многих других. Особенность пенсионного обеспечения указанных категорий выражается в том, что для них установлен иной порядок расчета пенсии. Специальное законодательство предусматривает для них более высокие, по сравнению с Законом «О трудовых пенсиях в РФ», размеры пенсий. Пенсия устанавливается на уровне твердого соотношения, размера пенсии с денежным содержанием по занимаемой должности на день прекращения государственной службы (или на день достижения пенсионного возраста, дающего право на пенсию), или с суммой денежного довольствия для военнослужащих. Кроме того, предусмотрена также, автоматическая индексация назначенных пенсий всем указанным категориям. Заметим, что такой механизм исчисления пенсий значительно повышает уровень пенсионного обеспечения. Таким образом, все проблемы, касающиеся уровня пенсионного обеспечения порождены, функционированием именно общей пенсионной системы.

С учетом трудового стажа оцениваются лишь пенсионные права, приобретенные до 1 января 2002г., а также назначаются досрочные пенсии по старости.

Ныне действующий Федеральный закон от 17.12.2001 № 173-ФЗ (с изменениями и дополнениями) предусматривает возникновение права на пенсию при страховом стаже не менее 5 лет. Нельзя не согласиться мнением Г.В. Харковенко о том, что данная норма права подвергает сомнению зарабатывание высокого уровня пенсионного обеспечения, а тем более вывод из тени «серых» зарплат. Прошедший период показал, что у трудоспособных граждан, особенно у молодежи, пропала необходимость работать, а тем более официально, ссылаясь на то, что за всю трудовую жизнь 5 лет стажа успеют выработать<sup>12</sup>. Поэтому, главную задачу, которую должна была решить пенсионная реформа – вывод из тени «серых» зарплат, не решена. Столь неоправданная продолжительность страхового стажа стимулирует теневой

бизнес, а, следовательно, неуплату налогов, идущих на социальные программы.

Проблема неоправданно заниженной продолжительности трудового стажа является весомой, но не единственной. Конвенция о минимальных нормах социального обеспечения (1952 г.)<sup>13</sup> предусматривает, что размер пенсии по старости не должен быть менее 40% заработка.

В Европейском кодексе социального обеспечения, который принимался позднее, эта норма выше. В Кодексе и Европейской социальной хартии<sup>14</sup> предусматриваются обязательства договаривающихся государств обеспечить каждому достойный уровень жизни, необходимый для поддержания здоровья и благосостояния.

В российском пенсионном законе нет подобной нормы. Вместе с тем, в данном случае действуют аналогичные нормы Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, ратифицированного СССР<sup>15</sup>, и, следовательно, обязательные для исполнения нашей страной. Достойный уровень жизни – это уровень жизни хотя бы не ниже минимального стандарта, определенного Конвенцией МОТ № 102, т. е. 40% заработка<sup>16</sup>. К началу 2009 г. коэффициент замещения среднего заработка пенсий составлял менее 24%, он снизился по сравнению с аналогичным показателям за 2001 г. на 10 процентных пунктов. У многих пенсионеров пенсия не достигала даже прожиточного минимума, определяемого на основе довольно скудной потребительской корзины, и таких пенсионеров довольно много. С 1 января 2010 года пенсионное обеспечение граждан доведено до уровня прожиточного уровня, но данное положение не решило задачу достойного обеспечения пенсионеров. Пенсионирование на уровне потребительской корзины не может обеспечить достойную жизнь человека. Поэтому необходимо провести корректировку действующего законодательства.

Характеризуя современное состояние уровня пенсионного обеспечения, следует сказать, что действующая в настоящее время

пенсионная система не гарантирует гражданам достойного уровня жизни и обрекает на вымирание старшее поколение. Это обусловлено, на наш взгляд, конкретными обстоятельствами. Во-первых, это резкое снижение относительного уровня пенсионного обеспечения, то есть увеличение разрыва в уровне жизни в период трудовой деятельности и после ее прекращения в связи с переходом на пенсию. Основной показатель относительного уровня пенсионного обеспечения пожилых – соотношение средней сложившейся пенсии и средней заработной платы. Во-вторых, катастрофическое понижение реальной стоимости пенсии как строго фиксированного платежа. Иными словами – обесценение пенсионного рубля под воздействием интенсивно развивающейся инфляционных процессов. Главная причина – отсутствие действенного правового механизма защиты пенсии от инфляции.

Гарантирование достойного уровня жизни пенсионеров, должно быть неотъемлемым элементом в общем механизме гарантий установленных государством.

---

<sup>1</sup> Introduction to social security. Geneva. 1984. P.3.

<sup>2</sup> Ровбель С.В. Социальная защита пожилых людей в условиях становления рыночной экономики. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата эконом. наук. С.Пб. 1994. С.

<sup>3</sup> Захаров М.Л. Единая система пенсионного обеспечения в СССР: становление, функционирование и перспективы развития (правовое исследование). Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юр. наук. М. 1978. С.26.

<sup>4</sup> Федеральный закон "О трудовых пенсиях в Российской Федерации" от 17 декабря 2001г. №173-ФЗ (с изменениями и дополнениями).

<sup>5</sup> Захаров М.Л. Единая система пенсионного обеспечения в СССР: становление, функционирование и перспективы развития (правовое исследование). Диссертация на соискание ученой степени доктора юр. наук. М. 1977. С.347.

<sup>6</sup> Там же. С.348.

<sup>7</sup> Там же. С.360.

<sup>8</sup> Тучкова Э.Г. Труд и социальное обеспечение граждан в СССР (правовые проблемы). Диссертация на соискание ученой степени доктора юр. наук. М. 1990. С. 275.

<sup>9</sup> Захаров М.Л. Цитируемое сочинение. С.366-367.

<sup>10</sup> Там же. С. 349.

<sup>11</sup> Федеральный закон "О трудовых пенсиях в Российской Федерации" от 17 декабря 2001г. №173-ФЗ (с изменениями и дополнениями).

<sup>12</sup> Харковенко Г.В. Реформирование пенсионного обеспечения // [wp.aisorgsu.ru](http://wp.aisorgsu.ru).

<sup>13</sup> МОТ. Конвенции и рекомендации. Т.1.2. Женева. 1991.



---

<sup>14</sup>Европейская Социальная Хартия ETS N 163 (пересмотренная) (Страсбург, 3 мая 1996г.)// Собрании законодательства Российской Федерации от 22 февраля 2010 г. № 8 ст. 781.; Европейский кодекс социального обеспечения ETS № 048 (Страсбург, 16 апреля 1964 г.)

<sup>15</sup>Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.), Пакт ратифицирован Указом Президиума ВС СССР от 18 сентября 1973г. № 4812-VIII. Вступил в силу для СССР с 3 января 1976 г.// Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами, М., 1978 г., вып. XXXII, с. 36.

<sup>16</sup>МОТ. Конвенции и рекомендации. Т.1.2. Женева. 1991.

## **ОПТИМИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК СПОСОБ ЭФФЕКТИВНОГО ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В РОССИИ**

***ЖУКОВА С.М.,***

*преподаватель кафедры административного и финансового права,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:*** *государственное регулирование предпринимательской деятельности, методы государственного регулирования, конституционный публичный экономический порядок, административная реформа, административные ограничения, государственная регистрация индивидуального предпринимателя, рыночная*

*система хозяйствования, свобода передвижения, выбор места пребывания, принцип экономической свободы.*

*Оптимизация государственного регулирования предпринимательской деятельности является одним из направлений административной реформы в Российской Федерации. В своей научной статье автор рассматривает методы государственного регулирования экономических отношений, определяет пределы их осуществления, анализирует положения действующего законодательства, касающиеся вопроса применения отдельных методов государственного регулирования, в том числе государственной регистрации индивидуального предпринимателя, формулирует предложения об усовершенствовании законодательства.*

***Key words:*** *government regulation to business activity, methods of the government regulation, constitutional public economic order, administrative reform, administrative restrictions, state registration of the individual businessman, market system of the management, liberty of the movement, choice of the place of stay, principle of the economic liberty.*

*The optimization of the government regulation to business activity is one of the directions of the administrative reform in Russian Federation. In its scientific article author considers the methods of the government regulation of the economic relations, defines the limits of their realization, analyses the positions acting legislation, concerning question of the using the separate methods of the government regulation, including state registration of the individual businessman, formulates the offers about improvement legislation.*

Традиционно в юридической науке государственное регулирование рассматривается как «установление и обеспечение государством общих правил поведения (деятельности) субъектов общественных отношений и корректировка их в зависимости от изменяющихся условий»<sup>1</sup>. В России

переход от государственного управления в сфере экономики к государственному регулированию экономической деятельности произошел как «свидетельство» становления рыночной системы хозяйствования взамен командно-административной.

Действительно, в современных условиях развития экономики, учитывая экономические основы конституционного строя Российской Федерации, заложенные в ст. 8 Конституции РФ 1993 г., применение методов государственного управления деятельностью хозяйствующих субъектов, при которых существует непосредственное подчинение, оперативное распорядительство на основе планов-директив и команд, является не только неоправданным, но и незаконным.

Несмотря на то, что в условиях рыночной экономики регулирование осуществляется по экономическому закону «спроса – предложения», Конституция РФ закрепила основы для осуществления государственного регулирования предпринимательской деятельности, которые сводятся к следующим:

- человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства (ст. 1);

- Российская Федерация - социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ч. 1 ст. 7);

- в Российской Федерации охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты (ч.2 ст. 7);

- в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и

финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности (ч. 1 ст. 8);

- в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности (ч. 2 ст. 8);

- органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы (ч. 2 ст. 15);

- осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17);

- каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34);

- не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ч. 2 ст. 34);

- права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55).

Таким образом, содержание права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности предопределяется принципом экономической свободы. Реализуя названное конституционное право, граждане самостоятельно определяют сферу своей экономической деятельности, осуществляют ее в индивидуальном порядке или совместно с другими лицами, выбирают экономическую стратегию развития бизнеса, используя свое имущество с учетом конституционных гарантий права собственности и поддержки государством добросовестной конкуренции<sup>2</sup>. Однако существует необходимость и заложена реальная возможность для

установления и поддержания конституционно-обоснованного баланса взаимодействия предпринимательства и государства, то есть создан «конституционный публичный экономический порядок», которому присущи следующие черты:

1) в государстве признается свобода экономической деятельности предпринимателей и иных хозяйствующих субъектов, одновременно определяется, в каких случаях и пределах она может быть ограничена;

2) предусматривается активная роль государства в регулировании экономических отношений и устанавливаются принципы и границы такого вмешательства<sup>3</sup>.

Конституционный публичный экономический порядок призван не только охарактеризовать отказ государства от прямого вмешательства в хозяйственную деятельность предпринимателя (то есть отказ от государственного управления экономикой), но и отражает публичное значение предпринимательства в целом, допуская тем самым опосредованное воздействие государства на предпринимательскую деятельность.

Анализ изложенного позволяет выделить методы государственного регулирования предпринимательской деятельности на следующих этапах:

- при входе на рынок: государственная регистрация юридического лица или индивидуального предпринимателя (с целью охраны прав лиц, вступающих в правоотношения с предпринимателем); постановка на учет в соответствующие государственные органы (с целью защиты интересов субъектов публичной власти, в том числе путем надлежащего исполнения предпринимателем налоговых обязательств); лицензирование отдельных видов деятельности (с целью охраны прав, законных интересов, здоровья граждан, обороны и безопасности государства, культурного наследия народов Российской Федерации) и др.

- при непосредственном осуществлении предпринимательской деятельности: установление императивных количественных и качественных императивов, государственная поддержка малого и среднего

предпринимательства, государственный контроль (надзор) за соблюдением действующего законодательства Российской Федерации (налогового, административного, таможенного, трудового законодательства, законодательства о конкуренции и др.), и др.

Как справедливо отметил Ю. А. Тихомиров, «названные и иные методы применяются далеко не всегда равномерно и в той пропорции, которая предопределяется объективными потребностями отрасли, сферы»<sup>4</sup>.

С целью повышения эффективности деятельности системы федеральных органов исполнительной власти и создания благоприятных условий для реализации субъектами предпринимательства своих прав и интересов в указе Президента РФ от 23 июля 2003 г. № 824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003 - 2004 годах»<sup>5</sup> были определены приоритетные направления административной реформы, к числу которых относилось и ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, в том числе прекращение избыточного государственного регулирования. В Программе социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2002-2004 гг.), утвержденной Правительством РФ от 10 июля 2001г., также определялся курс на де бюрократизацию экономики и сужение сфер административного регулирования.

Указом Президента РФ от 15 мая 2008 г. № 797 "О неотложных мерах по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности"<sup>6</sup> Правительству Российской Федерации было поручено в 2-месячный срок разработать и внести в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекты федеральных законов, предусматривающих: усиление гарантий защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора); проведение планового мероприятия по контролю (в том числе по отдельным видам лицензионного контроля) в отношении одного юридического лица или индивидуального

предпринимателя каждым органом государственного контроля (надзора) не более чем один раз в три года (кроме налогового контроля); проведение внеплановых мероприятий по контролю в отношении субъектов малого и среднего предпринимательства только в целях выявления нарушений, представляющих непосредственную угрозу жизни или здоровью людей, по согласованию с прокурором субъекта Российской Федерации; преимущественно уведомительный порядок начала предпринимательской деятельности, сокращение количества разрешительных документов, необходимых для ее осуществления, замену (в основном) обязательной сертификации декларированием производителем качества выпускаемой продукции; замену лицензирования отдельных видов деятельности обязательным страхованием ответственности или предоставлением финансовых гарантий; исключение внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок деятельности субъектов малого и среднего предпринимательства, а также возможности составления должностными лицами этих органов протоколов об административных правонарушениях в области предпринимательской деятельности; наделение органов государственной власти субъектов Российской Федерации правом определять порядок предоставления субъектам малого и среднего предпринимательства, в том числе занимающимся социально значимыми видами деятельности, помещений в аренду на долгосрочной основе (в том числе по льготным ставкам арендной платы) за счет специально выделенных для этой цели помещений и (или) порядок продажи в собственность субъектов малого и среднего предпринимательства арендуемых ими не менее трех лет помещений с возможностью рассрочки оплаты и без проведения аукциона и др.

Однако в последнее время в контексте реформирования административного регулирования предпринимательской деятельности все меньше внимания уделяется вопросу государственной регистрации индивидуального предпринимателя. Вместе с тем, уже на начальном этапе

государственного регулирования (которым является государственная регистрация) в законодательной регламентации данного процесса имеются проблемы, требующие разрешения.

В соответствии с ч. 1 ст. 34 Конституции РФ предпринимательская деятельность осуществляется лицами, зарегистрированными в установленном законом порядке в качестве предпринимателя. Такой признак предпринимательской деятельности, как осуществление ее лицами, зарегистрированными в установленном порядке, является, по мнению И. В. Ершовой, формальным, т.е. признаком, легализующим эту деятельность, придающим ей законный статус. Его отсутствие не приводит к утрате деятельностью качества предпринимательской, однако делает ее незаконной<sup>7</sup>.

Согласно статье 1 Федерального закона от 08 августа 2001г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»<sup>8</sup> под государственной регистрацией юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (далее по тексту – государственная регистрация) понимаются «акты уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляемые посредством внесения в государственные реестры сведений о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц, приобретении физическими лицами статуса индивидуального предпринимателя, прекращении физическими лицами деятельности в качестве индивидуальных предпринимателей, иных сведений о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствии с настоящим Федеральным законом».

В настоящее время в юридической литературе спорным является вопрос о правовой природе государственной регистрации. Так, А.И. Маслаев считает, что названный институт носит смешанный характер<sup>9</sup>. Е.А. Суханов пишет: «Дело в том, что в сфере частного права законодатель нередко вынужден использовать общеобязательные, императивные правила, в том числе запреты, ограничивая самостоятельность и инициативу участников



регулируемых отношений. Например, в гражданском законодательстве устанавливается обязанность государственной регистрации всех юридических лиц... и индивидуальных предпринимателей, отсутствие которой влечет и отсутствие юридического результата»<sup>10</sup>.

На наш взгляд, и данный вывод не умаляет достоинств исследований специалистов в области гражданского и предпринимательского права, упускается публично-правовой компонент при исследовании правовой природы государственной регистрации. Поэтому мы согласны с позицией С. В. Белых, согласно которой «государственная регистрация является по своей юридической природе административно-правовым, несмотря на тесную связь с частноправовым регулированием общественных отношений», отмечая при этом тот факт, что «публичность данного института видна из целей, которые преследуются при осуществлении государственной регистрации»<sup>11</sup>.

Не оспаривая значимости данного правового института в механизме государственного регулирования предпринимательской деятельности, отметим следующее. В соответствии со ст. 27 Конституции РФ гражданин – индивидуальный предприниматель имеет право на свободное передвижение, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации, а также право свободно выезжать за пределы Российской Федерации и беспрепятственно возвращаться в Российскую Федерацию. Как отмечает Л. В. Лазарев, закрепление указанных прав в конституционной норме имеет большое значение само по себе, но оно усиливается тем обстоятельством, что с ними тесно связана реализация многих других конституционных прав и свобод граждан<sup>12</sup>. Нам представляется, что данный вывод особенно актуален в отношении реализации таких прав индивидуальных предпринимателей, как право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, право собственности и других.

Конституционной нормой, закрепленной в статье 27, «коррелирует такая экономическая категория, как свобода рынка труда»<sup>13</sup>, без которого

немыслимо развитие предпринимательства в целом. Показательной в этом аспекте является ликвидация в СССР рыночной системы нэп, в том числе за счет строжайшего ограничения свободы передвижения и выбора места пребывания.

На наш взгляд, право на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства, право на свободный выезд из страны и беспрепятственный въезд в страну, провозглашенное конституционной нормой и конкретизированное Законом РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации»<sup>14</sup>, Федеральным законом от 15 августа 1996г. № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»<sup>15</sup> во взаимосвязи с положениями ч.1 ст.8 Конституции РФ, закрепившей в качестве основы конституционного строя РФ единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции, свободу экономической деятельности, означает, что каждый индивидуальный предприниматель может в любое время и без «разрешения» не только перемещаться по стране, селиться в любом городе или сельской местности, но и осуществлять предпринимательскую деятельность на территории любого субъекта Российской Федерации, а также осуществлять внешнеторговую деятельность.

Данный вывод подкреплён также нормой статьи 3 Закона РФ «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации», согласно которой «регистрация или отсутствие таковой не могут служить основанием ограничения или условием реализации прав и свобод граждан, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, законами Российской Федерации, Конституциями и законами республик в составе Российской Федерации».

Не согласуется с вышеназванными положениями ч. 3 ст. 8 Закона о государственной регистрации, закрепившая правило о том, что государственная регистрация индивидуального предпринимателя осуществляется по месту его жительства, под которым по смыслу пп. «д» п.2 ст. 5 закона понимается «адрес – наименование субъекта Российской Федерации, района, города, иного населенного пункта, улицы, номера дома, квартиры, – по которому индивидуальный предприниматель зарегистрирован по месту жительства в установленном законодательством Российской Федерации порядке».

Однако закрытый перечень оснований ограничения конституционного права, предусмотренного в ст. 27 Основного Закона РФ, закреплен в ст. 8 Закона «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации»: только в пограничной полосе; в закрытых военных городках; в закрытых административно-территориальных образованиях; в зонах экологического бедствия; на отдельных территориях и в населенных пунктах, где в случае опасности распространения инфекционных и массовых неинфекционных заболеваний и отравлений людей введены особые условия и режимы проживания населения и хозяйственной деятельности; на территориях, где введено чрезвычайное или военное положение. Следует признать, что норма ч.3 ст. 8, а также пп. «д» п.2 ст. 5 Закона о государственной регистрации не подпадает ни под одно из этих ограничений.

Думается, что подобный подход законодателя к государственной регистрации индивидуальных предпринимателей препятствует реализации гражданами не только конституционного права на свободное передвижение, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации, но и таких конституционных принципов, как свобода экономической деятельности, единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств (ч.1 ст. 8 Конституции РФ). Ссылки государственных органов на то обстоятельство, что

обязательность осуществления государственной регистрации по месту жительства индивидуального предпринимателя, подтвержденному соответствующей «отметкой» в паспорте гражданина РФ, является мерой, принимаемой государством с целью защиты прав и законных интересов третьих лиц (контрагентов индивидуального предпринимателя) и публичного интереса при неисполнении либо ненадлежащем исполнении хозяйствующим субъектом обязательств за счет приписки предпринимательской деятельности к имуществу предпринимателя, считаем несостоятельными и тем самым, не способствующими эффективному функционированию конституционно-правовой модели взаимоотношений власти и бизнеса, так как:

- во-первых, факт регистрации гражданина РФ по месту жительства не означает факт принадлежности ему на праве собственности имущества, находящегося по адресу регистрации, в силу чего защиты конституционных прав иных субъектов может и не произойти (зачастую место регистрации по месту жительства и место фактического жительства граждан РФ не совпадают, а имущество, принадлежащее гражданину на праве собственности, как правило, находится именно по месту фактического жительства лица);

- во-вторых, как уже нами отмечалось, правовой режим имущества индивидуального предпринимателя имеет особенность, связанную с тем, что имущество индивидуального предпринимателя и имущество соответствующего гражданина РФ, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совпадают. В силу данного обстоятельства на правовой режим указанного имущества распространяются положения семейного законодательства, что вызывает необходимость защиты интересов не только контрагентов и публичных образований, но и членов семьи гражданина – индивидуального предпринимателя (супруг (-а), дети). Таким образом, предусмотренный действующим в настоящее время законодательством подход к

государственной регистрации граждан – индивидуальных предпринимателей, ограничивая конституционные права последних, не обеспечивает защиту конституционных ценностей, явившихся основанием для подобного ограничения. С целью снятия сложившихся противоречий и оптимизации процесса государственного регулирования предпринимательской деятельности при «входе на рынок» считаем целесообразным принять следующие меры:

1) отменить взаимосвязь имущества гражданина – индивидуального предпринимателя, обеспечивающего исполнение обязательств при осуществлении предпринимательской деятельности, и его места жительства за счет введения института обязательного страхования индивидуальным предпринимателем гражданской ответственности (тем самым изначально создав условия для защиты прав третьих лиц), внося соответствующие изменения в Гражданский кодекс РФ<sup>16</sup>;

2) внести изменения в ч.3 ст. 8 ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», заменив словосочетание «по месту его жительства» на словосочетание «по месту осуществления им основного вида предпринимательской деятельности».

---

<sup>1</sup> Теория государства и права. Курс лекций. Под ред. М. Н. Марченко. 2 –е изд., перераб. и доп. – М.: Зерцало – Теис, 1996. С. 143-156.

<sup>2</sup> П.3 Постановления Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 13. Ст. 1209.

<sup>3</sup> Бондарева Е.А. Правовые пределы воздействия государства на экономические отношения в России (конституционно- уставный аспект) // Ученые записки юридического факультета. Вып. 4 (14) / под ред. А.А. Ливеровского. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та экономики и финансов, 2005. С. 145.

<sup>4</sup> Административное право и процесс: полный курс / Ю. А. Тихомиров. – М.: 2001. С. 310.

<sup>5</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 30. Ст. 3046.

<sup>6</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 20. Ст. 2293.

<sup>7</sup> Ершова И. В. Понятие и признаки предпринимательской деятельности // Российское предпринимательское право: учебник / Д. Г. Алексеева, Л. В. Андреева, В. К. Андреев (и др.); ответ. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 22.

<sup>8</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 33 (Часть 1). Ст. 3431. Далее – Закон о государственной регистрации.

---

<sup>9</sup> Маслаев А. И. Современные проблемы хозяйственного (предпринимательского) права // Государство и право. 1996. № 4. С. 63.

<sup>10</sup> Суханов Е. А. Гражданское право: учебник / под ред. Е.А.Суханова. Т.1. М.: Бек, 1996. С. 18.

<sup>11</sup> Белых С.В. Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С.

<sup>12</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. Л.В. Лазарева // СПС «ГАРАНТ».

<sup>13</sup> Баренбойм П.Д., Гаджиев Г.А., Лафитский В.И., Мау В.А. Конституционная экономика: учебник для юридических и экономических вузов. М.: ЗАО Юстицинформ, 2006. С. 136.

<sup>14</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1993. № 32. Ст. 1227. (С изм. и доп).

<sup>15</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 34. Ст. 4029. (С изм. и доп.).

<sup>16</sup> Институт страхования гражданской ответственности индивидуальных предпринимателей в настоящее время активно применяется в рамках осуществления лицензирования в упрощенном порядке.

## **ОБЩЕНАУЧНЫЙ УРОВЕНЬ МЕТОДОЛОГИИ НАУКИ ЗАРУБЕЖНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ**

***ЗАЙЦЕВА О.Б.,***

*д.ю.н., профессор кафедры трудового и предпринимательского права*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77, post@oimsla.edu.ru*

***МОРОЗОВ П.Е.,***

*к.ю.н., доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77, post@oimsla.edu.ru*

**Ключевые слова:** наука трудового права; глобализация; общенаучный уровень; юридический позитивизм; общая юриспруденция; партикулярная юриспруденция; гегельянство; теория верховенства закона.

*Актуальность проблемы трансформации содержания уровней методологии науки трудового права зарубежных стран представляет не только теоретическое, но и практическое значение. Глобализационные процессы приводят к необходимости установления связей между национальными правовыми системами государств и перехода к международному регулированию той или иной отрасли права.*

**Key words:** science of labor law, globalization, level of general scientific methodology, legal positivism, general jurisprudence, private papers jurisprudence; hegelianism; theory of "the rule of law"

*The scientific article is devoted to the actual problem of general level of scientific methodology of science of foreign labor law in the context of globalization. Currently globalization processes lead to the need of establishing linkages between national legal systems of states and the transition to International industry law.*

Глобализация как процесс международной интеграции затрагивает все сферы функционирования государств, включая общественное производство, сферу труда и занятости, миграцию рабочей силы и интересы всех слоев населения. Глобализация должна предполагать не только эффективное использование международных механизмов и институтов, но одновременно экономические и технологические аспекты данного процесса не должны затмевать социальной направленности развития мировой цивилизации и интересов разнообразных слоев населения, способствовать обеспечению полной занятости и более справедливого распределения

возможностей и выгод глобализации с целью создания социальной безопасности человеческой личности во всем ее многообразии.

Различные мнения и суждения отражают сложившиеся в современном мире две весьма противоречивые тенденции. Одна из них непосредственно связана с глобализацией общественных отношений, накладывающей соответствующий отпечаток на все стороны жизни общества и государства. Вторая тенденция связана с регионализацией, выражающейся в стремлении регионального сообщества «к национальному и культурному самоутверждению, связанному с некоторым отторжением европейских стандартов»<sup>1</sup>.

Экономическая и социальная интеграция государств в рамках глобализационных процессов обуславливает насущную необходимость создания единой системы наднациональных норм, которая бы способствовала эффективному перемещению товаров, капитала и трудовых ресурсов между странами на основе признания ими принципов свободной торговли и открытого рынка.

Исследование по данной проблеме позволяет сделать ряд выводов:

1. Научный анализ осуществляется в сфере влияния наднациональных норм на национальные правовые системы.
2. Разрабатывается и активно внедряется в практику концепция «верховенства права», которая рассматривается как гарантия соблюдения прав человека в условиях глобализации.
3. Уделяется значительное внимание проблемам так называемого «мягкого» права и « транснационального права»

Кроме того, нельзя не обратить внимания и на то обстоятельство, что трудовое право, являясь отраслью права, ощущает на себе тоже влияние, что и право в целом и отражает общие тенденции взаимодействия наднациональных и национальных правовых норм, давая ответ вызовам глобализации.



В настоящее время глобализационные процессы приводят к необходимости установления связей между национальными правовыми системами государств и перехода к международному регулированию той или иной отрасли права.

Влияние глобализации на данный процесс осуществляется в четырех формах:

- прямое перемещение правовой системы одного государства в другое государство (например, как в случае с американской оккупацией Японии и Ирака);
- добровольное принятие на себя государством обязательства о соблюдении международных правовых принципов, как, например, в случае с торговыми стандартами ВТО, которые должны выполнять все государства-члены данной организации;
- имплементация международных правовых принципов в национальную правовую систему того или иного государства (например, реализация прав человека);
- трансплантация правовых принципов какой-либо национальной правовой системы на международный уровень (например, обязанность проводить консультации, которая была заимствована из правовой системы США).

Необходимо сказать, что проблемы глобализации права являются предметом для исследования представителями различных правовых теорий. Но в целом признается, что наибольшее влияние на методологию изучения права в условиях глобализации оказали идеи юридического позитивизма источниками которого являются труды Джона Остина<sup>2</sup>, Джерри Бентама<sup>3</sup>.

Таким образом, для определения роли права как способа регулирования глобализационных процессов необходимо рассмотреть основные постулаты юридического позитивизма.

Так, по мнению позитивистов, на содержание правовой мысли непосредственное влияние оказывает процесс всемирного распространения

права. В данном случае, следует отметить, что глобализация не создает новых институтов позитивного права, а тесно связана с исследовательскими подходами и методиками изучения. Другими словами, это сфера универсальной правовой мысли, ограниченная рамками правовой культуры и не распространяющаяся на позитивное право.

С конца 18 века правовая мысль шла по пути градации «местной юриспруденции» и «универсальной юриспруденции» (концепция Джереми Бентама); в последствии Джон Остин предложил несколько иной подход, предлагая выделять «партикулярную юриспруденцию» и «общую юриспруденцию». Содержание партикулярной юриспруденции составляют научные взгляды на роль и значение отдельной национальной правовой системы, то есть она рассматривается изолировано от других правовых систем. В то же время, общая юриспруденция - это наука, изучающая понятия, принципы и нормы, которые присущи различным системам национального позитивного права. Следовательно, универсальность или общий характер правовой мысли определяется наличием правовых принципов, общих для нескольких систем позитивного права. Однако, универсальность правовой мысли была не абсолютна и ограничивалась кругом своих источников: научные труды римских юристов, прецеденты английских судов, нормы Французского и Прусского кодексов. Таким образом, универсальность в то время была крайне ограничена, что хорошо показал в своей работе «Универсальное публичное право» Жан Ромагнози.

В 20 веке универсальность правовой мысли уже не подвергалась сомнению. Постулировалась идея в соответствии, с которой содержание правовой мысли расширилось за счет того, что в научном мире возобладало понимание того, что не имеет смысла делить юриспруденцию на общую и партикулярную, поскольку сама по себе правовая мысль интернациональна и универсальна по своему характеру. Позитивисты считали, что универсальное право требует наличие единого руководящего органа и единого мирового правового сообщества. Универсальность понималась здесь как категория

научного познания не оказывающая влияние на релятивизм систем позитивного права.

В настоящее время в условиях глобализации, по мнению позитивистов, в правовой науке зарубежных стран происходит сложный процесс переосмысления ряда традиционных и, во многом, консервативных идей:

1. Деление права на внутригосударственное и международное.
2. Утверждение о том, что национальные правовые системы являются замкнутыми и их надо изучать изолированно друг от друга.
3. Современное право по своему характеру является светским и оторванным от своих историко-культурных корней, основанных на христианских традициях.
4. Право является бюрократическим инструментом государства для выполнения определенных функций и для достижения конкретных социальных целей.
5. Правопонимание осуществляется через оценку его норм субъектами права.
6. Объектом права является идеи и нормы, а не эмпирическое изучение социальных явлений.
7. Право имеет «Северное» (европейское или англо-американское) происхождение и распространилось по всему миру посредством политики колониализма и империализма и торговли.
8. Изучение незападных правовых традиций не представляет никакого интереса для правовой науки.
9. Фундаментальные ценности лежащие в основе права имеют универсальный характер.

Таким образом, анализ этих правовых идей позволил сделать вывод о том, что, в общем и целом, они являются методологией антиглобализма в его самой крайней и экстремальной степени.

Вместе с тем нельзя не учитывать и вызовы глобализации, предъявляемые к традиционной правовой теории. В целом потребность переоценки и переосмысления прежних взглядов можно определить как отказ от идей изоляционизма, в соответствии с которыми необходимо анализировать национальные правовые системы отдельно друг от друга; пересмотр взглядов на деление права на два типа - внутригосударственное и международное; изменение содержания правопонимания.

Правовую глобализацию следует рассматривать как тенденцию перехода от местного, национального уровня на международный уровень, посредством отказа от национальной замкнутости. Данный процесс весьма неоднозначен и может быть проанализирован в двух ипостасях:

1) существование взаимосвязанных отношений на разных уровнях иерархической лестницы (местный, национальный, региональный, континентальный, глобальный), и в данном случае имеется ввиду движение от одной ступени к другой;

2) отношения складывающиеся либо в форме союзов, коалиций, торговых соглашений либо в региональных формах, таких как страны общего права, Арабский мир; либо в форме специальных межгосударственных объединений - Большая семерка, НАТО, Европейский Союз, транснациональные корпорации, а также негосударственные организации.

Для правильного понимания данного процесса в юридическом позитивизме используется модернизированная теория «общей юриспруденции» Джона Остина. Общая юриспруденция в современном контексте рассматривается в трех аспектах: 1) как правовая концепция общей теории права; 2) как универсальная система знаний о праве; 3) как часть общей системы философского познания. В настоящее время в юридическом позитивизме основной акцент делается на проблему определения роли и значения права в условиях глобализации. В данном аспекте выделяются две теории, представители которых рассматривают право в широком и узком смысле. Так, адептами первой концепции (право в узком смысле) являются

профессора Харт<sup>4</sup>, Роулс<sup>5</sup>, и Раз<sup>6</sup>; основоположниками второй доктрины (право в широком смысле) выступают профессора Глен<sup>7</sup>, Сантос<sup>8</sup> и Таманаха<sup>9</sup>.

Представители первой теории на примере международного публичного права доказывают, что МПП - это система норм права, регулирующих отношения между государствами. Сторонники второй концепции формулируют идею в соответствии с которой, право - это не только нормы права (МПП), но и также положения так называемого «негосударственного» права (non-state law), которое понимается как не право какого-то конкретного государства в контексте разделения права на международное и внутригосударственное, а как элемент « универсального», «общего» права.

Примерами «негосударственного» права являются:

1. Религиозное право (например, исламское право).
2. Транснациональное право.
3. Правовые обычаи и традиции.
4. Различные формы «мягкого» права.

При анализе « негосударственного» права обращает на себя внимание то обстоятельство, что исследователи проблемы ратуют за «децентрализацию» роли государства, то есть не увязывают нормы права с принудительной силой государства. В конечном итоге они выступали за отказ от принципа суверенитета в области права в интересах мирового правового сообщества

Следует также согласиться с мнением юридических позитивистов о том, что исключение из понятия права религиозных правовых традиций, Африканского права и цыганского права будет обеднять правовую дефиницию; в то же время включение этих форм «негосударственного права» в общее понятие права будет, несомненно, способствовать обогащению его содержания на основе сравнения и обобщения в независимости от правовых традиций, культур и национальных границ.

В зарубежном научном мире в настоящее время широкое распространение получили так называемые постпозитивистские теории роли права в условиях глобализации: критическая теория, конструктивизм и нормативная теория. Так, критическая теория основывается на методологии марксизма и, в общем, в принципе, может быть названа неомарксизмом (Франкфуртская школа). Представители этого направления подвергают критике три основных постулата позитивизма - объективность существования мира вне нас; различия между субъектом и объектом; социальную науку, ориентированную на свободные ценности.<sup>10</sup>

По мнению неомарксистов, глобальная экономика как всемирная политическая система не может функционировать в соответствии с неизменными социальными законами. Социальный мир - это конструкция, имеющая пространственно-временные характеристики: международная система представляет собой результат деятельности экономически развитых государств диктующих свою волю другим участникам международных отношений. В связи с тем, что политический мир, включая международные отношения, подвержен изменениям, он носит исторический характер.

Критическая теория не ставит своей целью изучение роли и значения государства, но акцентирует внимание на проблемы власти и влияния в мировом масштабе. Адепты этой теории проводят исследования для того, чтобы выработать меры по освобождению людей от репрессивного влияния на них структур мировой политики и экономики, которые контролируются капиталистами США. Они доказывают, что глобализация осуществляется в интересах богатого Севера за счет бедного Юга.

Следует отметить, что другой разновидностью постпозитивизма является теория конструктивизма, в соответствии с которой социальный и политический мир не является физическим или материальным объектом, существующем вне сознания человека, подобно солнечной системе<sup>11</sup>. Этот мир реализуется в отношениях возникающих между людьми. Так, по мнению известного итальянского философа Дж. Вико естественный мир был сотворен

богом, а исторический-людьми. Человечество само творит свою историю и люди сами создают государства, которые являются историческими, искусственными образованиями

Конструктивисты считают, что в настоящее время народы мира должны создавать и поддерживать социальные, экономические и политические отношения несмотря на свои социальные различия, которые должны осуществляться на основе признания суверенитета, прав личности, международной торговли, международных организаций, и негосударственных организаций.

Таким образом, конструктивизм рассматривается как эмпирический подход для изучения международных отношений в эпоху глобализации.

Необходимо также отметить, что значительное влияние на право в условиях глобализма оказала нормативная теория, которая рассматривается как теория международных отношений<sup>12</sup>. Так, нормативная теория-это научная концепция, изучающая моральный аспект международных отношений, а также этический характер отношений возникающий между государствами. Действительно, международная политика имеет дело с рядом фундаментальных нормативных постулатов, таких как порядок, война и мир, справедливость и несправедливость, права человека и иные ценности, которые несомненно имеют этический характер.

Нормативные теоретики определяют моральную ценность международных отношений, которые рассматриваются в двух аспектах - в рамках идеи «космополитизма» и идеи «коммунитаризма». Космополитизм-это нормативная доктрина в соответствии, с которой носителями прав и обязанностей в международной политике является индивид и все человечество в целом. Коммунитаризм - это концепция в основе которой лежит утверждение о том, что в мире высшими носителями прав и обязанностей являются государства. В виду противоположности двух этических подходов к проблемам международных отношений возникает

вопрос о приоритете прав, то есть чьи права являются доминирующими - государства или личности.

Кроме того, предметом для научной дискуссии являются проблемы, связанные с ответственностью государства в сфере производства оружия массового уничтожения и о временном критерии возникновения прав личности, то есть, возникают ли они до государственного признания или связаны лишь только с гражданством данного индивида.

Следует отметить, что в зарубежной философии и общей теории права в противовес позитивизму существует концепция универсализма, признающая верховенство естественных (универсальных) прав человека. В целом, в рамках этой теории можно выделить три основные направления - кантианство; доктрина естественного права и утилитаризм. Эти правовые и философские концепции также оказали весьма значительное влияние на развитие права в условиях глобализации. Так, по мнению И. Канта<sup>13</sup> достижение мира между народами возможно только посредством создания мировой федерации, под которой он понимал Мировую республику. Достижение мира подразумевает отказ от суверенитета конкретных государств в целях создания федерации народов.

И. Кант понимал мир в двух аспектах – как «негативный мир» и «позитивный мир». В первом случае речь шла об отказе от военных действий между войнами; во втором - о создании такого порядка, который должен быть установлен посредством воздействия на каждое государство со стороны мирового органа власти. Признаками мира по Канту являются:

1. Отказ государств от «дикарской (беззаконной)» свободы и международной анархии.
2. Развитие международной торговли.
3. Создание « республиканской гражданской конституции».
4. Трансгрессия правовых норм.

Применительно к праву позиция Канта состояла в следующем - создание «космополитического правопорядка», то есть такого мирового



порядка, где господствовало общее для всех народов право. Следует отметить, что идеи Канта в настоящее время развиваются представителями «неокантианства»<sup>14</sup>, которые выдвигают вывод об особой роли права в условиях глобализации.

Теория «космополитического права» подчеркивает, что в условиях глобализации международное право не в состоянии регулировать весь объем отношений, возникающий между народами, поскольку ориентирована на государства; в то же время, как космополитическое право регулирует не только международные, но и иные транснациональные отношения; история мировых войн и гонка вооружений доказывают верность идей Канта, о том, что государства должны отказаться от «дикарской» свободы и создать общее для всех наций право.

Вторая наиболее распространенная доктрина в современных условиях - это теория естественного права.<sup>15</sup> Применительно к глобализации она исходит из того постулата, что международный порядок является позитивным явлением поскольку базируется на человеческих чувствах. Так, один из основоположников естественного права Томас Гоббс утверждал, что универсальные (всеобщие) права не зависят от воли суверена, и только естественные законы вечны; в то же время, как несправедливость, неравенство, высокомерие противоречит природе человека и поэтому этим моральным качествам не может быть придан ранг законов. В условиях глобализации в аспекте данной теории особое значение придается правам человека, которые носят всеобщий характер и поэтому должны служить основой для принятия транснациональных нормативных актов. Третьей разновидностью универсализма является теория утилитаризма, основным назначением которой в настоящее время состоит в анализе этической стороны правовой глобализации. Основоположником ее считается профессор Милл, который определял утилитаризм как теорию правильного поступка, как действия приносящего благо для большого количества людей<sup>16</sup>.

Важной правовой составляющей данной концепции является научный анализ понятия справедливости как гарантии соблюдения прав человека в условиях экономической интеграции. Нормативный утилитаризм резюмирует следующие парадигмы:

1. Действие должно основываться на правиле - принести как можно больше пользы другим людям. Стороны социального контракта обязаны признать постулат, в соответствии с которым естественные права человека не могут быть отменены или ограничены в каких либо интересах.

2. Должен реализовываться принцип социальной дифференциации, в соответствии с которым человек имеет право на продвижение по социальной лестнице - от низших до высших ее ступеней. Причем, задача государства состоит в том, чтобы обеспечить безболезненное перемещение.

Следует отметить, что данные принципы лежат в основе любого национального права. Вместе с тем, в условиях экономической интеграции мы сталкиваемся с проблемой глобальной справедливости. Относительно оснований определяющих этическое содержание транснационального правового регулирования в правовой науке нет единого мнения.

В этой связи есть необходимость рассмотреть три концепции - реализм, «общество обществ» (society of societies), космополитизм, который подразделяется на утилитарный и контрактный. В соответствии с концепцией реализма государства должны существовать независимо и изолированно друг от друга и единственным этическим принципом, определяющим их взаимоотношения является принцип собственной выгоды. Концепция «общество обществ» исходит из постулата о том, что нации должны объединяться на основе взаимовыгодных соглашений. Космополиты, в свою очередь, считают, что все люди на планете составляют единое общество, а следовательно те этические принципы которые лежат в основе внутреннего национального законодательства можно распространить и на международный уровень.

Особое внимание утилитаристы уделяют вопросам, связанным определением этической ответственности транснациональных корпораций в условиях глобализации. В данном случае выделяются три точки зрения.

Так, по мнению профессоров М. Лернера и Р. Рейха транснациональные корпорации в своей деятельности исходят прежде всего из принципа извлечения прибыли и не желают делать отчисления на социальные нужды<sup>17</sup>. Таким образом, проблемы этической ответственности у них возникают лишь только тогда, когда в мировом масштабе что-то серьезно угрожает их репутации.

В соответствии с другой точкой зрения, на деятельность корпораций можно распространить этические принципы, которые лежат в основе жизни и деятельности обычных людей. Так, профессор Т. Вайт считает, что основное назначение бизнеса - это создание лучшей жизни для всех людей<sup>18</sup>. В свою очередь, М. Хопкинс высказывает идею о том, что корпорации несут социальную ответственность за свои действия, которая осуществляется на основании признания принципа «международных переговоров»<sup>19</sup>.

Третья точка зрения относительно применимости этики к деятельности корпораций состоит в следующем: корпорации - это юридические, а не физические лица. Следовательно, к ним не применяются принципы этики, действующие в человеческом обществе применительно к конкретному индивиду.

Необходимо отметить, что в современных условиях значительное влияние приобрела теория «верховенства права», которая, естественно, в большей степени отвечает вызовам глобализации, поскольку ее реализация оказывает непосредственное влияние на все правовую надстройку в целом; в то время, как позитивизм и универсализм при признании их значимости все-таки более теоретизированные философские и правовые течения, которые более подходят для разработки методологии научного познания права в условиях глобализации. Следует сказать, что экономическая и политическая интеграция, и как следствие необходимость в этих условиях оптимизировать

правовую защиту прав человека приводит к необходимости обращения к теории «верховенства права».

Необходимо указать, что концепция «верховенства права» по-разному понимается в правовой науке различных государств в зависимости от степени ее развития, экономической детерминированности и социальной направленности. Однако, в общем и целом можно выделить и общее: «верховенство права» - это политико-правовая концепция, на основании которого закон ограничивает государственную управленческую власть посредством признания и защиты основных прав человека. Таким образом, основной целью правового государства является создание системы юридических гарантий с целью защиты прав граждан от незаконного и неправомерного использования государственной власти.

В правовой механизм должны быть включены такие гарантии как обязательность исполнения законов всеми лицами, в том числе и представителями государственной власти; публикация законов; реализация судами вступивших в силу законов; ясность и определенность формулировок нормативных актов; отсутствие в законодательстве правовых коллизий; экономическая и социальная и политическая детерминированность как основа для дальнейшего развития законодательства; обязательность исполнения законов государственными органами. Следовательно, данная концепция распространяется на широкий круг субъектов: на вооруженные силы, полицию для обеспечения безопасности людей; на корпорации для продажи и производства товаров, чья деятельность в конечном итоге приведет к увеличению количества рабочих мест; на профсоюзы для защиты прав работников; на систему здравоохранения для защиты населения от болезней; на педагогов с целью обеспечения качественного образования.

Вместе с тем, глобализационные процессы привели к необходимости трансформации данной концепции путем перевода ее на новый международный уровень и созданию ее современной модификации - «верховенство международного права»

Главными вызовами глобализации на международной арене в настоящее время являются - угрозы универсальности новых концепций ответственности; возникновение новых органов международной юстиции; торговая и финансовая либерализация.

Основаниями концепции «верховенства международного права» выступают следующие принципы:

1. Придание особого значения судебной системе в деле защиты фундаментальных прав человека;
2. Ответственность государства перед своим народом.
3. Участие народа в разработке нормативных актов.

Следует также отметить, что принципы правосудия, основанные на доктрине «верховенства права» были, в свою очередь, определены Конференцией по вопросам безопасности и сотрудничества в Европе<sup>20</sup>. К ним относятся следующие права человека: никто не может быть признан виновным без приговора суда; каждый человек, арестованный или задержанный по обвинению или по подозрению совершения уголовного преступления имеет право предстать перед судьей или иным должностным лицом по вопросам определения законности ареста или задержания; каждому предоставляется право на открытое и честное судебное разбирательство; все люди равны перед законом и запрещается дискриминация в сфере соблюдения закона; правительство и должностные лица должны действовать в соответствии с законом; права человека являются фундаментальными и должны быть защищены законом; каждому должно быть предоставлено право на защиту от административных действий; судьи должны быть независимы; независимость судей должна быть защищена законом; каждый имеет право на защиту в суде либо самостоятельно либо посредством профессионального защитника; национальное законодательство должно строиться в соответствии с международными законами особенно по вопросам прав человека, включая гарантии реализации таких прав как право на

свободную информацию, право на демонстрации и создании ассоциаций и т.д.

Интересной также представляется инновация, введенная особой общественной организацией - Мировым Правовым Проектом, которая разрабатывает международный индекс реализации странами концепции «верховенства права». Данный индекс представляет собой механизм расчета по методике МПП степень внедрения странами в свою национальную систему принципов правового государства, а также основных положений Всеобщей Декларации Прав Человека. В расчет берется ряд показателей и на основе их анализа выводится общая величина:

1. Правительство и должностные лица ответственны перед законом.
2. Законы стабильны, справедливы и защищают основные права человека.
3. Процесс реализации законов является честным и эффективным.
4. Обеспечивается свободный доступ к органам правосудия.

Анализ приведенных правовых теорий позитивистов, универсалистов и сторонников концепции «верховенства права» позволил сделать вывод, что, в общем и целом они связаны с методикой научного изучения проблем глобализации.

---

<sup>1</sup> Марченко Н.М. Проблемы универсализации прав человека в условиях глобализации //Права человека и современное государственно-правовое развитие под ред. А.Г. Светланова. М., 2007. С.44.; Общая теория прав человека /Рук. Авт. Колл. И отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1996. С.9.

<sup>2</sup> [en.wikipedia.org/wiki/John\\_Austin](http://en.wikipedia.org/wiki/John_Austin)

<sup>3</sup> [slovari.yandex.ru/.../article/00007/82100.htm](http://slovari.yandex.ru/.../article/00007/82100.htm)

<sup>4</sup> См.: Н.Харт “Essays of Bentham”, О.: OUP, 1982.

<sup>5</sup> См.: J.Rowls. “The law of peoples”, Mass: HUP, 1999

<sup>6</sup> См.: J. Raz “The authority of law”, О.: OUP, 1979

<sup>7</sup> См.:P.Glenn “Persuasive Authority” 32 Macgill Law Jo, 1987

<sup>8</sup> . См.: В. Таманаха “On the rule of law”, О: OUP, 1993

<sup>9</sup> См.: В.Santos “Toward a New common sense” L.: Rjutledge, 1995.

<sup>10</sup> См.: R. Cox “Approaches to world order”, С.: CUP, 1996

- 
- <sup>11</sup> См.: A. Wendt, "Anarchy is what states make of it", IO, 46, 1992  
<sup>12</sup> См.: C. Brown, Nardin, Rengger, "Introduction", C.: CUP, 2002.  
<sup>13</sup> . I. Kant "Perpetual peace and other essays", I: Hackett, 1983, p.111  
<sup>14</sup> J. Habermas, "Democracy and the global order", L.: Polity Press, 1999  
<sup>15</sup> N. Malkom, "Aspects of Hobbs", O. OUP, 2002  
<sup>16</sup> J. Mill, "Utilitarianism", 1863.  
<sup>17</sup> Lerner, "Spirit matters", VA: Hampton Roads, 2000  
<sup>18</sup> T. White "Data, dollars", MA: CBE, 2007.  
<sup>19</sup> M. Hopkins, "The planetary bargaining", L.: Earthscan publications, 2003.  
<sup>20</sup> D. Sorochan, "Pepper in our eyes", V: UBS PRESS, 2000, P.59

**ПРОБЛЕМЫ ВЛИЯНИЯ ГЛОБАЛИЗАЦИИ НА  
КОЛЛЕКТИВНОЕ ТРУДОВОЕ ПРАВО  
(НА ПРИМЕРЕ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА США)**

***МОРОЗОВ П.Е.,***

*к.ю.н., доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532) 72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:*** глобализация, мировая интеграция, трудовое право, коллективное трудовое право, индивидуальное трудовое право, права работников, профсоюзы, работодатели, трудовое законодательство США, трудовые отношения.

*Статья посвящена актуальной в настоящее время проблеме – определению новой роли коллективного трудового права в условиях глобализации.*

***Key words:** globalization, global integration, labor law, collective labor law, individual employment law, workers' rights, trade unions, employers, labor legislation of U.S., labor relations.*

*The scientific article is devoted to the actual problem of international legal regulation of labour relations under globalization.*

Трудовое право стран с англосаксонской системой права испытало на себе наиболее существенное влияние глобализации, поскольку исторически эти государства (США, Великобритания, Канада, Австралия) всегда были основной движущей силой экономического роста, что определяло необходимость внедрения в правовое регулирование трудовых отношений принципов либерализма, обусловленного интеграционными процессами.

Вместе с тем, потребность защиты национальных трудовых ресурсов, чье положение резко ухудшилось вследствие активизации трудовой миграции привело со всей неизбежностью к возникновению проблемы с одной стороны, государственная политика строится на принципах протекционизма, а с другой стороны, постулируется необходимость привлечения иностранных работников. Решение данной проблемы в определенной степени удалось законодателям США, на наш взгляд, вследствие специфики трудового права этой страны

В научной литературе США проводится отчетливое разграничение между двумя дефинициями - коллективным трудовым правом/ Labor law / и индивидуальным трудовым правом/ Employment law/.

Необходимо отметить, что подобная градация носит не только теоретический, но прикладной правоприменительный характер, что проявляется в частности в том, что: во-первых, в американских университетах на юридических факультетах или на факультетах



индустриальных отношений изучают два курса - коллективное трудовое право и индивидуальное трудовое право; во-вторых, ученые-трудовики или представители науки об индустриальных отношениях специализируются лишь только на анализе коллективных трудовых отношений либо изучают только индивидуальные трудовые отношения; в-третьих, юристы-практики подразделяются на юристов, занимающихся вопросами коллективного трудового права и юристов, защищающих индивидуальные трудовые права работников, в-четвертых, в справочной и научной литературе происходит также подобная градация – Labor law либо Employment law. Разделение двух понятий носит как исторический так и смысловой характер. Ведь, первоначально возникло коллективное трудовое право, и лишь потом на его базе сформировалось индивидуальное.

Проблему понятия трудового права США нельзя решить без относительно семантического анализа терминов –Labor law, Employment law. Так, в англо-русском юридическом словаре термины labor и employment в общем и целом выступают как синонимы - в том и другом случае речь идет о труде и работе<sup>1</sup>. Подобный перевод содержится и в словаре В.К.Мюллера<sup>2</sup>. Вместе с тем при переводе явно не учитывается специфика употребления данных терминов в контексте трудового права США и практики его применения.

Подобная трактовка данных терминов привела к тому, что ряд видных российских ученых- трудовиков, таких как И.Я. Киселев, Н.В. Сивачев, С.В.Соловьева, Л.Ю. Бугров в процессе рассмотрения вопросов трудового законодательства стран с англо-саксонской системой права сделали ряд ошибочных выводов, на основании которых они строили собственные теории. Так, профессор Киселев<sup>3</sup> И.Я. отмечал, что в 60-е годы 20 века на уровне доктрины закрепилось мнение, что трудовой договор полностью растворяется в коллективном договоре, а индивидуальные трудовые отношения - в коллективных.

По мнению И.Я.Киселева, данная трактовка трудового договора в значительной степени объяснялась тем, что в коллективных договорах содержалась большая часть норм, касающихся прав и обязанностей сторон трудового договора.

Однако, в данном случае вряд ли можно согласиться с И.Я.Киселевым, так как правовое регулирование индивидуальных трудовых отношений в США с конца 19 столетия по наше время является приоритетным направлением, и эти отношения, в свою очередь, входят в предмет индивидуального трудового права / Employment law/.

И.Я. Киселев явно находился под влиянием представителей коллективного трудового права /Labor law/, что выразилось в игнорировании индивидуального аспекта трудового права США. Действительно, при анализе американских учебников, монографий, научных статей, в которых анализируется коллективное трудовое право США /Labor law/ полностью отсутствует научный и правовой материал посвященный аспектам индивидуального трудового права, что приводит к неправильному выводу о тождестве индивидуального и коллективного трудового отношения.

Ошибочной представляется и позиция профессора Л.Ю. Бугрова, который предлагал свой, весьма спорный, перевод термина «Employment law», который он советует переводить как право занятости и рассматривать в качестве названия своего рода надотрасли или суперотрасли, в которую в конечном итоге переродится и трудовое право<sup>4</sup>.

В принципе, если говорить о США то подобная конструкция является некорректной, так как индивидуальное и коллективное трудовое право рассматриваются изолированно друг от друга, а право занятости есть лишь не точный смысловой перевод понятия индивидуального трудового права.

В научной теории трудового права США выделяются несколько понятий как коллективного трудового права, так и индивидуального трудового права. Так, коллективное трудовое право /Labor law/

устанавливается законами, принятыми Конгрессом США и законодательными органами штатов, нормативными актами органов исполнительной власти, а также решениями федеральных судов и судов штатов, нормативными актами органов исполнительной власти, регулирующие отношения между работодателями и профсоюзами.<sup>5</sup> В данном определении делается акцент на коллективном аспекте трудового права США.

Кроме того, коллективное трудовое право регулирует отношения между работниками и работодателями на производстве<sup>6</sup>. В соответствии с другим определением, коллективное трудовое право регулирует отношения, возникающие между работниками, организованными в профессиональные союзы, и работодателями. Анализ данной дефиниции дает возможность сделать вывод о том, что именно принадлежность к тому или иному профсоюзу позволяет работникам реализовывать свои права в сфере коллективно-переговорного процесса по заключению коллективного договора, который в дальнейшем станет действенным регулятором отношений в сфере трудовой деятельности.

Особо выделяется вопрос об отграничении коллективного трудового права от индивидуального - коллективное трудовое право регулирует отношения между работодателями и профсоюзами, а индивидуальное - между работником и работодателем.

Таким образом, к функциям коллективного трудового права следует отнести, прежде всего, функцию регулирования коллективных трудовых отношений; функцию защиты интересов работников посредством предоставления им права на объединения в профсоюзы для представительства их интересов и разрешения коллективных трудовых споров включая право на забастовку и локаут.

В предмет коллективного трудового права США входят следующие виды отношений:

- коллективно-договорные отношения между работниками и работодателями в лице их представителей;
- отношения по заключению коллективного договора между профсоюзами и работодателями;
- отношения по управлению трудом с участием профсоюзов;
- отношения по разрешению коллективных трудовых споров;
- внутрипрофсоюзные отношения.

Центральным отношением в предмете коллективного трудового права несомненно является коллективно-договорное отношение между работниками и работодателями в лице их представителей. Основанием возникновения этого отношения выступает коллективный договор, которому в трудовом праве США придается особое значение, так как он регулирует прием на работу; рабочее время и время отдыха; оплату труда; порядок рассмотрения индивидуальных трудовых споров; дисциплину труда; порядок прекращения трудовых отношений.

Примером роли значения коллективного договора в США и, складывающихся на его базе отношений может послужить коллективный договор между компанией Дженерал Электрик и Международным профсоюзом работников электронной промышленности<sup>7</sup>. В данном коллективном договоре указывается, что компания берет на себя обязательство обеспечивать безопасные условия труда на производстве посредством проведения периодических инспекций с целью минимизировать возможность возникновения несчастных случаев на производстве посредством проведения периодических проверок.

Одним из элементов коллективно-трудоового статуса работников будет являться право на труд в условиях отвечающих требованиям техники безопасности и производственной санитарии.

Неотъемлемым правом работников в сфере коллективных трудовых отношений также выступает право на защиту от дискриминации по признаку пола, расы, национальности пола и возраста.

Достаточно большое внимание в коллективном договоре уделяется вопросам, связанным с рабочим временем. Следует отметить, что подобное условие договора лежит в основе коллективных прав работников при решении вопросов о продолжительности рабочей недели, сверхурочной работе и работе в ночное время.

Коллективно-договорное регулирование заработной платы будет состоять в установлении размера оплаты труда работников на данном производстве, в частности посредством определения размера оплаты труда и порядка ее выплаты. В разделе 7 и 8 коллективного договора Джeneral электрик рассматриваются и решаются вопросы, связанные с предоставлением выходных дней и отпусков.

Немаловажным аспектом коллективно-договорных отношений будут права работников на рассмотрение и разрешение коллективных и индивидуальных трудовых споров. Так, в частности, в коллективном договоре Джeneral электрик указывается, что работники имеют право на коллективные и индивидуальные трудовые споры, включая право на забастовку.

Отдельным элементом коллективно - договорного статуса работников будет являться право на перевод на другую работу.

Особо в коллективном договоре рассматривается вопрос об увольнении работников и предоставлении им гарантий при сокращении численности и штата.

Таким образом, анализ американского трудового законодательства о коллективных договорах (в частности, Законы: «О трудовых отношениях» от 1935 года<sup>8</sup> и «О трудовых отношениях на железнодорожном транспорте» от 1926 года<sup>9</sup>), локальных актов (коллективный договор компании Джeneral

электрик), научных концепций по данному вопросу (например, научные исследования профессоров Харпера и Эстрейха<sup>10</sup>) позволяет сформулировать дефиницию коллективно-договорного отношения.

Так, коллективно-договорное отношение - это отношение возникающие между работниками и работодателем в лице их представителей по поводу обеспечения охраны труда на производстве, выплаты заработной платы, предоставлении времени отдыха и ограничении рабочего времени, а также по вопросам связанным с переводами на другую работу и увольнении с работы и обеспечении права на коллективные и индивидуальные трудовые споры.

Коллективный договор, являясь основанием возникновения коллективно-договорного отношения, по своему содержанию несомненно отличается от содержания отношения. Так, содержание коллективного договора будет составлять совокупность его условий, а содержание коллективно-договорного отношения – права и обязанности его сторон.

Интересным представляется вопрос об изменении коллективно-договорного отношения, которое непосредственно увязывается с изменением коллективного договора. Так, по общему правилу, стороны коллективного договора - профсоюз и работодатель - имеют право начать переговоры об изменении коллективного договора уведомив друг друга за 60 дней до даты, с которой он был заключен (например, коллективный договор был заключен 29 августа; следовательно, уведомление об его изменении в письменной форме должно быть направлено 29 июня текущего года).

Основанием прекращения коллективно-договорного отношения является истечение срока коллективного договора. Как правило, коллективные договоры в США заключаются на срок до 3-х лет.

Вторым и не менее важным отношением в предмете коллективного трудового США является отношение по заключению коллективного договора, возникающие между профессиональными союзами и

работодателями, государственными органами. Данный вид отношений регулируется целой группой нормативных актов – Законами: «О трудовых отношениях» / NRLA<sup>11</sup>/ от 1935 года; «О трудовых отношениях на железнодорожном транспорте»/RLA<sup>12</sup> /от 1926 г.; Закон «О реорганизации почтовой службы»/PRA<sup>13</sup>/ от 1970 г.

Субъектами данного вида отношений будут являться работодатели, работники, профсоюзные органы и специальный государственный орган - Национальное управление по трудовым отношениям.

Содержание отношения по заключению коллективных договоров будет представлять собой совокупность прав и обязанностей его субъектов: - право работников на объединение в профессиональные союзы;

- право работников вести коллективные переговоры по заключению коллективного договора с работодателями;

- право на забастовку, в том случае если работодатель отказывается вступить в коллективные переговоры по заключению коллективного договора;

- право на предотвращение незаконной практики в сфере труда

- обязанность работодателя вести переговоры с работниками представляемыми профессиональным союзом по заключению коллективного договора;

- обязанность не допускать случаи нарушения закона выступающие в форме незаконной практики в сфере труда;

Особое значение в трудовом законодательстве США уделяется деятельности Национального управления по трудовым отношениям, которое имеет право проводить выборы коллективно-договорного представителя.

Третьим отношением предмета коллективного трудового права США является отношение по управлению трудом с участием профессиональных союзов. В США профессиональные союзы осуществляют две функции – представительскую и защитную, что проявляется в их участии как в

коллективных переговорах по заключению коллективных договоров, так и в разрешении коллективных трудовых споров.

Отношения по разрешению коллективных трудовых споров также входят в предмет трудового права США. Правовое регулирование порядка рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров осуществляется на основании следующих нормативных актов:

1. Закон «О трудовых отношениях на железнодорожном транспорте»/ RLA/ от 1926 года;
2. Закон Норриса-Лагардиа от 1933 года<sup>14</sup>;
3. Закон «О сотрудничестве между работниками и работодателями» от 1978 г.

Особое значение в коллективном трудовом праве США придается внутрипрофсоюзным отношениям, понимаемым как отношения между членом профсоюзной организации и ее руководящими органами. Этому вопросу, в частности, посвящен Закон «О предоставлении отчетов и сведений в трудовых отношениях»/ Закон Лэндрема-Гриффина/<sup>15</sup>.

Субъектами данного вида отношений являются профсоюзные организации, действующие на предприятиях и учреждениях США независимо от формы собственности, члены профсоюзов, специализированные государственные органы, такие как Секретарь труда, Служба стандартов в сфере организационно-управленческих отношений /Office of Labor-Management Standarts/. Кроме того, профсоюзная деятельность в системе государственной гражданской службы, в свою очередь, регулируется особым нормативным актом-Законом «О реформе государственной гражданской службы»<sup>16</sup>, который приравнял в правах профсоюзы, действующие в системе гражданской службы к профсоюзам организаций частной и государственной формы собственности.

Следует отметить, что сфера действия данных законов не распространяется на работников, входящих в профессиональный союз,



действующий на территории штата, графства или иного муниципального образования за исключением случаев, когда профсоюзная организация входит в систему федерального профсоюза.

Работники как субъекты внутрипрофсоюзных отношений обладают рядом прав, а именно:

- право выбирать членов руководящих органов профсоюзной организации;
- право участвовать в профсоюзных собраниях;
- право свободно выражать собственное мнение по вопросам связанным с деятельностью профсоюзов;
- право участвовать в голосовании по вопросам определения размеров профсоюзных взносов и формировании финансовых фондов профсоюзной организации;
- право обжаловать дисциплинарную санкцию наложенную руководством профсоюзной организации а суд - право на ознакомление с копией коллективного договора.

Таким образом, коллективное трудовое право США испытало существенное воздействие глобализационных процессов, что выразилось в необходимости в оптимизации роли профсоюзов по защите трудовых прав работников.

---

<sup>1</sup> Андрианов С.Н., Берсон А.С. Англо-русский юридический словарь .М.: Рея ,1993.

<sup>2</sup> Мюллер В.К. Новый англо-русский словарь. М.: Русский язык медиа, 2005.

<sup>3</sup> Киселев И.Я. Современный капитализм и трудовое законодательство. М.,1973.С 73.

<sup>4</sup> Бугров Л.Ю. О праве на труд в России и за ее рубежом. Материалы научно-практической конференции М.:2007,с.166-167

<sup>5</sup> Encyclopedia of the American judicial system. Ed R J Janosic , NY ,1987, p.359

<sup>6</sup> Ibid ,p369

<sup>7</sup> M. Harper Labor law ,NY, 1996.

<sup>8</sup> .M. Harper Labor law ,NY, 1996.

<sup>9</sup> .45 USC §§ 151-188

<sup>10</sup> 1.Harper, Estreicher, Labor law, NY: Aspen, 1996

---

<sup>11</sup> 39 USC §§ 101.

<sup>12</sup> 12. 45 USC §§ 151-188

<sup>13</sup> 14. 29 USC §§ 101-115

<sup>14</sup> 29 USC §§ 173, 175(a), 186

<sup>15</sup> 29 USC §§ 401-531

<sup>16</sup> 29 CFR P.457-459

## **ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ОХРАНЫ ТРУДА В США**

***НЕВЕРОВА А.С.,***

*преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** охрана труда, безопасность и гигиена труда, государственное управление охраной труда, законодательство по охране труда, законодательство США.*

*Данная статья посвящена вопросам законодательства по охране труда США. Была рассмотрена история формирования законодательства, а также автором проанализированы основные акты, посвященные безопасности и гигиене труда в США. Особо отмечена неактивная роль США в применении международных стандартов по охране труда.*

**Key words:** *labour protection, occupational safety and health, state administration of labour protection, labour protection legislation, American legislation.*

*The article is devoted to the US labour protection legislation. It considers the history of building up the legislation and analyzes the basic Acts, concerning occupational safety and hygiene in the USA. Special emphasis is placed on the inactive role of the USA in applying the international labour protection standards.*

Государственная система охраны труда является неотъемлемой чертой развитого индустриального общества. Во всех странах законодательство о безопасности и гигиене труда прошло долгий путь развития, в частности, в США в настоящее время действует эффективная государственная система по охране труда, становление которой заняло десятки лет.

Действительно актуальным вопрос об охране труда стал в XVIII веке с развитием новых технологий, изобретением машин и устройств, используемых на предприятиях. Первым государством, где были предприняты попытки организовать инспекции по охране труда в 1802 году, стала Великобритания. И лишь в 1869 году в США был принят первый акт, посвященный вопросам охраны труда на предприятиях, - Закон об обязательном устройстве запасных выходов из шахт и необходимой вентиляции. Отметим, что изначально предприниматели шли на проведение охранительных мероприятий прежде всего в тех случаях, когда это было необходимо для самого предприятия и сохранности имущества. Это касается охраны паровых котлов от взрывов, техники безопасности в шахтах и др. Затем стали проводиться мероприятия, непосредственно ограждающие работников от несчастных случаев при работе с машинами и направленные на оздоровление производственной среды. Этому способствовало активное

давление самих рабочих, а также активизация деятельности государственных органов<sup>1</sup>.

Если обратиться к истории возникновения законодательства об охране труда в России, то можно отметить, что появление первых актов произошло в 1882 году, когда был создан государственный орган, осуществляющий контроль за соблюдением законодательства о труде малолетних рабочих и их начальным обучением. Таким образом, законодательство по безопасности и гигиене труда в США и России начало свой путь формирования почти одновременно, однако дальнейшее его развитие обладает своими особенностями.

Принципиальные изменения в правовой регламентации охраны труда в экономически развитых странах Запада пришлось на 60–70-е годы XX в., в частности, в США в 1970 году был принят Федеральный закон Вильямса-Штайгера «О безопасности и гигиене труда на производстве»<sup>2</sup>. В указанный период времени в России законодательству по охране труда также уделяли большое внимание, так, КЗоТ 1971 года отличался от предшествующих кодексов более развернутой правовой регламентацией охраны труда.

Особую роль в регулировании охраны труда на современном этапе играет международное законодательство, а именно акты, принимаемые в рамках ООН и МОТ. Однако США, несмотря на то, что является крупнейшей экономикой мира, ратифицировали совсем незначительное количество конвенций МОТ, тем самым оказываются практически несвязанным международными обязательствами государством. Такие основные конвенции МОТ по охране труда, как Конвенция № 155 «О безопасности и гигиене труда в производственной сфере» 1981 года, Конвенция № 187 «Об основах, содействующих безопасности и гигиене труда» и иные остаются нератифицированными США, что не соответствует современным требованиям международного сообщества об обеспечении права работников на безопасные и здоровые условия труда.

Вместе с тем необходимо обратить внимание на то, что правовой основой ныне действующей государственной системы охраны труда в США остается закон о безопасности труда на производстве, принятый в 1970 году. Данный Закон вошел в качестве главы 15 «Техника безопасности и охрана здоровья» раздела 29 «Труд» свода законов США, где в параграфе 652 дается следующее понятие «стандарта по обеспечению безопасности и гигиены труда»: это стандартная мера, требующая определенных условий, применение различных методов, процедур, необходимых для обеспечения безопасных и здоровых условий труда и рабочего места. Указанный акт в параграфе 654 закрепляет лишь общие обязанности работников и предпринимателей в сфере безопасности и гигиены труда, в частности, каждый предприниматель должен обеспечить каждому работнику рабочее место, исключаящее различного рода опасности, которые приводят или могут привести к смерти или тяжким последствиям. Также предприниматели должны соблюдать все стандарты по безопасности и гигиене труда, установленные Сводом законов США. Каждый работник, в свою очередь, обязан подчиняться стандартам по охране труда, а также правилам, нормам и положениям, предусмотренным главой 15 титула 29 свода законов США.

Необходимо отметить, что в законодательстве США используется термин «безопасность и гигиена труда» («occupational safety and health»), принятый мировым сообществом, в то время как российский законодатель отдает предпочтение термину «охрана труда». Однако понятие «безопасность и гигиена труда», по существу, соответствует понятию «охрана труда», применяемому в трудовом законодательстве Российской Федерации, и, следовательно, может рассматриваться как синоним.

Организация охраны труда включает в себя государственное управление, органы охраны труда, ее планирование и финансирование, предупредительный надзор и расследование несчастных случаев на производстве, их профилактику и учет.

В указанной статье хотелось бы особое внимание обратить на государственное управление, осуществляемое специально созданными органами, задача которых состоит в реализации основных направлений государственной политики в данной области, принятии нормативных правовых актов.

Так, в США создан Департамент по труду, который осуществляет свои цели через специальные агентства – Управление по соблюдению федерального договорного права (OFCCP); Управление по безопасности труда на производстве (OSHA); Отдел по охране заработной платы и рабочего времени (WHD); Управление по безопасности и гигиене труда на шахтах (MSHA); Управление по нормированию труда (OLMS).

Законом 1970 года было учреждено независимое федеральное агентство под названием – Управление по безопасности труда на производстве (далее - Управление), которое стало основным исполнительным органом, обеспечивающим выполнение закона на всей территории США. Кроме того, в каждом штате приняты свои законы и созданы исполнительные органы в сфере безопасности труда.

Интересен тот факт, что в первые 20 лет после принятия Закона о безопасности труда на производстве штрафы были невысокими: в большинстве случаев до одной тысячи долларов максимально. Это приводило к тому, что ряд предпринимателей предпочитал отделяться штрафами, но не выполнять предписания Управления. С учетом этого Конгресс США в ноябре 1990 года принял поправку к закону, повысившую максимальную сумму накладываемых штрафов в семь раз. Таким образом, с 1991 года максимальный штраф составляет семь тысяч долларов за однократное нарушение, семь тысяч долларов за нарушение ведения и предоставления отчетности и семь тысяч долларов за каждый просроченный день после предписанной даты устранения нарушения. За неоднократные и преднамеренные нарушения закона о безопасности труда установлены

штрафы в размере от 5 до 70 тысяч долларов. Указанные положения закреплены в параграфе 666 главы 15 титула 29 Свода Законов США, где говорится, что все предприниматели несут ответственность в виде штрафа в случае умышленного или неоднократного нарушения положений параграфа 654 данного титула, любой нормы или правил, предписанных в соответствии с параграфом 655.

Однако Управление еще до того, как Конгресс США повысил размеры штрафов, сумело найти способ наложения крупных, многомиллионных штрафных санкций на наиболее злостных нарушителей. До случая с компанией «Юнион карбайд» в апреле 1986 года Управление классифицировало однотипные нарушения как одно нарушение. Начиная с указанного случая, Управление стало разбивать такие массовые нарушения на множество отдельных случаев нарушений с соответствующим начислением штрафных санкций. Последовали дела с наложением крупных (свыше 1 млн. долларов) штрафов в сталелитейной, мясообрабатывающей промышленности, строительной индустрии и др. В целом Управлению с помощью Конгресса США и судебной системы, через которую, в конечном счете, осуществляются наиболее принципиальные решения Управления, удалось сломить сопротивление наиболее упорных предпринимателей, игнорировавших закон<sup>3</sup>.

Если говорить об ответственности за несоблюдение законодательства об охране труда в Российской Федерации, то необходимо обратиться к положениям Кодекса об административных правонарушениях и Уголовного кодекса. Нарушение законодательства о труде и об охране труда согласно ст.5.27 КоАП РФ влечет наложение на юридических лиц штрафа в размере от 30 000 до 50 000 рублей. Данные положения свидетельствуют о том, что ответственность в виде штрафа за нарушение законодательства об охране труда не может в полном объеме служить мерой экономической заинтересованности работодателей в соблюдении норм охраны труда. Об

увеличении штрафов в 2-10 раз за нарушение законодательства об охране труда неоднократно заявляли представители власти РФ, представляется, что данные меры будут более действенными вместе с сочетанием приостановления деятельности предприятия и дисквалификацией должностных лиц. Причем указанные положения не должны носить декларативный характер, и только реальное привлечение к административной ответственности может служить действенной мерой, уменьшающей количество нарушений в сфере охраны труда.

Федеральные и местные власти США должны также следить за соблюдением стандартных мер по обеспечению безопасности труда, которые в первую очередь предусматривают, что каждый предприниматель обязан использовать безопасное оборудование и технологии, применять специальную одежду и обувь, обеспечивать безопасные условия труда для работников и в целом делать все возможное, чтобы «защитить жизнь, здоровье, безопасность и благосостояние работников». Федеральный Департамент и соответствующие департаменты труда штатов выпускают детальные предписания, предусматривающие, в частности, ограничения по использованию опасных материалов, требования к вентиляции производственных помещений, к водоснабжению, хранению производственных отходов, обеспечению работников душевыми кабинами и т.д. Кроме того, предприниматели обязаны информировать работников о существующих опасностях производственных процессов и обучать их соблюдению техники безопасности. Предприниматели также обязаны фиксировать любые, даже мелкие, случаи производственного травматизма и потери рабочего времени в результате несчастных случаев на производстве<sup>4</sup>.

В рамках рассматриваемого Управления было также создано Управление по безопасности и гигиене труда на шахтах (MSHA), целью которого явилось содействие развитию новых технологий по безопасности



работ на шахтах и ускорение коммерческой доступности и внедрения новых технологий в горнодобывающую промышленность.

Необходимо отметить, что горнодобывающая промышленность традиционно находится в зоне особого внимания правительства США: в 1977 году был принят федеральный Закон об охране здоровья и труда на шахтах (Federal Mine Safety and Health Act of 1977), в 2006 году был принят новый закон, являющийся за последние 30 лет самым значительным нормативным актом в области охраны труда в этом самом рисковом секторе промышленности (Mine Improvement and New Emergency Response Act of 2006).

Кроме того, в специальном отраслевом департаменте по охране труда на шахтах (MSHA) действует круглосуточная «горячая линия», по которой собираются жалобы на нарушения в сфере охраны труда. Вне зависимости от того и как была получена жалоба (телефон, интернет, письменно и т.д.), она является основанием немедленной проверки инспекторами; достаточно, чтобы информация содержала сведения о месте и факте угрозы здоровью людей. Показателем результативности работы Управления является ежегодное снижение на 15% несчастных случаев на производстве и сокращение за пять лет на 50% потерь рабочих дней по причине аварий<sup>5</sup>.

Эффективность указанной системы говорит о необходимости ее внедрения в процесс контроля за безопасностью рабочих мест в Российской Федерации. Кроме того, в РФ на федеральном уровне отсутствуют нормы, закрепляющие основы обеспечения безопасности труда в отдельных отраслях промышленности и, в частности, на шахтах. Хотя США, как и РФ, игнорировали ратификацию Конвенции № 176 «О безопасности и гигиене труда на шахтах» 1995 года, исходя из изложенных положений можно сделать вывод, что безопасность труда на шахтах в Соединенных Штатах обеспечена надлежащим образом, и за ней осуществляется постоянный

контроль, что нельзя сказать о шахтах России, где довольно часто происходят несчастные случаи<sup>6</sup>.

Отдел по охране заработной платы и рабочего времени США также разработал определенные стандарты по безопасности и гигиене труда, например, Закон о справедливых стандартах труда 1938 года, обеспечивающий охрану труда несовершеннолетних работников, защищающий необходимость их ученичества, а также касающийся будущего трудоустройства данной категории работников. Указанный законодательный акт, в частности, устанавливает минимальный размер оплаты труда, который может быть снижен только за счет дополнительного вознаграждения в виде продуктов питания или предоставления жилища. Также рассматриваемым документом запрещается труд несовершеннолетних граждан, не достигших возраста 14 лет.

Большой массив законодательства по вопросу охраны труда в США содержится в подзаконных актах - Национальных стандартах по технике безопасности, инструкциях, приказах, распоряжениях Секретаря по трудовым вопросам Департамента по труду США, совместных решениях и правилах, изданных Секретарем по трудовым вопросам и Секретарем по вопросам здравоохранения, образования и благосостояния (Министерство здравоохранения)<sup>7</sup>. Примером могут служить следующие стандарты: Медико-санитарные правила по безопасности в строительстве; Правила по защите органов дыхания работников; Нормы по контролю за опасными источниками энергии и др.

Также в США важное значение имеют коллективные договоры профсоюзов и предпринимателей, т.к. они непосредственно регулируют вопросы организации охраны труда на производстве. На практике создаются комитеты по безопасности и здоровью из членов профсоюза и представителя администрации, однако работа в таких комитетах не оплачивается. Причем в процессе коллективных переговоров закрепляется основная часть трудовых

прав работников, но уровень профсоюзного членства составляет всего около 15% от общего количества работников.

Рассматривая законодательство об охране труда в США, необходимо обратить внимание на Стратегию охраны труда и безопасности рабочих мест, которая является частью Стратегического плана министерства труда Соединенных Штатов на финансовый период 2011 – 2016 гг.<sup>8</sup>. Обеспечение здоровых и безопасных условий труда является одной из стратегических целей Правительства США в сфере труда. Кроме того, для достижения указанной цели была поставлена следующая дополнительная задача - обеспечение безопасных и здоровых рабочих мест на промышленных предприятиях особой группы риска.

Структурные основы службы охраны труда в конкретной стране обычно описываются в ее законодательстве. Так, в США в законодательном порядке устанавливаются лишь стандарты, соответствия которым необходимо добиваться. К достижению этой цели работодатели идут разными путями, опираясь при необходимости на информационную и техническую поддержку со стороны правительства. Власти обязаны обеспечить проверку соответствия установленным стандартам.

В США надзор и контроль за соблюдением законодательства об охране труда по Закону о безопасности на предприятии 1970 г. возложены на Секретаря по трудовым вопросам. Секретарь имеет уполномоченных по всей территории страны и региональные конторы. На практике эти уполномоченные и служащие региональных контор осуществляют надзор и контроль. Для этого они согласно параграфу 657 главы 15 титула 29 имеют право: 1) беспрепятственно входить в разумное время на любую фабрику, предприятие, стройку, в контору или иное место, где осуществляется работа; 2) инспектировать и расследовать в рабочее время и в иное разумное время и с разумными ограничениями любое место работы, условия труда, конструкции, машины, аппараты, снаряжение и ограничивать частным

образом любого предпринимателя, собственника имущества, агента или работника.

Согласно данному параграфу лица, уполномоченные проводить инспекции, имеют право требовать явки и дачи показаний свидетелей, принимать свидетельствования под присягой. Отказ подчиниться означает право окружного судьи издать приказ об обязательной явке к инспектору. Повторное нарушение квалифицируется как неуважение к суду.

Таким образом, одним из недостатков системы законодательства об охране труда США является отсутствие международных стандартов, являющихся ее основой. Однако данное законодательство, начавшее свое формирование еще в начале XX века, доказало свою эффективность в течение многих десятилетий.

---

<sup>1</sup> Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: Учебник: В 2 т. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. – М.: Статут, 2009. С. 879.

<sup>2</sup> Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: Учебник: В 2 т. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. – М.: Статут, 2009. С. 885.

<sup>3</sup> Соловьев А. Охрана труда и защита пострадавших на производстве в США//Служба кадров. Социальное страхование. 2002. № 4.

<sup>4</sup> См.: Соловьев А. Охрана труда и защита пострадавших на производстве в США//Служба кадров. Социальное страхование. 2002. № 4.

<sup>5</sup> Приложение к Концепции федеральной Программы действий по улучшению условий и охраны труда на 2008-2010 годы.

<sup>6</sup> Например, взрывы на шахтах «Распадская» 8 мая 2010 года, «Естюнинская» 23 декабря 2009 и другие// <http://www.rb.ru/inform/142207.html>

<sup>7</sup> Киселев М. И. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 395.

<sup>8</sup> [http://www.dol.gov/\\_sec/stratplan/StrategicPlan.pdf](http://www.dol.gov/_sec/stratplan/StrategicPlan.pdf)

# ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ РАБОТНИКОВ КРАЙНЕГО СЕВЕРА – ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ НЕКОТОРЫХ НОРМ

*ХАЛДЕЕВА Н.В.,*

*доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения*

*Магаданского филиала МГЮА им. О.Е. Кутафина*

*685000, г. Магадан, Школьный пер. д.3*

*тел. 8(4132) 60-71-87; e-mail: magfil@mail.ru*

*Ключевые слова:* права работников, свободы, равенство прав, север, федеральный закон №122, переселение, жилье, проблемы

*Тема, рассматриваемая в статье о практике применения некоторых норм в правовом регулировании трудовых отношений работников Крайнего Севера актуальна и содержательна. В ней логично и последовательно излагаются существующие проблемы и предлагаются пути их решения.*

*Key words:* The rights of the workers, liberties, quality of rights, the North, federal statute №122, a migration, housing, the problems.

*The topic about practice of using some norms in legal regulation the labour relations the workers of the Extreme North is topical in the content. The present problems state in the article logically and sequentially. The author proposes the ways of solution of these problems.*

Статья 55 Конституции РФ 1993 г. предусматривает, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным

законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства<sup>1</sup>.

Всеобщая декларация прав человека в статье 29 закрепляет, что при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе<sup>2</sup>.

Другие международно-правовые акты содержат положения, совпадающие по сути и направленности с положениями Всеобщей декларации прав человека 1948 г..

В ТК РФ эти принципы нашли свое закрепление в статьях 2, 3, 4, 64 и других, через принципы равенства, дифференциации, запрета дискриминации, принудительного труда<sup>3</sup>. Перечисленные нормы закрепляют общие начала определения пределов ограничения прав граждан, однако на практике вызывают немало вопросов. Часть 4 ТК РФ содержит правила регулирования трудовых отношений специальных субъектов, к которым относятся работники Крайнего Севера и приравненных к ним местностей в соответствии с основаниями, предусмотренными статьей 252 ТК РФ - в связи с характером и условиями труда, психофизиологическими особенностями организма, природно-климатическими условиями, наличием семейных обязанностей, а также других оснований.

Статья 251 ТК РФ устанавливает два правила для регулирования трудовых отношений этих специальных субъектов трудового права.

Первое гласит, что имеющиеся нормы могут *частично ограничивать применение общих правил по тем же вопросам*; второе – что *имеющиеся нормы могут предусматривать дополнительные правила*. При этом должно

учитываться положение, при котором особенности регулирования труда, влекущие за собой снижение уровня гарантий работникам, ограничение их прав, повышение их дисциплинарной или материальной ответственности, могут устанавливаться исключительно *Трудовым кодексом РФ*, или в случаях и порядке, им предусмотренных.

Несомненно, это правило, установленное ст.252 ТК РФ должно соответствовать Конституции РФ 1993 г. и общепризнанным принципам и нормам международного права - в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других лиц и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.

Но нормы некоторых статей и практика их применения говорят об обратном. Модификация ТК РФ проявила его новые свойства, которые требуют изучения.

Особенно ярко проявляются отрицательные новации трудового законодательства там, где работникам устанавливаются дополнительные, по сравнению с другими, гарантии и компенсации, где наиболее полно раскрывается один из важнейших способов правового регулирования труда – единство и дифференциация. Это обусловлено тем, что в соответствии с действующим законодательством установление и предоставление правовых гарантий и компенсаций работникам Крайнего Севера и приравненных к ним местностей в большей части исключено из сферы государственного регулирования.

В соответствии с федеральными законами от 04.07.2003 № 95-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской

Федерации»<sup>4</sup>, от 06.10.2003 № 131 –ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>5</sup>, от 20.08.2004 № 120-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования межбюджетных отношений»<sup>6</sup> и от 22.08.2004 № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>7</sup> произошло разграничение полномочий между федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления.

К полномочиям федеральных органов исполнительной власти отнесены теперь вопросы установления размеров и условий оплаты труда и соответственно предоставление правовых гарантий в части их оплаты работникам организаций, финансируемых из федерального бюджета. К полномочиям органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления отнесены вопросы по установлению размеров, условий и порядка оплаты установленных правовых компенсаций работникам организаций, финансируемых из соответствующих бюджетов - субъекта РФ и муниципальных образований. Работодатели, не относящиеся к бюджетной сфере устанавливают размер, условия и порядок установленных ТК РФ компенсаций за счет собственных средств в соответствии с коллективными договорами, локальными нормативными актами, трудовыми договорами.



Таким образом, с 1 января 2005 года в ТК РФ законодательно закреплена *новый вид дифференциации в сфере регулирования трудовых отношений*, которым является объективный признак – *источник финансирования*.

Подобная дифференциация по источнику финансирования в сфере правового регулирования труда привела к неравному правовому положению работников большинства организаций Севера страны, что поставило под угрозу существование самих северных территорий как части Российского государства. В первую очередь это относится к самым отдаленным районам страны – Магаданской области и Чукотскому автономному округу. Есть ли перспектива развития производительных сил на Севере страны? На этот вопрос нельзя ответить однозначно до тех пор, пока на законодательном уровне не будет закреплена подобная дискриминация. Учитывая, что сектор экономики содержит множество работодателей, не относящихся к бюджетной сфере финансирования, большинство работников северных регионов оказалось в неравном положении с работниками организаций, финансируемых из других источников. И так крайне тяжелое положение, работников, связанное с упадком экономики, отсутствием развития производства, наличием вакантных мест, развитой инфраструктуры, отсутствие доступности поездок в другие регионы, низкая заработная плата усугубились нововведениями статей 325 и 326 ТК РФ, которые снизили и так ничтожный уровень компенсаций.

Большая часть северных районов является основой экономики страны в условиях экспортно-сырьевой модели развития России. Они отличаются ограниченными возможностями «самовыравнивания» социально-экономических и медико-биологических условий не только из-за климатических условий, транспортной доступности, но и фактора сложившихся межбюджетных отношений, фактически приводящих добывающие регионы к *формальной дотационности*<sup>8</sup>, а также потери

значимости фактора социальной мобильности населения в связи с низким уровнем заработной платы.

Правовые особенности районов Крайнего Севера определяются нормативными правовыми актами с учетом вопросов, которые они регламентируют. Среди множества актов можно выделить ТК РФ, закон РФ от 19.02.1993 № 4520-1 «О государственных гарантиях и компенсациях для лиц, работающих и проживающих в районах Крайнего севера и приравненных к ним местностях», федеральный закон от 25.10.2002г № 125-ФЗ «О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей», федеральный закон от 24.04.1995 № 46–ФЗ «О переоформлении задолженности по централизованным кредитам и начисленным по ним процентам организаций агропромышленного комплекса, а также организаций, осуществляющих завоз (хранение и реализацию) продукции (товаров) в районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности», федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления Российской Федерации», федеральный закон от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», федеральный закон от 02.12.2009г № 308 –ФЗ «О федеральном бюджете на 2010 год и на плановый период 2011 и 2012 гг.»<sup>9</sup>, другие федеральные законы и множественные подзаконные нормативные правовые акты в зависимости от сферы правового регулирования, круга лиц и иных признаков.

Анализ действующего законодательства в части правового регулирования особенностей районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей показывает широкий спектр отношений, которые ими регулируются. К ним относятся вопросы экономического, политического, социального, экологического характера и, конечно же, трудовых отношений. Огромная территория стремительно пустеет, сокращается численность населения, закрываются неперспективные поселки.

Понятие «неперспективных населенных пунктов», согласно принятым в «Программе содействия в переселении граждан, проживающих в неперспективных населенных пунктах Магаданской области»<sup>10</sup> критериям, определяют отсутствие градообразующего предприятия, низкая занятость трудоспособного населения и высокий уровень безработных граждан, большой удельный вес социально незащищенных групп населения (пенсионеры, инвалиды, семьи с детьми).

В перечень программных неперспективных населенных пунктов Магаданской области вошло 22 населенных пункта, из которых 19 признаны полностью неперспективными и 3 нуждаются в частичном переселении жителей<sup>11</sup>.

Стратегию переселения жителей северных районов сформировали и определяют на перспективу федеральный закон «О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей»<sup>12</sup>, постановления Правительства «О концепции государственной поддержки экономического и социального развития районов Севера»<sup>13</sup>, «О реформировании системы государственной поддержки районов Севера»<sup>14</sup>, «Об утверждении положения о содействии переселению граждан в рамках пилотного проекта социального реструктурирования районов Крайнего Севера»<sup>15</sup>, законы субъектов РФ, как, например, закон «О программе содействия в переселении граждан, проживающих в неперспективных населенных пунктах Магаданской области»<sup>16</sup> и другие, каждый из которых имеет свою специфику в регламенте, определяющем адресность и размер выделения жилищных субсидий, источники их финансирования, условия и порядок предоставления.

Следует отметить, что реализация указанных нормативных актов осложняется рядом объективных причин. Основной из них является недостаточное выделение средств из федерального бюджета, которое, к тому же последовательно снижается. Так, если в 1997 г. на переселение жителей

Крайнего Севера было выделено 93, 1 млн рублей, в 2004г – 19.2 млн. рублей<sup>17</sup>, то в соответствии с ФЗ «О федеральном бюджете на 2010 год и на плановый период 2011 и 2012 годов»<sup>18</sup> на переселение пенсионеров, инвалидов, больных, многодетных и других социально незащищенных категорий граждан из районов Крайнего Севера в среднюю полосу России выделено 15 млн долларов США, что, при подсчете в переводе в рубли еще меньше.

В соответствии с Федеральным законом от 25 октября 2002 года № 125-ФЗ "О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей" установлен круг лиц, имеющих право на получение жилищных субсидий. Статьей 2 Закона установлено пять очередей для предоставления субсидий. При этом статья сформулирована таким образом, что не допускает возможности предоставления субсидий очередникам, состоящим в последующей очереди до предоставления субсидий всем очередникам предыдущей.

В целях совершенствования порядка обеспечения жильем граждан, выезжающих из районов Крайнего Севера были утверждены различные программы государственных жилищных сертификатов<sup>19</sup>, согласно которым предполагалось обеспечить постоянным жильем в центральных районах страны более 210 тысяч семей<sup>20</sup>.

В ходе их реализации принцип привлечения собственных или заемных средств граждан не был реализован в полной мере. Это объясняется отсутствием у граждан (участников программы) накопленных денежных средств, низкой платежеспособностью и, как следствие, ограниченными возможностями привлечения кредитов банков, в том числе ипотечных, для приобретения жилья, отмечают Магаданские средства массовой информации.

Следует отметить, что программой «Государственные жилищные сертификаты» были охвачены не все категории граждан, которым в соответствии с законодательством РФ предоставлено право на получение

субсидий на приобретение жилья, а некоторые из имеющих право не всегда могли реализовать его на улучшение жилищных условий. Об этом свидетельствует и судебная практика.

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 26.01.2009. № 4. Ст. 445.

<sup>2</sup> Международное публичное право. Сборник документов. Т.1.М.: БЕК. 1996. С. 460-464.

<sup>3</sup> Российская газета. 31.12.2001. № 256.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 07.07.2003. № 27. Ст. 2709.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 06.10.2003. № 40. Ст. 3822.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 23.08.2004. № 34. Ст. 3535.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 30.08.2004. № 35. Ст. 3607.

<sup>8</sup> Скуфьина Т.П., Баранов С.В. Уровни социально-экономического развития и финансово-бюджетные отношения. Север: проблемы периферийных территорий / Отв. ред. В.Н. Лаженцев. Сыктывкар.2007. С. 187.

<sup>9</sup> СЗ РФ. 07.01.2002. № 1. Ст. 3; Российская газета. - 16.04.1993. - № 73; СЗ РФ. 28.10.2002. № 43. Ст. 4188; СЗ РФ. 24.04.1995. № 17. Ст. 1456; СЗ РФ. 06.10.2003. № 40. Ст. 3822; СЗ РФ. 24.12.2001. № 52. Ст. 4920; СЗ РФ. 07.12.2009. № 49. Ст. 5869

<sup>10</sup> Закон Магаданской области. - 25.06.2003.- № 507- ОЗ.

<sup>11</sup> Акулич, Г.Н. Ядрышников, О.А. Шарыпова, Е.М. Шершакова, О.С. Фавстрицкая (отв. ред. Н.А. Горячев, Н.В. Гальцева); СВКНИИ ДВО РАН. Магадан: ООО «Полиарк». 2008.С.156.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 28.10.2002. № 43. Ст. 4188.

<sup>13</sup> СЗ РФ. 20.03.2000. № 12. Ст. 1286.

<sup>14</sup> СЗ РФ. 12.01.1998. № 2. Ст.256.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 03.06.2002. № 22. Ст.2093.

<sup>16</sup> Закон Магаданской области. 25.06.2003.№ 507- ОЗ.

<sup>17</sup> Колымский тракт. 2009. № 46. С.3.

<sup>18</sup> СЗ РФ. 07.12.2009. № 49. Ст. 5869.

<sup>19</sup> СЗ РФ. 04.01.1999. № 1. Ст.209; СЗ РФ. 24.09.2001. № 39. Ст.3770; СЗ РФ. 27.03.2006. № 13. Ст. 1405 и др.

<sup>20</sup> Абрамова Е.Н. Жилищные сертификаты //Право и экономика. 2007. № 6. С. 55.

# МЕТОДЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ И ИХ ЭВОЛЮЦИЯ В СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРИОД

*ШАМАРДИН Е.А.,*

*соискатель кафедры трудового права и права социального обеспечения*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

*Ключевые слова:* трудовое право, метод правового регулирования, развитие метода трудового права, современные методы трудового права, новое в методе трудового права, понятие метода трудового права, эволюция метода трудового права.

*Происходящие в современной России изменения, связанные с реформированием всех сфер общественной жизни, провозглашение свободы труда и других важнейших трудовых прав определяют актуальность исследования современных способов правового регулирования трудовых отношений. В настоящей статье проведен краткий анализ теоретических положений о методе трудового права, раскрыты современные способы регулирования трудовых отношений, предпринята попытка продемонстрировать эволюцию метода трудового права.*

*Key words:* labor law, the method of legal regulation, the development of the labor law method, modern methods of the labor law, innovations in the labor

*law method, the notion of the labor law method, the evolution of the labor law method.*

*Changes, connected with reforming of all the spheres of public life, freedom of labor and other important labor rights, which take place in modern Russia, determine the actuality of modern ways in the research of the labor law. The article gives short analysis of the theoretical statements about the method of the labor law, modern ways of labor relations regulation, and an attempt to demonstrate the evolution of the labor law method.*

Серьезное внимание к отраслевым методам правового регулирования и их подробное исследование началось в 60-х годах XX века. Трудовое право – не исключение. Первые работы, посвященные методу трудового права, вышли в свет в 60-е – 70-е годы. Понятие метода трудового права и его фактическое содержание менялось на протяжении истории исследования, как менялись и те общественные отношения, которые регулирует трудовое право.

В первую очередь необходимо подробнее остановиться на тех фундаментальных трудах, которые заложили, в конечном счете, основу для современного понимания метода трудового права. В науке традиционно отмечалось, что особенности отраслевого метода связаны в первую очередь с общественными отношениями, составляющими предмет отрасли. Именно особый круг общественных отношений определяет специфику средств и способов правового регулирования.

Как справедливо заметил С.С. Алексеев «предметом отрасли права может быть лишь такая совокупность общественных отношений, качественная определенность которой выявляет себя в методе правового регулирования»<sup>1</sup>.

Одной из главных особенностей предмета трудового права является сочетание в нем публичных и частных начал<sup>2</sup>. Соответственно и регулирование трудовых отношений осуществляется правовыми средствами, присущими как публичным, так и частным отраслям права.

Действительно, вопрос о делении права на частное и публичное и вопрос о методе тесно связаны. По мнению В.Ф. Яковлева, «недостаточное внимание советской юридической науки к методу правового регулирования, отражающему дифференциацию права, оказалось связанным с делением досоциалистического права на публичное и частное, советские юристы на какое-то время перенесли отрицательное отношение и на категорию метода»<sup>3</sup>. Вне всякого сомнения, сочетание публичных и частных начал оказывало и продолжает оказывать определяющее влияние на формирование метода трудового права<sup>4</sup>.

По мнению В.Д. Сорокина, метод правового регулирования непосредственно состоит из трех основных способов регулирования (обязывание, дозволение, запрещение), и в каждом конкретном случае метод есть их особая комбинация, совокупность, система. Для отраслевых методов, где доминирует централизованное регулирование, в комбинации из этих трех средств превалирует обязывание. Это в основном отрасли публичного права. Для отраслевых методов, выражающих диспозитивные начала, в отраслях частного права, преобладают дозволение, и в какой-то мере - запрет.

В имущественном и обязательственном сегменте трудовых отношений, связанных с договорным началом и равенством сторон, преобладает диспозитивное регулирование. Это касается таких институтов как трудовой договор; коллективные договоры и соглашения; заработная плата и др. Отношения, связанные с дисциплинарной и материальной ответственностью, трудовыми спорами, охраной труда регулируются преимущественно императивно<sup>5</sup>. На это обращал особое внимание А.И. Процевский: «Различные свойства метода регулирования трудовых



отношений в определенном смысле обуславливают деление единой отрасли трудового права на отдельные правовые институты. Каждый такой институт в трудовом праве имеет свои специфические особенности регулирования возникающих отношений. Необходимость установить правильное соотношение при регулировании различных элементов трудового отношения объясняет императивный и диспозитивный характер норм трудового права»<sup>6</sup>.

Н.Г. Александров одним из первых обратил внимание на специфику метода правового регулирования трудовых отношений. Автор отметил, что специфика метода трудового права заключается, главным образом, в участии профессиональных союзов в правовом регулировании трудовых отношений. Н.Г. Александров определил метод трудового права как «участие профсоюзов в разработке и принятии нормативных актов о труде рабочих и служащих, в разрешении трудовых споров, заключении коллективных договоров, контроль профсоюзов за соблюдением трудового законодательства»<sup>7</sup>.

Подобным же образом сформулировал метод трудового права В.С. Андреев, по мнению которого «наиболее общим выражением метода советского трудового права является участие рабочих и служащих через свои общественные организации - профсоюзы - в регулировании трудовых отношений и других, тесно связанных с ними отношений»<sup>8</sup>. Проявление этого метода автор видел в том, что профсоюзы:

- а) участвуют в нормотворческой деятельности по регулированию общественных отношений;
- б) совместно с администрацией или самостоятельно применяют нормы трудового права к конкретным отношениям;
- в) рассматривают самостоятельно споры или участвуют в рассмотрении споров между сторонами этих отношений;
- г) осуществляют контроль за соблюдением трудового законодательства.

Кроме Н.Г. Александрова и В.С. Андреева на это ранее уже обращали внимание В.М. Догадов, Я.А. Канторович, И.А. Трахтенберг. Впоследствии эту позицию поддержали большинство ученых-трудовиков. Но совершенно очевидно, что это была хотя и очень важная, но только одна из специфических особенностей отраслевого метода<sup>9</sup>.

Несколько расширил понятие метода трудового права А.С. Пашков, включив в него в качестве главных характеристик, помимо участия профсоюзов, также и «особый правовой режим выполнения обязанностей и дифференцированное установление условий труда, зависимость между мерой труда и мерой вознаграждения за труд»<sup>10</sup>. А.С. Пашков назвал эти составляющие вместе «комбинированным методом советского трудового права».

Основой для следующего этапа научной разработки понятия и содержания метода правового регулирования трудовых отношений послужил тезис о том, что своеобразие юридического регулирования отдельной отрасли всегда проявляется в целом ряде специфических черт и особенностей. Подобный комплексный подход к определению отраслевого метода использовали не только ученые-трудовики, но и теоретики других отраслей права.<sup>11</sup>

Первое комплексное исследование метода трудового права принадлежит А.И. Процевскому<sup>12</sup>. Он, в частности, выступает с критикой точки зрения Н.Г. Александрова и других ученых о том, что специфика метода трудового права заключается только в участии профсоюзов в правовом регулировании трудовых отношений. По мнению А.И. Процевского, участие профсоюзов характеризует лишь порядок принятия норм права, а не их содержание, централизованное или децентрализованное установление условий труда относится к порядку издания норм права, а норма, принятая в децентрализованном порядке может быть по своему характеру как императивной, так и диспозитивной.

«Смещение характера правовых норм с порядком их принятия привело некоторых авторов к выводу о том, что особенность метода в трудовом праве определяет участие профсоюзов в регулировании трудовых отношений. Мы полагаем, что специфичность метода регулирования проявляется не столько в этом, сколько в содержании норм трудового права, находящем отражение в правовом положении субъектов»<sup>13</sup>, - заключает А.И. Процевский.

Вслед за учеными-теоретиками А.И. Процевский считает, что метод трудового права отражает:

а) характер взаимоотношений сторон, влияющий на правовое положение субъектов трудового правоотношения (равенство или подчинение);

б) степень определенности предоставленных прав, выражающуюся в характере норм трудового права (императивном или диспозитивном);

в) порядок установления прав и юридических обязанностей субъектов трудовых отношений (непосредственно законом или нормативным соглашением).

При этом автор подчеркивает, что специфичность метода регулирования может быть раскрыта через все характеризующие признаки, а не через какой-либо один признак.

Первая, и, по мнению А.И. Процевского, главная особенность метода регулирования трудовых отношений состоит в равенстве сторон трудового договора и в то же время их подчинении внутреннему трудовому распорядку.

Эту же специфику юридического положения субъектов трудового права отмечал и Б.К. Бегичев. По мнению последнего, обязанность соблюдать внутренний трудовой распорядок и обязанность организовать труд – две стороны единого специфического признака трудовых правоотношений – состояние связанности участников трудовым режимом предприятия<sup>14</sup>.

Л.С. Таль, обосновывая теорию трудового договора, в его определение включал понятие несамостоятельности работника, который подчиняется в пределах, определяемых договором, законом или обычаем, хозяйской власти работодателя и внутреннему распорядку его предприятия или хозяйства<sup>15</sup>. Следующей особенностью метода трудового права является характер норм права, который в каждом случае определяется правовым положением субъектов отношения и необходимостью дифференциации. И последнее свойство метода, о котором писал А.И. Процевский – это порядок установления прав и обязанностей. Специфичность такого порядка автор усматривает в том, что в одних случаях права и обязанности устанавливаются императивно без права изменять их по усмотрению сторон, в других – предусматривается возможность их изменения.

Черты метода, выделенные А.И. Процевским, не потеряли своей актуальности и сегодня. Так, большинство авторов<sup>16</sup> в качестве основных признаков метода трудового права выделяют следующие:

1) Равноправие сторон трудового договора с подчинением их в процессе труда правилам внутреннего трудового распорядка.

2) Сочетание централизованного и локального, государственного и договорного регулирования общественных отношений, составляющих предмет трудового права, в чем и выражается особый порядок установления прав и обязанностей.

3) Характер норм трудового права (императивный и диспозитивный).

4) Особый характер защиты прав и интересов субъектов трудового права, которая обеспечивается, во-первых, путем рассмотрения индивидуальных и коллективных трудовых споров, во-вторых, путем установления государственного и общественного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства, в-третьих, путем самозащиты.

5) Договорный характер труда и установления его условий.

6) Участие работников через своих представителей, профсоюзы, трудовые коллективы и работодателей в правовом регулировании труда

7) Единство и дифференциация правового регулирования трудовых отношений.

В современных условиях становления постиндустриального общества с его новыми социальными технологиями и интеграции России в мировые глобальные процессы, названные черты метода трудового права наполняются новым содержанием, меняется их соотношение, появляются качественно новые признаки, которых не было на предыдущем этапе исследований. И для того, чтобы механизм развития трудового права был включен в полную силу, требуется усовершенствование метода правового регулирования социально-трудовых отношений.<sup>17</sup>

С переходом России к рыночной экономике, реформированием всех областей общественной жизни, заметно большее значение приобретает именно договорный характер труда и установления его условий.

В настоящее время договорное регулирование занимает значительное место в регулировании отношений в сфере труда, будучи ограниченным лишь минимумом законодательно закрепленных социально-трудовых гарантий и прав, необходимо предоставленных работнику. Это проявляется в расширении сферы индивидуально-договорного и локального регулирования, развитии института социального партнерства, устранении государства от прямого управления отношениями в сфере труда<sup>18</sup>.

Некоторые авторы еще в советский период обращали внимание на необходимость расширения локального регулирования труда.

Так, С.А. Иванов отмечал, что основными элементами концепции локального регулирования являются «установление широкой компетенции предприятий в области труда; предоставление предприятию возможности повышать уровень условий труда по сравнению с тем, что предусмотрено в

законодательстве; утверждение договорных начал в локальном регулировании»<sup>19</sup>.

Социальное партнерство в сфере труда выступает сегодня важнейшей чертой правового регулирования трудовых отношений. А.М. Лушников и М.В. Лушникова называют метод современного трудового права «методом социального партнерства», подчеркивая, что одной из ведущих тенденций развития трудового права в XXI в. является уменьшение его авторитарных начал в пользу договорного и локального регулирования.<sup>20</sup>

На современном этапе развития трудового права происходит значительное усиление дифференциации, которая проявляется в первую очередь в появлении новых ее оснований. Это свойство трудового права сегодня также рассматривается как характерная черта метода правового регулирования. Выделяются многообразные факторы объективной и субъективной дифференциации, которые находят свое выражение в нормах-дополнениях, предусматривающих различные льготы и гарантии для отдельных категорий работников; нормах-изъятиях, в которых содержатся запреты и отступления от общего уровня гарантий; нормах-приспособлениях, предоставляющих работодателю возможность осуществлять модернизацию условий труда в отношении отдельных категорий работников.

Факторы дифференциации оказывают влияние на процесс правового регулирования трудовых отношений в РФ, а также влияют на правовое положение работника, создавая в отдельных случаях его специальный трудово-правовой статус<sup>21</sup>. Дифференциация проявляется в системе трудового права. К традиционным общей и особенной частям добавилась специальная часть трудового права, в которой сосредоточились нормы, устанавливающие особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников.

Одной из характерных черт метода современного трудового права стала рецепция частноправовых конструкций гражданского права. Она проявляется, в частности, в следующем:

- 1) признание Трудовым кодексом РФ самозащиты как одной из основных форм защиты трудовых прав работников;
- 2) возможность возмещения убытков руководителем организации по нормам гражданского законодательства, т.е. в полном объеме, с учетом упущенной выгоды;
- 3) субсидиарная ответственность по обязательствам, вытекающим из трудовых отношений, собственников (учредителей) учреждений;
- 4) нормы о компенсации морального вреда, причиненного работнику;
- 5) нормы института материальной ответственности субъектов трудового права.

По мнению Э.Н. Бондаренко, некоторые положения гражданского законодательства - межотраслевые, и их заимствование другой отраслью отнюдь не носит для последней дискриминационный характер.

Однако не все из этих положений при всей схожести явлений, к которым они применяются, могут быть использованы в трудовых правоотношениях в силу специфики последних.

Например, недействительность сделки и недействительность трудового договора, хотя и подпадающего под признаки сделки, не могут влечь вполне совпадающие последствия. Э.Н. Бондаренко предлагает внести в Общие положения ТК РФ норму о возможности аналогии или субсидиарного применения норм гражданского законодательства к трудовым правоотношениям.<sup>22</sup>

Действительно, вопрос о расширении рецепции гражданского права в регулировании трудовых отношений сегодня является весьма актуальным и важным (причиной тому, в первую очередь, расширение частноправовых

начал трудового права). Будет ли происходить дальнейшая «экспансия» гражданского права в сферу регулирования трудовых отношений, можно лишь предполагать. Но уже сегодня следует признать, что заимствование механизмов и приемов, свойственных гражданскому праву является неотъемлемой чертой метода правового регулирования современного трудового права.

Таким образом, метод трудового права, как и метод любой другой отрасли права, не застывшая, установленная раз и навсегда категория. Содержание метода значительно трансформируется в общем контексте политико-правовых и социально-экономических преобразований<sup>23</sup>.

Изучение методов правового регулирования трудовых отношений представляется сегодня чрезвычайно важным, ведь применяя те или иные методы правового регулирования право способно не только реагировать на происходящие изменения, упорядочивая их, но и обеспечивать развитие общественных отношений в нужном направлении. Грамотно выстроенная система методов правового регулирования, ее умелое использование, делают возможным наиболее результативное решение стоящих перед обществом и государством задач<sup>24</sup>.

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С. 175

<sup>2</sup> Таль Л.С. Очерки промышленного права. М., 1916. С. 1-2.

<sup>3</sup> Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. – Свердловск, 1972. С.5.



- 
- <sup>4</sup> Лушников А.М. Лушникова М.В. Курс трудового права. Том 1. С 483.
- <sup>5</sup> Лушников А.М. Лушникова М.В. Курс трудового права. Том 1. С 488.
- <sup>6</sup> Процевский А.И. Метод регулирования трудовых отношений. М., 1972. С. 139.
- <sup>7</sup> Александров Н.Г. О месте трудового и колхозного права в системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1958. №5 С.117.
- <sup>8</sup> Андреев В.С. О предмете и основных принципах советского трудового права. Вопросы трудового права на современном этапе, изд-во МГУ, 1964, С. 26.
- <sup>9</sup> Лушников А.М. Лушникова М.В. Курс трудового права. Том 1. С 490.
- <sup>10</sup> Советское трудовое право: Учебное пособие. Под ред. А.С. Пашкова. Л., 1966, С.11.
- <sup>11</sup> Явич Л.С. К вопросу о предмете и методе правового регулирования // Вопросы общей теории советского права. М., 1960, С.60
- <sup>12</sup> Процевский А.И. Метод регулирования трудовых отношений. М., 1972.
- <sup>13</sup> Процевский А.И. Метод регулирования трудовых отношений. М., 1972. С.130
- <sup>14</sup> Бегичев Б.К. Материальная основа и юридическое содержание трудовой правосубъектности рабочих и служащих («Сборник научных трудов», вып. 3, стр. 145)
- <sup>15</sup> Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. С. 99.
- <sup>16</sup> Трудовое право России / Под ред. А. С. Пашкова, 1994, с.30-38, 39; Сыроватская Л. А. Трудовое право, 1995, С.17-21; Толкунова В. Н., Гусов К. Н. Трудовое право России, 1995, С.13-15; Трудовое право / Под ред. О. В. Смирнова, 1996, С.13-16
- <sup>17</sup> Трудовое право. Под ред. О.В.Смирнова, М., 2006, С.5.
- <sup>18</sup> Бондаренко. К.А. Договорное регулирование как особенность метода трудового права. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2009 г.
- <sup>19</sup> Советское трудовое право: проблемы использования трудовых ресурсов. Под ред. С.А. Иванова, М., 1990. С. 31.
- <sup>20</sup> Лушников А.М. Лушникова М.В. Курс трудового права. Том 1. С 493.
- <sup>21</sup> Трудовое право России. /Под ред. К.Н. Гусова, Оренбург, 2010. С. 20.
- <sup>22</sup> Бондаренко Э.Н. Критерии разграничения разноотраслевых договоров о труде (на примере трудового договора и договора возмездного оказания услуг) // Современное право. 2003. № 7. С. 11.
- <sup>23</sup> Гусов К.Н. Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики, дисс. д-ра юр. наук, М., 1993г.
- <sup>24</sup> Теряевский С.А. Система методов правового регулирования в юридической практике современного российского государства: диссертация кандидата юридических наук, Саратов, 2009.

# **ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНО- ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**

## **ПРИНЦИПЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ ДОГОВОРОВ УНИДРУА И «ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА»: СООТНОШЕНИЕ И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ**

*АЛИМОВА Я.О.,*

*аспирантка кафедры международного частного права*

*ГОУ ВПО «Московская государственная юридическая академия*

*имени О.Е. Кутафина»*

*123557, город Москва, улица Малая Грузинская,*

*дом 25, квартира 29, тел.:89267386428*

*legal-solicitor@yandex.ru*

*Ключевые слова:* Принципы УНИДРУА, общие принципы права, принцип добросовестности и честной деловой практики, принцип обязательности договора, принцип о неизменности обстоятельств, концепция «Затруднения».

*В статье рассматривается проблема соотношения таких понятий как «общие принципы права» и Принципы УНИДРУА. Автором анализируются мнения ряда ученых, которые считают, что Принципы УНИДРУА являются «общими принципами права». Спорные доводы доктрины, а также неоднозначность арбитражной практики*

*свидетельствует о том, что Принципы УНИДРУА не могут рассматриваться в качестве данной категории. В статье делается вывод, что Принципы УНИДРУА являются кодифицированным сводом правил, своего рода Кодексом международных коммерческих контрактов, который не обладает обязательной юридической силой и в состав которого включаются лишь ряд общих принципов права, наряду с иными положениями, отражающими потребности международного торгового оборота.*

**Key words:** *UNIDROIT Principles, general principles of law, good faith, pacta sunt servanda, rebus sic stantibus, hardship).*

*The article deals with the problem of the relation of such concepts as «general principles of law» and the UNIDROIT Principles. The author analyzes the views of legal-scholars who believe that the UNIDROIT Principles are the «general principles of law». Controversial questions of legal doctrine, as well as uncertainty of arbitration case practice suggest that the UNIDROIT Principles can not be regarded as the «general principles of law». The article concludes that the UNIDROIT Principles is a codified set of rules, a sort of Code of international commercial contracts, which has no binding legal force. It includes a number of general principles of law, and other provisions that reflect the needs of international trade intercourse.*

Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА (далее Принципы УНИДРУА) последнее время привлекают внимание не только теоретиков, но и практикующих юристов, арбитров и судей<sup>1</sup>. Однако, несмотря на активное использование данного документа в международном торговом обороте, вопрос о нормативной природе Принципов УНИДРУА до сих пор остается открытым<sup>2</sup>.

Многие авторы, в настоящее время, считают, что Принципы УНИДРУА относятся к категории «общие принципы права»<sup>3</sup>. Данный подход начал складываться после закрепление в Преамбуле Принципов УНИДРУА положения о том, что они могут применяться в случае, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права»<sup>4</sup>. Это положение вызвало в научной среде большое количество дискуссий.

Категория «общие принципы права» - одна из наиболее сложных в теории права. Среди ученых ведутся многочисленные споры по поводу понятия, сущности, а также практической применимости «общих принципов права» в международном торговом обороте<sup>5</sup>.

В теории права существует двоякое понимание категории «принцип права». С одной стороны, под принципом права понимается некая идея, руководящее начало, на котором основывается правовая система, область или отрасль права. Ярким представителем данного подхода являлся С.Н. Братусь, который полагал, что принципы права являются ведущим началом, законом данного движения материи или общества, а также явлений, включенных в ту или иную форму движения<sup>6</sup>. С другой стороны, многие авторы считают, что принцип права - наиболее общая норма, норма-принцип, которая действует в сфере правового регулирования, распространяется на все его субъекты. Так, С.С. Алексеев пишет: «Это выраженные в праве исходные нормативные руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни»<sup>7</sup>. Норма-принцип может получить закрепление в виде конвенционных и обычных норм.

Понятие «общие принципы права» получило распространение, прежде всего, в международном праве и начало активно обсуждаться после его закрепления в статье 38 Статута Международного Суда ООН положения, согласно которому суд наряду с конвенциями и обычаями, применяет

«общие принципы права», признанные цивилизованными нациями<sup>8</sup>. Из статьи видно, что Статут не дает определения понятию «общие принципы права». Поэтому в науке международного права сложилось несколько концепций по данному вопросу.

С позиции первой концепции, это понятие охватывает общие принципы естественного права и справедливости. По мнению сторонников данного подхода «общие принципы права» являются особым источником международного права. Представителями такой концепции можно назвать В. Фридмана, Г. Шварценбергера<sup>9</sup>. Однако рассмотрение «общих принципов права» в качестве нового особого источника международного права, приводит к возникновению различных противоречий как в теории, так и в практике международного права<sup>10</sup>.

Приверженцы другой концепции полагают, что под «общими принципами права» следует понимать основные принципы международного права. Такой позиции придерживался в своих работах В.М. Корецкий, В.Н. Дурденевский<sup>11</sup>. Однако, как верно отмечают многие ученые, понятие «общих принципов права» получило известность задолго до признания понятия основных принципов международного права<sup>12</sup>.

Согласно третьей концепции, под «общими принципами права» понимаются принципы, общие для национальных правовых систем. Среди представителей данного подхода можно назвать П.И. Лукина<sup>13</sup>.

На наш взгляд, наиболее верным является мнение И.И. Лукашука, который считал, что «общие принципы права» должны быть общими не только для национальных правовых систем, но и «должны быть включены в международное право путем, например, подразумеваемого согласия международного сообщества»<sup>14</sup>. Таким образом, мы считаем, что «общие принципы права» означают принципы, которые являются общими как для национальных правовых систем, так и для международной правовой системы. Так, например, в сфере международных коммерческих отношений

давно уже существуют свои «общие принципы права», которые являются фундаментальными руководящими началами, исторически сложившимися в национальных правовых системах договорных отношений большинства стран и признанные мировым сообществом. Такие «общие принципы права» должны учитываться в сфере международных коммерческих отношений, если стороны договорились об их использовании в соглашении или они зафиксированы в каком-либо источнике права.

Возникает вопрос, как эта категория соотносится с Принципами УНИДРУА? Мнения ученых по данному вопросу разделились. Одни считают, что Принципы УНИДРУА относятся к категории «общие принципы права», которые сложились в сфере международных коммерческих контрактов. Другие, резко осуждают такие выводы.

Ярким представителем первой группы ученых является мексиканский ученый Хернани Вейтия. Она пришла к выводу, что «общие принципы права» в сфере договорных отношений выполняют следующие функции: 1) выступают первоисточником контрактного права; 2) служат базисом для построения индивидуального контракта; 3) представляют собой общие идеи свойственные различным цивилизациям; 4) служат средством толкования, необходимым для заполнения, пробелов в праве; 5) являются основным источником общечеловеческих ценностей<sup>15</sup>. Автор заключает, что Принципы УНИДРУА, представляющие собой общие основы различных мировых правовых культур, также выполняют все вышеперечисленные функции и являются «общими принципами права», которые существуют в сфере международных контрактов. На наш взгляд, данное утверждение является спорным, поскольку Принципы содержат в своем составе различные положения. Основная их часть не может быть отнесена к категории «общие принципы права», так как не отражает общечеловеческие ценности, свойственные различным национальным правовым системам. Например, по ряду положений Принципов УНИДРУА национальные правовые системы

довольно значительно различаются, среди них статья 7.2.2 (исполнение неденежного обязательства), статья 7.4.4 (предвидимость ущерба), статья 7.4.13 (согласованный платеж при неисполнении) и другие.

Еще одним доказательством того, что Принципы УНИДРУА относятся к «общим принципам права», является их частое применение в арбитражной практике в данном качестве. Так, А.Е. Фарнсворт, изучая практику применения Принципов УНИДРУА в международном коммерческом арбитраже, пришел к следующему выводу: «Арбитры постоянно рассматривают Принципы в качестве изложения общих принципов права, что весьма примечательно, учитывая, что Принципы относятся только к середине 90-х годов<sup>16</sup>. Однако, арбитражная практика не так однозначна, как утверждает ученый. Безусловно, арбитры порой применяют Принципы УНИДРУА, когда стороны ссылаются в договоре на такие категории, как «общие принципы права»<sup>17</sup>, но существуют арбитражные решения, которые свидетельствуют об ином. Например, в решении по делу № 7373, рассмотренному Международным арбитражным судом при МТП, суд пришел к выводу, что Принципы УНИДРУА еще подробно не изучены, поэтому некоторые их положения не могут выражать международного согласия. Арбитраж решил применять Принципы только в тех случаях, когда они действительно отражают общепризнанные принципы и правила<sup>18</sup>.

Следующим доказательством для многих ученых выступает использование термина «принцип» в названии данного документа. Исследователи полагают, что Принципы УНИДРУА являются ни чем иным как принципами договорного права<sup>19</sup>. Однако большинство авторов<sup>20</sup>, которые исследовали Принципы УНИДРУА, а также и Принципы Европейского договорного права обращали внимание на дисбаланс, который существует между названием и содержанием данных документов.

С одной стороны, данный документ действительно содержит ряд принципов, которые можно отнести к числу общих принципов права, действующих в сфере договорных отношений. Среди них можно выделить принцип добросовестности и честной деловой практики (*good faith*), который является олицетворением, зародившейся еще Древней Риме идеи «*bona fides*», а также принцип обязательности договора (*pacta sunt servanda*), согласно которому сторона обязана исполнить договор в соответствии с его условиями даже в том случае, когда это становится для нее более обременительным по сравнению с другой стороной.

С другой стороны, в Принципах УНИДРУА встречаются и такие положения, которые не являются общепризнанными для всех правовых систем. Самым ярким примером такого положения служит принцип о неизменности обстоятельств (*rebus sic stantibus*), который является своего рода антагонистом *pacta sunt servanda* и вызывает в доктрине большое количество споров по поводу отнесения его к категории «общие принципы права». Можно привести следующее определение данного принципа: «... Молчаливое условие, считающееся присущим всем договорам, означающее, что они перестают быть обязательными, как только фактическое положение, из которого они возникли, изменилось»<sup>21</sup>. Несмотря на то, что принцип *rebus sic stantibus* нашел закрепление в законодательстве многих стран<sup>22</sup>, однако не во всех странах он применяется на практике. Например, широкого распространения данный принцип в странах общего права так и не получил, особенно американские суды выражали к нему крайне негативное отношение<sup>23</sup>. В России данный принцип нашел определенное закрепление в статье 451 ГК РФ. Однако в доктрине по поводу применения данной статьи сложилось два подхода. В соответствии с первым, данный принцип применяется на практике в РФ – позиция федеральных арбитражных судов округов, которая находит отражение в их решениях<sup>24</sup>. По второму подходу доктрина «существенного изменения обстоятельств»,



закрепленная в статье 451 ГК не находит отражения в российской практике и такой позиции придерживается Высший Арбитражный Суд РФ. Данная проблема поднималась в работах многих российских ученых<sup>25</sup>. Принцип «*rebus sic stantibus*» не получил однозначного отображение в национальных системах разных стран, поэтому решающую роль в дальнейшем развитии данного принципа, на наш взгляд, сыграла концепция «Hardship» («затруднение исполнения»). Она получила закрепление в ст. 6.2.1 - 6.2.3. Принципов УНИДРУА, а в последствии и в ст. 6:111 Принципах Европейского договорного права. Данная концепция представляет собой обобщение всех доктрин «существенного изменения обстоятельств», существующих в развитых правовых порядках. При этом, справедливы мнения ученых по поводу того, что концепция «Hardship» не отражает потребности торгового оборота и не может являться «общим принципом права»<sup>26</sup>. Таким образом, признание концепции «Hardship» в качестве «общего принципа права» достаточно спорно, так как она не отражает интересы большинства государств.

В Принципах УНИДРУА также получили отражения иные договорные положения. Например, касающиеся таких вопросов как, порядок заключения и исполнения договоров, порядок исчисления сроков исковой давности, положения, определяющие различные средства правовой защиты. Некоторые из данных положений содержат ряд инновационных правил, которые по замечанию М.И. Бонелля нельзя отнести к числу общепризнанных<sup>27</sup>.

Таким образом, Принципы УНИДРУА содержат помимо некоторых принципов, которые действительно можно отнести к категории «общие принципы права», так же и иные положения, которые таковыми не являются. Поэтому термин «принцип», использованный в названии неудачен. Принципы УНИДРУА, скорее напоминают, Кодекс международных коммерческих договоров, который содержит как положения, свойственные

для правовых системам большинства стран, так и инновационные положения, отражающие наиболее прогрессивные направления, существующие на сегодняшний день в сфере международных коммерческих контрактов. По нашему мнению, использование термин «кодекс» лучше, чем «принцип», отражает содержание данного документа.

Из рассмотренного можно сделать вывод, что доводы доктрины, а также неоднозначность арбитражной практики, свидетельствуют о том, что в целом Принципы УНИДРУА не могут рассматриваться как «общие принципы права». История развития общих принципов права свидетельствует о том, что они возникли очень давно, еще в средние века и исторически складывались на протяжении длительного периода времени. Поэтому вести речь о том, что Принципы, опубликованные в 1994 году, являются «общими принципами права», вряд ли возможно. На сегодняшний день мы можем говорить о том, что Принципы УНИДРУА являются кодифицированным сводом правил, своего рода Кодексом международных коммерческих договоров, который не обладает обязательной юридической силой и отражает лишь часть общих принципов права, наряду с иными инновационными положения, отражающими потребности международного торгового оборота.

---

<sup>1</sup> На январь 2010 года в базе UNILEX было опубликовано 246 решений, вынесенных международными коммерческими арбитражными и государственными судами, в которых упоминались Принципы УНИДРУА. Однако данная информация создает лишь условную картину практического использования Принципов УНИДРУА, так как не были учтены решения, которые не доступны для опубликования по причине их конфиденциальности.

<sup>2</sup> Принципы УНИДРУА относятся к средствам негосударственного регулирования, следовательно, источником права в юридическом смысле слова не являются. Поэтому, рассматривая природу Принципов УНИДРУА, мы можем вести речь только о нормативной природе данного документа.

<sup>3</sup> Fabrizio Marrella, Fabien Gélinas. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration-Introduction and Preliminary Assessment. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 10 No. 2, 1999. P. 30; Hernany Veytia. The requirement of Justice and equity in contracts. Tulane law review: devoted to the civil law, comparative law and codification, vol. 69, issue 5, 1995, P. 1192.

<sup>4</sup> Так, О.В. Аблезгова рассматривает Принципы как «своеобразную квинтэссенцию общих принципов права», которые применяются в международном коммерческом обороте. Такие выводы ученый строит исходя из положения закрепленного в Преамбуле. Согласно которому они могут применяться, если стороны

согласились, что их договор будет регулироваться «общие принципы права». Позиция ученого является спорной. Преамбула не дает ответа по поводу нормативной природы Принципов УНИДРУА и не является обоснованным доводом того, что Принципы УНИДРУА являются «квинтэссенцией общих принципов права».

<sup>5</sup> Zamora S. Is there Customary International Economic Law? 32 German Yearbook of International Law 1989. P. 9, 39; Berger K.P. The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria. Second Edition. Wolters Kluwer, 2010. P. 263-270; Zamora S. Is there Customary International Economic Law?, 32 German Yearbook of International Law 1989. P. 9, 39; Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. - М.: Междунар. отношения, 2006. С. 288-289; Дроздов-Тихомиров А. Правовые Принципы как источник неформального регулирования международных коммерческих договоров. Международное публичное и частное право (6) 51 2009. С. 24-31.

<sup>6</sup> Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. - М., 1963. С. 135.

<sup>7</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юридическая литература, 1981. Т.1. С.98.

<sup>8</sup> Статут Международного Суда ООН. Интернет ресурс <<http://www.un.org/ru/icj/statut.shtml>> (последнее посещение-16.11.2010 г.).

<sup>9</sup> См. подробнее об этом Friedmann W. The uses of "General principles" in the development of International Law//American Journal of International Law. 1963. Vol. 57. P. 282; Schwarzenberger G. A manual of international law. London, 1952. P. 16.

<sup>10</sup> Подробнее о некорректности придания «общим принципам права» статуса особого источника права смотрите работу Боброва Р.Л. Современное международное право. Издательство Ленинградского Университета, 1962. С. 78.

<sup>11</sup> См. подробнее Корецкий В.М. «Общие принципы права» в международном праве. Киев, 1957. С.45; Дурденевский В.Н. Пять принципов // Международная жизнь. 1956. № 3. С. 45.

<sup>12</sup> См.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: Учебник.- 2-е изд., перераб., и доп. – М.: Издательство БЕК, 2001. С. 135.

<sup>13</sup> См.: Лукин П.И. Источники международного права. С. 100.

<sup>14</sup> Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: Учебник.- 2-е изд., перераб., и доп. – М.: Издательство БЕК, 2001. С. 135.

<sup>15</sup> Hernany Veytia. The requirement of Justice and equity in contracts. Tulane law review: devoted to the civil law, comparative law and codification, vol. 69, issue 5, 1995, P. 1192.

<sup>16</sup> Farnsworth A.E. The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): A US Perspective on their Aims and Application. Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their USE in International Arbitration. 2002. P. 27.

<sup>17</sup> См. Арбитражный суд МТП, решение № 8128, опубликовано в Интернете на сайте: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=207&step=FullText>>(дата посещения 04.02.2011 г.); См. Rechtbank Zwlolle, Нидерланды, 5 марта 1997 года, решение опубликовано в Интернете на сайте: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=207&step=FullText>> (дата посещения 04.02.2011 г.).

<sup>18</sup> Решение по делу от 05.06.1996 года было опубликовано на сайте <<http://www.unilex.info>> (дата посещения 04.02.2011 г.).

<sup>19</sup> Амирова Н.А. Принципы исполнения обязательств в торговом обороте. Дис...канд. юрид. наук: 12.00.03. - М., 2009. С. 145; Родионов А.А. Тенденции развития права международных коммерческих контрактов. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. - М., 2006. С. 26.

<sup>20</sup> Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного Контрактного права). – Спб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 39; Ахаимова А.Е. Реализация Принципов Европейского договорного права в зарубежном законодательстве. Дис...канд. юрид. наук : 12.00.03.- М., 2010. С. 20; Циммерман Р. На пути к Гражданскому кодексу Европы? Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 9, 2007. С. 75.

<sup>21</sup> Black's Law Dictionary, 6 ed. 1990, St. Paul, Minn, P. 250. Цит.// Назыков А.Л. Оговорка о неизменности обстоятельств и ее рецепция в российском гражданском праве (Clausula rebus stantibus). Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.03. - Ростов-на-Дону, 2007. С. 1.

<sup>22</sup> Например, в п. 2-615 Единого Торгового Кодекса США, в ст. 1198 Гражданского Кодекса Аргентины, в ст. 868 Гражданского кодекса Колумбии. Подробнее об отражении данного принципа в законодательстве разных стран см.: Dietrich Maskow, Hardship and Force Majeur, 39 Am. J. Comp. L. 39, 1992. P. 658.

<sup>23</sup> В.С. Петрищев называет следующие причины такой ситуации: во-первых, последствия применения данных доктрин «драконовские», т.е. расторжение договора по судебному решению и без учета интересов всех сторон договора, а во-вторых, если рассматривать тяжелые материальные условия, как основание для невыполнения своих юридических обязательств, это может внести большую неопределенность в соблюдении закона. См.: В.С. Петрищев. Существенное изменение обстоятельств: правоприменение ст. 451 ГК РФ и опыт стран общего и континентального права: Предпринт WP10/2007/06/ - М.: ГУ ВШЭ, 2007. С. 20.

<sup>24</sup> Постановление ФАС ВВО от 18.06.1999 г. № 3937/98; Постановление ФАС МО от 01.08.2000 г. № КГ-А40/3199-00; Постановление ФАС МО от 28.10.2003 г. № КГ-А40/8101-03.

<sup>25</sup> Сарбаш С.В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. - М., 1999- С. 237; Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М, 1999- С. 12; Дудко А.Т. Существенное изменение обстоятельств как основание изменения или расторжение договора // Вестник Московского Университета. Сер. И, Право. 2000, №1; Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. Под ред. В.П. Мозолина и М.Н. Малеиной (автор комментария к ст. 451 ГК - С.А. Соменков) II Справочная правовая система «Консультант Плюс»; Иванов В.В. Общая теория договора, М., 2006. С. 127-128; Лавров ДЛ Денежные обязательства в российском гражданском праве. - СПб., 2001. С. 80.

<sup>26</sup> Например, Ф. Бортолотти, выступая как арбитр в одном из дел, пришел к выводу, что правила о затруднениях Принципов УНИДРУА не соответствуют настоящей практике международной торговли. Цит.// Щекина Е.А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права / Щекина Е.А. - Харьков: МР "Крок", 2007. С. 48.

<sup>27</sup> M.J. Bonell. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract. Why? What? How? Tulane Law Review. Vol. 69. April 1995, № 5. 1131.

## **РОЛЬ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОМИССИИ В ХОДЕ ПРАВОТВОРЧЕСКОЙ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА**

**БУГАЁВА А.С.,**

*преподаватель кафедры конституционного и международного права*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77, a.s.bugaeva@mail.ru*

*Ключевые слова: Европейский Союз, Европейская Комиссия, интеграция, институциональный механизм ЕС, Европейский Совет, Европейский парламент, Лиссабонский договор, Высокий представитель Европейского Союза по иностранным делам и политике безопасности.*

*В статье излагается видение роли Европейской Комиссии в функционировании таких ключевых элементов институционального механизма Европейского Союза, как Европейский Совет, Совет ЕС и Европейский Парламент. Показано влияние выборов в Европейский Парламент на назначение и деятельность Председателя Европейской Комиссии, а также роль Высокого представителя Европейского Союза по иностранным делам и политике безопасности на процесс взаимодействия триады ключевых институтов ЕС: Комиссия, Европейский Совет и Совет ЕС.*

**Key words:** *European Union, European Commission, integration, EU institutional framework, European Council, European Parliament, Lisbon Treaty, High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy.*

*In this article the view of the role of the European Commission is developed in the functioning of such key elements of EU institutional framework as the European Council, the Council of the EU and the European Parliament. The influence of European Parliament elections on the appointment and functioning of the President of the European Commission, as well as the role of High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy is demonstrated. Their influence on the process of interaction between key institutes of the EU, such as the European Commission, the European Council and the Council of the EU is also the subject of study.*

Комиссия Европейского Союза инициирует принятие решений в ЕС, следит за их исполнением, осуществляет взаимодействие со всеми элементами организационного механизма ЕС, и в связи с этим ее называют «двигателем» европейской интеграции. Однако не все ученые согласны с таким определением и с подобной ролью Комиссии. В частности, проф. Л.

Меткальф критиковал это определение, называя его «устаревшей и довольно механистической метафорой»<sup>1</sup>. Напротив, есть мнения о том, что Комиссия, как и прочие институты ЕС, является лишь «служителем» для государств-членов ЕС и, соответственно, не обладает собственной «верховой» властью и независимым влиянием<sup>2</sup>.

Кроме того, ввиду сложившихся отношений с органами ЕС и существующей традицией наделения полномочиями наднациональных органов согласно учредительным договорам ЕС, Комиссия сегодня не стремится узурпировать власть, или захватить больше полномочий, нежели чем те, что даны ей государствами-членами ЕС. Напротив, последнее время намечается тенденция некоторого снижения влияния Комиссии ввиду усиления роли Европейского Парламента и Европейского Совета в ЕС<sup>3</sup>. Как справедливо отмечает проф. С.Ю. Кашкин, главным в ЕС является «не предотвращение узурпации власти путем сдержек и противовесов, а обеспечение сбалансированного сочетания полномочий предоставленных Европейскому Союзу, с одной стороны, и принадлежащих суверенным государствам-членам, с другой стороны»<sup>4</sup>.

Несомненно, для того, чтобы определить, как реализует свои полномочия Комиссия на практике и, более того, степень независимости Европейской Комиссии от государств-членов ЕС и ее способности влиять на развитие интеграции внутри ЕС, стоит подвергнуть анализу ее отношения с государствами-членами ЕС и, соответственно, национальными правительствами. Однако, гораздо важнее для определения интенсивности влияния Комиссии на интеграционный процесс – рассмотреть факторы внутреннего порядка, в частности, отношения Комиссии с другими элементами институционального механизма. Необходимо проанализировать отношения Комиссии с полифункциональным организационным механизмом Европейского Союза, с этим сложным балансом властей, чтобы понять, какая

роль принадлежит Комиссии при взаимодействии с государствами-членами и институтами ЕС.

В теории разделения властей законодательной власти противостоит власть исполнительная – с тем, чтобы не допустить усиление полномочий одной ветви в ущерб другой<sup>5</sup>. В Европейском Союзе противовесом власти Европейской Комиссии выступает, прежде всего, Совет ЕС, а сегодня и второй законодательный орган – Европейский Парламент. Парламент, избираемый населением, законодательствует – совместно с Советом ЕС, а Комиссия вносит законопроекты на рассмотрение этих законодательных институтов и осуществляет контроль за их исполнением. Как отмечает проф. Н. Нюгент, «Европейская Комиссия играет главную роль (dominant role) в законодательном процессе Европейского Союза, обладая правом законодательной инициативы и, таким образом, определяя план мероприятий ЕС и пользуясь информационным преимуществом в сравнении с государствами-членами ЕС»<sup>6</sup>.

При этом Европейская Комиссия является определенным «посредником» при взаимодействии не только с Парламентом, но и с Советом министров ЕС, Европейским Советом и его Председателем, а также с некоторыми другими органами. Цель такого посредничества заключается в выстраивании единой линии развития интеграции Союза.

Таким образом, Комиссия представляет документ, определяющий существующие позиции и – впоследствии – стратегию развития, а Парламент и Совет голосуют по ключевым вопросам, утверждая тем самым решение Комиссии.

В процессе создания Европейских Сообществ в начале 50-х годов формировалась и их институциональная структура. Эволюция отдельных элементов этой системы отразилась и на функционировании Комиссии. В 1951 году была создана Ассамблея, которая стала совещательным органом при Совете министров сначала для ЕОУС, а затем для трех Европейских

Сообществ. Позже, 1986 году, этот институт переименовали в Европейский Парламент, хотя Ассамблея начала себя так именовать с 1962 года<sup>7</sup>. И это новое наименование, хотя на тот момент и не отражало истинной законодательной роли Парламента, но все же задавало направление для совершенствования Парламента в ЕС, а именно превращения его в институт законодательной власти<sup>8</sup>.

Однако на протяжении более двух десятилетий Парламент играл во многом вспомогательную, консультативную роль. Долгое время не теряла свою актуальность формулировка: «Комиссия предлагает, Совет принимает решение»<sup>9</sup>. Таким образом, Парламент, будучи при этом «советчиком» оставался практически не вовлеченным в законодательный процесс, хотя Комиссия и принимала попытки усилить роль Парламента, пользуясь своими конституционными полномочиями. Так, были заключены некоторые рабочие соглашения в 1970 годах, которые содержали положения об обязательной правке предложений, вносимых Комиссией на рассмотрение Совета ЕС, в случае несогласия с ними Парламента<sup>10</sup>. Комиссия в своем Сообщении в 1973 году<sup>11</sup> указывала на расширяющуюся сферу применения факультативной процедуры консультаций и обязательном внесении поправок, сделанных Парламентом, в законопроекты.

Фактически роль Парламента стала возрастать с момента подписания Первого бюджетного договора в 1970 году. Комиссия поддержала этот процесс на высшем политическом уровне, приписывая большую значимость мнению Парламента и усиленно взаимодействуя с ним – представители Комиссии участвовали в заседаниях Парламента и работе парламентских комиссий. Но если не принимать во внимание полномочия Парламента в сфере принятия бюджета, то можно заключить, что в сфере законодательной власти Парламент мог рассчитывать лишь на некоторое сотрудничество с Комиссией и некоторое влияние на принятие решения Советом ЕС.



Вместе с тем еще в 1979 году Парламент впервые опробовал свои рычаги давления, отклонив проект бюджета, предложенного Комиссией. Результатом такого пошатнувшегося баланса сил стало принятие некоторых межинституциональных соглашений Парламента и Комиссии. В то же время Генеральный Директорат по бюджету вынужден был наладить более тесные взаимоотношения с комитетами Парламента. Однако необходимо отметить, что это не сильно повлияло на работу директоратов Комиссии. Институты продолжали сосуществовать: каждый выполнял свою функцию так, чтобы не мешать другому<sup>12</sup>. Но и слаженного, скоординированного, четкого взаимодействия не получалось – во многом в силу необходимости вписываться в рамки, установленные учредительными договорами для институтов ЕС.

В 1980 году Суд ЕС в своем решении *SA Roquette Freres vs. Council of the European Communities* подтвердил право отлагательного вето Парламента. Негативная и незначительная, по сути, конкретизация рождающихся законодательных полномочий Парламента<sup>13</sup> нашла свое правовое закрепление с принятием в 1987 году Единого Европейского Акта. Маастрихтский и все последующие учредительные договоры развивали эту тенденцию. В частности, Парламент стал вторым законодателем с момента введения процедуры совместного принятия решений.

Таким образом, такие факторы, как участие Парламента в формировании Комиссии, равенство сроков их полномочий, структурное взаимодействие органов в ходе внутреннего функционирования каждого из институтов, стали основой деятельности при осуществлении законодательных и исполнительных функций в ЕС. И хотя некоторые ученые отмечают, что Парламент выполняет в основном консультативную функцию, не влияя на процесс интеграции<sup>14</sup>, все же тенденция к усилению роли Парламента наблюдалась всегда, и не последнюю роль в этом сыграла Европейская Комиссия.

Можно заключить, что отношения между Европейским Парламентом и Комиссией представляют собой некую гибридную форму правительства<sup>15</sup>. С одной стороны, Европейский Парламент, как и положено при парламентском правлении, может значительно влиять на процесс выборов в Европейскую Комиссию, оставляя за собой исключительное право отправить всю Комиссию в отставку, и не имеет права отклонить кандидатуру или отправить в отставку кого-либо из комиссаров лично. В то же самое время ввиду действующего механизма разделения полномочий Европейская Комиссия не может распустить Европейский Парламент и угрожать членам Парламента новыми выборами, если они откажутся поддержать новый законопроект, важный – с точки зрения Европейской Комиссии – для развития европейской интеграции. Для отправки Комиссии в отставку требуется квалифицированное большинство при голосовании в Европейском Парламенте, а так как оно теоретически возможно, Европейская Комиссия опасается ухода в отставку ранее истечения положенного ей срока.

Сами отношения между Европейским Парламентом и Европейской Комиссией регулируются Рамочным соглашением, заключенным в мае 2005 года<sup>16</sup>, устанавливающим политическую ответственность институтов, правила их конструктивного диалога и передачи информации друг другу, сотрудничество в отношении законодательных процедур, участие Европейской Комиссии в парламентских заседаниях.

Отношения Европейской Комиссии под руководством Ж. Баррозу с Европейским Парламентом были отмечены их взаимной конфронтацией в ходе «кризиса инвеституры»<sup>17</sup>. Причиной отзыва первоначально предложенной коллегии комиссаров было неясное смешение политик партий, национальных взглядов и политической корректности, но Парламент продемонстрировал свою силу и с этого времени стал более жестким по отношению к Европейской Комиссии. Его достаточно настойчивая позиция по отношению к многим законопроектам – включая патенты на программное

обеспечение, директивы о разрешении на химические продукты и директивы о предоставлении услуг – это ясно показало<sup>18</sup>.

На наш взгляд, другая большая опасность заключается в предполагаемом значительном изменении институциональной роли Европейской Комиссии и ее «самовосприятии». Будучи, по сути, административным органом, она имеет законодательную культуру, основанную на ее исторической миссии продвижения европейского «общего интереса». Однако новый баланс сил создаст сильное внутреннее сопротивление, ведущее к примерам «системы, защищающей себя от коммиссионеров». Изменение баланса сил также сильно повлияет на позицию Европейской Комиссии в межинституциональных отношениях. Исторически ее влияние на другие институты ЕС вытекает из ее «исключительной роли законодательной инициативы». Поэтому если Европейская Комиссия перестанет существенно влиять на законодательный процесс, другие институты вынуждены будут заполнять этот вакуум. От того, сосредоточится ли Европейский Парламент над законодательной работой во всех сферах политики ЕС или предпочтет сконцентрироваться на контроле за Европейской Комиссией и деятельностью ее внутренних органов, зависит дальнейшее функционирование Европейского Союза.

Лиссабонский договор создал новый баланс полномочий институтов ЕС. В силу того, что Европейский Парламент получил больше прав по изданию законодательства, которые он собирается использовать во всей своей полноте, Европейская Комиссия потеряла в этой сфере часть своего влияния. В частности, как отмечают западные исследователи, Парламент является «единственным чистым выгодоприобретателем в ходе институциональных изменений», совершаемых последнее время<sup>19</sup>.

Европейская Комиссия и Совет ЕС взаимодействуют на регулярной основе в ходе осуществления политики Европейского Союза (исторически их взаимодействие рождалось в рамках Европейских Сообществ, то есть

бывшей первой опоры Союза) в процессе подготовки и проведения самых разных мероприятий и встреч на уровне Совета. «Институциональный» интерес этих органов заключается в постепенном и плавном осуществлении политики ЕС<sup>20</sup>. Эффективное управление делами ЕС посредством этих институтов усиливает способность решать проблемы на наднациональном уровне, а также способствует «укреплению легитимности институтов»<sup>21</sup>.

Как отмечают С.Ю. Кашкин и Ю.С. Кашкин, взаимодействие ключевых институтов в сфере законодательной и исполнительной властей обеспечивается на основе принципа сотрудничества и координации<sup>22</sup>. В частности, исходя из положений статей 16 и 17 Договора о Европейском Союзе в редакции Лиссабонского договора, можно заключить, что институты хотя и независимы друг от друга, но при подготовке тех или иных решений или осуществлении мероприятий по управлению делами Союза взаимодействуют между собой.

Это взаимодействие начинается с формирования состава (Совет, как и Европейский Парламент, принимает участие в процессе формирования Европейской Комиссии) и продолжается непрерывно в ходе законодательного процесса, а также при осуществлении определенных функций. Так, Европейская Комиссия сначала инициирует принятие решений законодательными органами ЕС, а затем, получив «готовые результаты» их деятельности, следит за их исполнением. При этом свои функции в качестве органа исполнительной власти Европейская Комиссия осуществляет под контролем Суда ЕС<sup>23</sup>. В связи с этим логично было бы заключить, что на Комиссии «замыкается» круг отношений и взаимодействия институтов. Таким образом, Европейская Комиссия является главным связующим звеном между ними.

Сотрудничество и взаимодействие Европейской Комиссии и Совета ЕС в сфере внешней политики и иностранных дел Союза отличается от действий, предпринимаемых данными институтами при работе над

законодательством ЕС, или при подготовке реформирующих учредительных актов. В последнем случае институты несут прямую ответственность, что ведет к их неформальному сотрудничеству. В сфере внешней политики Европейского Союза между Европейской Комиссией и Советом ЕС сформировались в некотором роде состязательные отношения, что могло выражаться в том, что ответственность за те или иные мероприятия несли оба института. В итоге все реформы институционального механизма, что предпринимались последнее время в Европейском Союзе, были направлены на установление согласованности действий Европейской Комиссии и Совета при принятии решений в сфере иностранных дел.

На практике сферы взаимодействия Европейской Комиссии и Совета ЕС настолько сложны, что представляют собой особый потенциал для конфликтных противоречий. Рассмотреть, как институты приходят к установлению слаженного взаимодействия, является важной научной задачей в связи с тем, что западные ученые усматривают некоторые не совсем формальные связи между Европейской Комиссией и Советом, а российские – не всегда. Например, проф. М.Бирюков отрицает какую-либо координацию между этими институтами<sup>24</sup>.

Европейская Комиссия уже долгое время не переживает значительных институциональных изменений, в то время как Совет ЕС и его ключевой структурный элемент – Генеральный секретариат – усиливали свои полномочия и свою значимость при выработке решений. Особенно ярко это проявилось тогда, когда глава Генерального секретариата Совета – Верховный представитель по иностранным делам и политике безопасности – занял на международной арене особое место, наравне с Председателем Комиссии и Председателем Европейского Совета<sup>25</sup>.

Лиссабонский договор включил это должностное лицо в состав Европейской комиссии в ранге Вице-председателя, заменив пост комиссара по внешним сношениям, что определенным образом сняло противоречия,

наблюдавшиеся много лет, при функционировании Совета ЕС и Европейской Комиссии в сфере внешних отношений ЕС.

Главным инициатором слияния был Председатель Комиссии, занимавший свой пост в 1999-2004 годах, – Романо Проди. Он подчеркивал, что такое слияние постов снимет структурные противоречия в ЕС и бесосновательное и даже вредное соперничество между ними.

Пост Верховного представителя был введен еще Амстердамским договором, вступившим в силу в 1999 году, но его наименование было изменено, а полномочия были расширены Лиссабонским договором. Верховный представитель, будучи правой рукой Председателя Комиссии, также возглавляет Совет по внешним сношениям. Таким образом, лицо, занимающее этот пост, выполняет объединяющую функцию между Европейской Комиссией и Советом<sup>26</sup>.

Хотя пост Верховного представителя включен в структуру Европейской Комиссии, он также возглавляет «формацию» Совета ЕС по внешним делам. Следовательно, это лицо «занимает два кресла» (в зарубежной литературе «имеет двойную шляпу»), принадлежа к руководству сразу двух институтов<sup>27</sup>. Более того, проф. М. Бирюков пишет о том, что «Верховный представитель должен занимать «три кресла» – Вице-председателя Комиссии, председателя формации Совета по иностранным делам и уполномоченного Совета по иностранным делам»<sup>28</sup>. В соответствии с пунктом 4 статьи 18 Договора о Европейском Союзе Верховный представитель «...заботится о последовательном характере внешней политики Союза. Он должен быть ответственным в Комиссии за обязательства, возложенные на него, в сфере внешних отношений и за координирование других аспектов внешней политики Союза...».

Таким образом, Верховный представитель в процессе координации внешней политики должен работать непосредственно с каждым из комиссаров, ответственных за ключевые направления политики ЕС, такие как

торговля, защита окружающей среды, гуманитарная помощь и другие политики, распространяющиеся за пределы Союза<sup>29</sup>. Так, согласно пункту 2 статьи 27 Договора о Европейском Союзе: «Верховный представитель должен представлять Союз в вопросах, относящихся к общей внешней политике и политике безопасности. Он должен вести политический диалог с третьими сторонами в интересах Союза и должен выражать позицию Союза в международных организациях и на международных конференциях».

Кэтрин Эштон, избранная на пост Верховного представителя, ранее была комиссаром по торговле, а теперь ей предстоит сотрудничать с Председателем Европейского Совета, Председателем Комиссии, Председателем Совета ЕС и Генеральным секретариатом Совета ЕС, чтобы обеспечить настоящее межинституциональное взаимодействие на новом уровне<sup>30</sup>.

Помогать и поддерживать работу Верховного представителя будет Европейская служба по внешнеполитической деятельности. Согласно пункту 3 статьи 27 Договора о Европейском Союзе: «...эта служба должна работать в сотрудничестве с дипломатическими службами государств-членов ЕС и должна включать должностных лиц из соответствующих департаментов Генерального секретариата Совета ЕС и Комиссии, а также должностных лиц, переведенных из национальных дипломатических служб государств-членов ЕС...».

Как отмечают многие зарубежные исследователи, осуществление внешнеполитической деятельности Союза во многом будет зависеть от того, какие отношения удастся построить Председателю Европейской Комиссии и новому Верховному представителю<sup>31</sup>. Несомненно, в силу исторического развития отношений ЕС Председатель Комиссии получил весомый статус на международной арене, но согласно Лиссабонскому договору при проведении переговоров он подчиняется главе Европейского Совета. Немецкий политолог А. Рар отмечает: «Я представляю их [председателя Европейского

Совета Хермана ван Ромпея и Верховного представителя ЕС по иностранным делам и политике безопасности Кэтрин Эштон] только в качестве почтальонов, которые передают пожелания лидеров Европы ... и переправляют ответные послания обратно»<sup>32</sup>.

Нельзя не отметить, что, несмотря на попытки определить компетенцию каждого из должностных лиц, занимающих ключевые посты в сфере общей внешней политики и политики безопасности, все же не удалось избежать двойственности функций и их пересечения в ходе реализации полномочий. По сей день Совет ЕС и Европейская Комиссия остаются тесно взаимосвязанными в этой сфере.

В 1974 году был создан Европейский Совет, функции которого фактически подорвали исключительную прерогативу Европейской Комиссии по выработке программы развития ЕС. Еще в 1975 году проф. Р. Бибер отмечал<sup>33</sup>, что не только Люксембургский компромисс и принятое вследствие этого правило, требующее единогласного голосования членов Совета по ключевым вопросам, урезали роль Комиссии как инициатора многих предложений по развитию политики ЕС, но и регулярно созываемые саммиты государств-членов.

Все государства-члены ЕС с 1974 года – то есть с момента образования Европейского совета как органа, обеспечивающего политическое лидерство для сотрудничества в Европе, – получили возможность контролировать программу развития ЕС. Но так как министры иностранных дел государств-членов ЕС в рамках европейского политического сотрудничества «не смогли создать функционирующий форум для определения разделенной и поддающейся изменениям программы развития ЕС»<sup>34</sup>, Председатель Совета ЕС стал возглавлять и саммиты – в целях согласованной выработки такой программы. К середине 80-х годов институт ответственности председательствующего на саммитах



Европейского совета за подготовку повестки встречи лидеров стран-членов ЕС был утвержден окончательно.

Необходимо отметить, что вплоть до начала 2000-х годов существовало правило, согласно которому лицо, исполняющее функции Председателя Совета в данном полугодии согласно ротации государств-членов ЕС, должно было готовить повестку дня для обсуждения на заседаниях Европейского совета и, соответственно, в рамках «формации» Совета – в Совете по общим вопросам и внешним отношениям. Включение Европейского совета в состав органов ЕС Единым Европейским Актом в 1986 году и определение его задач Договором о Европейском Союзе 1992 года было связано не с функциональными изменениями в институциональном механизме ЕС, а, скорее, с необходимостью корректировки сложившейся практики отношений между ключевыми фигурами ЕС, от которых зависело дальнейшее развитие Союза. И хотя нигде в учредительных договорах не было закреплено, что установление программы дальнейших действий в рамках Союза – является задачей Европейского совета, именно так сегодня обстоят дела на практике. Европейский Совет «определяет главные политические инициативы и позицию Союза по главным вопросам»<sup>35</sup>. Председатель Совета ЕС как должностное лицо, ответственное за повестку дня на встречах в рамках Европейского совета, ответственно лишь за структуру процесса обсуждений, внося необходимые корректировки. Однако многие неформальные переговоры в рамках встреч Европейского совета посвящены именно пунктам программы, принятой государством-председателем Совета ЕС накануне вступления в должность.

Высказывается мнение, что в новых обстоятельствах Европейская Комиссия не будет развиваться более как политический орган<sup>36</sup>. Более того, некоторые европейские ученые заявляют, что с того момента, как появилась практика передачи права инициировать рассмотрение наиболее важных

вопросов развития ЕС именно в Европейском Совете, Комиссия потеряла свое значение в качестве мотора интеграции<sup>37</sup>. Данные суждения представляются чрезвычайно радикальными, отражающими, по сути, тенденцию, но не суть происходящих изменений в институциональном механизме ЕС.

Необходимо отметить, что пропорциональное соотношение инициатив, исходящих от Комиссии или Европейского Совета никоим образом не влияет на способность Комиссии предлагать законопроекты, то есть продолжать выполнять функцию «мотора интеграции», а также, выступая посредником между ключевыми институтами ЕС, осуществлять главное – инициировать принятие нормативных актов, удобных для всех сторон интеграционного процесса.

Проф. Я. Уэртс отмечает также, что право законодательной инициативы Комиссии – формально, и оно является наиболее ясным и очевидным способом установить правопорядок в ЕС<sup>38</sup>. Однако это формальное право все активнее затрагивалось на протяжении последнего десятилетия действиями Европейского Совета, который может запросить принятие определенного законопроекта. Европейская Комиссия, по сути, в этом случае создает рамки будущего нормативного акта.

Таким образом, мы можем видеть, что в сфере принятия важных для Союза решений назрела определенная конкуренция, но можем заключить, что право законодательной инициативы всецело принадлежит Европейской Комиссии. В связи с этим Европейская Комиссия обладает возможностью принятия тех законопроектов, которые она сама считает нужными. Вопрос лишь в том, насколько это допустят усилившийся Европейский парламент – как равноправный уже законодатель, и Европейский Совет – как главный институт, заинтересованный в направлении развития Союза и имеющий соответствующие рычаги давления на политический ход интеграции.

Обеспечить согласованную работу во всех этих непростых условиях может также сама позиция Европейской Комиссии. Есть все основания полагать, что Комиссия может использовать возросшую роль Европейского Совета в качестве поддержки своей миссии внутри Союза. Европейский Совет при умелом сотрудничестве может доверять представление своих интересов Комиссии. Комиссия может сотрудничать и с формациями Совета ЕС при обсуждении выработанных совместно с Европейским Советом важных инициатив в отношении законодательства ЕС. Такой порядок работы не нарушает баланса сил в ЕС, не посягает на функционирование институтов в соответствии с принципом разделения властей.

Институты ЕС при новом порядке взаимодействия способны, опираясь на наработанный опыт, эффективно сотрудничать. Как отмечает проф. Дж. Монар, в ЕС «в атмосфере соперничества» Европейский Парламент и Европейский Совет «являются главными опорами власти»<sup>39</sup>. Комиссия при этом «зажата между двумя институтами», и, соответственно, вынуждена опираться на их поддержку<sup>40</sup>. Европейской Комиссии необходимо, опираясь на принципы функционирования институтов ЕС, выработать новые механизмы сотрудничества, направляя Союз дальше на пути интеграции.

---

<sup>1</sup> Metcalfe, L. After 1992: Can the Commission Manage Europe? // Australian Journal of Public Administration. - 1992. - № 1 (51). – P. 120.

<sup>2</sup> Marks G., Hooghe L., Blank K. European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance // JCMS: Journal of Common Market Studies. - 1996. - № 3 (34). – P. 372.

<sup>3</sup> Bailer S. The European Commission and its legislative activity – not as integrationist and autonomous as believed. // Center for Comparative and International Studies. - 2006. - № 24. - P. 34; Hug, S. Endogenous Preferences and Delegation in the European Union // Comparative Political Studies. - 2003. - № 36 (1/2). - P. 44.

<sup>4</sup> Кашкин С.Ю., Кашкин Ю.С. Концептуальные основы и принципы организационного строения Европейского Союза // Право и государство: теория и практика. – 2007. - № 2. – С. 82.

<sup>5</sup> Чиркин В.Е. Опыт зарубежного управления. – М., Юрист, 2006. - С. 114-115.

- <sup>6</sup> Nugent N. The European Commission. Houndmills, Basingstoke: Palgrave. 2003. P. 234.
- <sup>7</sup> Введение в право ЕС / Под ред. Кашкина С.Ю. М, 2009. С. 192.
- <sup>8</sup> Muntean A.M. The European Parliament's Political Legitimacy and the Commission's Misleading management: Towards a "Parliamentarian" European Union? // European Integration online Papers (EIoP). – 2000. - № 5. – P. 7.
- <sup>9</sup> Serving the European Union. A Citizen's Guide to the Institutions of the European Union. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 1999. P.4.
- <sup>10</sup> См. Westlake M. The Commission and the Parliament: Partners and Rivals in European Policy-Making Process. Butterworth. London. 1994. P. 79.
- <sup>11</sup> COM (final) 1973.
- <sup>12</sup> Gray M. Negotiating EU Treaties: The Case for a New Approach. Best, Gray and Stubb. 2000. P. 263-280.
- <sup>13</sup> См. Westlake M. The Commission and the Parliament: Partners and Rivals in European Policy-Making Process. Butterworth. London. 1994. P. 80.
- <sup>14</sup> См., например, Капустин А.Я. Общая характеристика основных принципов институциональной системы Европейского Союза // Правоведение. - 2000. - № 1. - С. 217 - 236.
- <sup>15</sup> Hix S., Noury A., Roland G. Democratic politics in the European Parliament. Cambridge: Cambridge University Press. 2007. P. 18.
- <sup>16</sup> URL: [http://ec.europa.eu/dgs/secretariat\\_general/relation/relation\\_other/index\\_en.htm#eur\\_parl](http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relation/relation_other/index_en.htm#eur_parl)
- <sup>17</sup> Durand G. After the annus horribilis: a review of the EU institutions. // EPC WORKING PAPER, University of Edinburgh. - 2006. - № 22. - P. 24.
- <sup>18</sup> Durand G. Op. cit. P. 24.
- <sup>19</sup> См., например, Maurer A. The European Parliament after Lisbon: Policy-making and Control. Berlin. 2008. P. 3.
- <sup>20</sup> Christiansen T. The Role of Supranational Institutions in EU Treaty Reform // Journal of European Public Policy. – 2002. - № 1 (9). – P. 19.
- <sup>21</sup> Christiansen T. Op. cit. P. 20.
- <sup>22</sup> Кашкин С.Ю., Кашкин Ю.С. Концептуальные основы и принципы организационного строения Европейского Союза // Право и государство: теория и практика. – 2007. - № 2. – С. 82.
- <sup>23</sup> Согласно пункту 1 статьи 17 Договора о Европейском Союзе Комиссия «осуществляет надзор за применением права Союза под контролем Суда Европейского Союза».
- <sup>24</sup> Бирюков М. М. Европейское право до и после Лиссабонского договора. М., 2009. С. 185.
- <sup>25</sup> См., например, Bretherton C. and Vogler J. The European Union as a Global Actor, London, Routledge. 1999. P. 44. Это положение связывают именно с кандидатурой Х. Соланы как сильного политика. Однако, субъективный фактор не так важен как фактор объективный, особенно ввиду реформ, проведенных в рамках Лиссабонского договора: новые функции Верховного представителя, его вход в состав Европейской Комиссии, создание дипломатической службы.
- <sup>26</sup> Christiansen T. The European Commission: the European Executive Between Continuity and Change. Abingdon: Routledge. 2006. P. 152.
- <sup>27</sup> Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. / Под ред. С.Ю. Кашкина. М, 2009. С. 160.
- <sup>28</sup> Там же. С. 185.
- <sup>29</sup> Pollack M. Delegation, Agency and Agenda-Setting in the EU. Oxford: Oxford University Press. 2008. P. 113.
- <sup>30</sup> Chopin T., Lefebvre M. Three Phone Number for Europe: Will the Lisbon Treaty Make the European Union More Effective Abroad? // US-Europe Analysis Series. – 2010. - №43. - P.3.
- <sup>31</sup> См, например, Nugent N. The Government and Politics of the European Union. Houndmills/New York: Palgrave Macmillan. 2006. P. 32.
- <sup>32</sup> Цит. по: Энтин М.Л. «Тупик или прорыв» // Интернет-журнал МГИМО «Вся Европа». - 2010. - № 6. URL: [http://www.alleurora.ru/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1615](http://www.alleurora.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=1615)
- <sup>33</sup> Bieber R., Palmer M. Power at the Top - the EC Council in Theory and Practice // The World Today. – 1975. - № 34. P. 315.
- <sup>34</sup> Tallberg J. Leadership and Negotiation in the European Union. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. P. 55.
- <sup>35</sup> Werts J. The European Council. London: John Harper. 2008. P. 37.
- <sup>36</sup> Werts J. Op. cit. P.42
- <sup>37</sup> Kapteyn P., VerLoren van Themaat P. Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam. London: Kluwer Law International. 1998. P.412.
- <sup>38</sup> Werts J. Op. cit. P.46
- <sup>39</sup> Цит. по: Beach D., Mazzucelli C. Leadership in the Big Bangs of European Integration. Houndmills: Palgrave Macmillan. 2006. P. 43.
- <sup>40</sup> Beach D., Mazzucelli C. Op. cit. P. 43.

# **ОБЫЧАИ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ (ДЕФИНИЦИЯ, ПРИЗНАКИ, ВИДЫ)**

***ДЪЯКОНОВА А.А.,***

***преподаватель кафедры конституционного и международного права,  
юрисконсульт***

***Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,***

***460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,***

***тел. 8 (3532) 72-22-77,***

***jurist.oimsla@mail.ru***

***Ключевые слова:*** обычаи международной торговли, обычаи международного делового оборота, международные торговые обычаи, негосударственные источники регулирования трансграничных экономических правоотношений, дефиниции обычаев международной торговли, классификация обычаев международной торговли, признаки обычаев международной торговли, негосударственная сущность.

***Статья посвящена понятийному анализу одного из негосударственных источников регулирования внешнеэкономических сделок – обычаев международной торговли. В ней дается развернутая характеристика принятых в правовой науке дефиниций обычаев международной торговли, исследуются их признаки, классификация и соотношение с такими сходными понятиями, как обычаи международного делового оборота, международные торговые обычаи, а также затрагивается таксономический аспект исследования данного источника.***

**Key words:** *customs of international trade, world business customs, international trade usages, non-governmental regulating sources of transboundary economic legal relations, definitions of world trade customs, classification of world trade customs, characters of world trade customs, non-governmental essence.*

*The article contains conceptual analysis of customs of international trade, as one of non-governmental regulating sources of foreign trade deals. It gives a full explanation of international trade customs' definitions, established in legal science, and investigates the classification and characters of world trade customs in correlation with a number of similar notions, such as world business customs, international trade usages. It also concerns taxonomic aspect of investigation of the source under discussion.*

Среди всего многообразия источников негосударственного регулирования внешнеэкономических сделок неоспоримыми, по мнению большинства авторов, признаются обычаи международной торговли (международного торгового оборота) или международные торговые обычаи. При этом следует отметить, что данные термины рассматриваются, как правило, в качестве равнозначных правовых конструкций, синонимичных друг другу и несущих идентичное смысловое значение. Однако, согласно убеждению автора данное обстоятельство не вполне соответствует действительности.

Дело в том, что обозначение некой общей совокупности «вненациональных» регуляторов в качестве международного торгового обычая может, на наш взгляд, привести к смешению данного источника с другим, традиционным для международного публичного права источником – международно-правовым обычаем. Оперирование данным термином («международный торговый обычай») несет в себе опасность его

квалификации в качестве одной из разновидностей более общей по объему правовой категории – международного правового обычая, а, следовательно, и его характеристики как исторически сложившегося в практике межгосударственного общения устойчивого правила поведения, за которым государствами признается юридическая сила (*opinion juris*). Такой подход к терминологическому аппарату переводит рассматриваемую правовую категорию в межвластную публично-правовую плоскость и изменяет ее «внезаконодательный» статус, превращая в типичное для государственной деятельности явление. В результате сводится на нет выдвигаемая в современной науке концепция деления источников регулирования трансграничных экономических правоотношений на государственные, формирующиеся в результате легитимного правотворчества одного (внутригосударственные источники) или нескольких (международные источники) государств, и негосударственные, автономные, независимые от государственного нормотворческого процесса.

В свете изложенного более предпочтительным представляется использование именно термина «обычай международной торговли» как термина, несущего в себе смысловую нагрузку, отличную от денотата международно-правовых обычаев, складывающихся в процессе осуществления внешнеторговой деятельности между государствами и другими субъектами международного права, т.е. «международных торговых обычаев». Если и выстраивать синонимический ряд для рассматриваемого термина, то в таком ряду согласно нашей позиции должны стоять «обычай международного торгового оборота», «обычай международного делового оборота».

Подобный вывод проистекает из доктринального толкования общетеоретических понятий торговли и торгового оборота, применимых также и к международной сфере. Так, по мнению дореволюционного классика отечественной цивилистики Г.Ф. Шершеневича, торговля

представляет собой «деятельность, имеющую своей целью посредничество между производителями и потребителями при обращении экономических благ»<sup>1</sup>, а «совокупность юридических сделок, направленных к осуществлению описанной посреднической деятельности, составляет торговый оборот»<sup>2</sup>. Соответственно данному общеправовому подходу определение международной торговли может быть сформулировано как «совокупность объемов внешней торговли большинства стран мирового сообщества» (т.е. система разнообразных форм связи между производителями и потребителями продукции разных стран)<sup>3</sup>, а «общая сумма реализации товаров и услуг в ее рамках»<sup>4</sup> будет охватываться понятием международного торгового оборота. Получается, что термины «торговый оборот», «международный торговый оборот» являются производными от категорий «торговля» и, соответственно, «международная торговля» и выражают формально-юридическую сторону торговой (в том числе и международной) деятельности. В конечном итоге данные две группы терминов могут быть сопоставлены как форма (оборот) и содержание (торговля) единого целостного явления. Выступая преимущественной формой реализации трансграничной торговой деятельности в практике взаимодействия частных субъектов различных государств, международный торговый оборот призван опосредовать такую деятельность, юридически закреплять и оформлять ее, в то время как сама международная торговая деятельность направлена на систематизацию и упорядочение разнообразных внешнеторговых связей и в таком качестве выступает их содержанием, внутренней структурой.

Что же касается соотношения терминов «обычай международной торговли» и «обычай международного делового оборота», то здесь следует подчеркнуть их общую правовую природу. Сходство рассматриваемых понятий предопределено, на наш взгляд, самой характеристикой делового оборота как «совокупности гражданско-правовых отношений, связывающих



субъектов права, осуществляющих предпринимательскую деятельность»<sup>5</sup>, т.е. «совокупности коммерческо-правовых отношений»<sup>6</sup>. Из подобной формулировки вытекает тезис о том, что деловой оборот, а, соответственно, и международный деловой оборот есть внешняя форма выражения осуществляемой участниками данного оборота предпринимательской (или коммерческой) деятельности, ее атрибут. Обоснованность такого вывода подтверждается также и положениями действующего российского законодательства, где в ст. 5 Гражданского кодекса сформулировано определение обычая делового оборота. Согласно п. 1 упомянутой статьи обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое *в какой-либо области предпринимательской деятельности* (курсив мой. – А.Д.) правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Нетрудно заметить, что в законодательной формулировке «деловой оборот» и «предпринимательская деятельность» выступают как тождественные понятия, а, следовательно, обычаи международного делового оборота будут равнозначны по своему генезису обычаям международной коммерческой (или предпринимательской) деятельности. Поскольку предпринимательская деятельность, в том числе и трансграничного характера, не сводима исключительно к процессу торговли товарами, работами и услугами, но предполагает также валютные, финансово-кредитные операции, инвестиционное сотрудничество, то и обычаи, регулирующие данный сектор отношений, не могут ограничиваться лишь торговыми обычаями, а включают в себя более широкий круг обычных регуляторов: валютно-финансовые, банковские, кредитные, инвестиционные обычаи и т.д. В силу данного факта правильнее было бы говорить об обычаях международной торговли как об одной из разновидностей обычаев международного делового оборота и рассматривать данные понятия в соотношении общего (обычаи делового

оборота) и частного (обычаи международной торговли), производного от общего.

Обращение в данной статье именно к обычаям международной торговли не является случайным. Преимущественное исследование рассматриваемого источника негосударственного регулирования внешнеэкономических сделок обусловлено, как нам представляется, рядом причин. Во-первых, обычаи выступают исторически первой формой нормативного воздействия на складывающиеся в процессе трансграничного сотрудничества отношения и в настоящее время являются устоявшимся, проверенным временем и одним из распространенных способов регламентирования внешнеэкономической деятельности. Во-вторых, интерес к рассматриваемому негосударственному источнику вызван еще и тем, что обычаи международной торговли представляют собой правовую основу всего негосударственного сектора внешнеэкономических регуляторов, некий базис, фундамент, на который надстраиваются иные негосударственные источники. Неслучайно в советской правовой литературе отмечалось: «В типовых договорах, общих условиях продажи, в типовых оговорках отчасти находят свое отражение и обычаи, сложившиеся в соответствующей отрасли торговли»<sup>7</sup>. И далее: «Успех или неуспех разработанных типовых контрактов и общих условий во многом может зависеть от соответствия содержащихся в них условий сложившимся обычаям и обыкновениям»<sup>8</sup>. В-третьих, нельзя не отметить, что в формировании обычаев международной торговли, как никаких других «внезаконодательных» регуляторов, велика роль судебной и арбитражной практики, которая превращает их в наиболее доступный в смысле восприятия и применения на практике участниками международного делового оборота источник. Как отмечает Е.А. Щекина, значение применения судом или арбитражем обычая состоит в том, что этим юрисдикционный орган признает существование обычной нормы определенного содержания, и потому такая судебная практика может

рассматриваться как средство доказывания наличия и содержания обычая<sup>9</sup>. Об этом также пишет и И.С. Зыкин: «Непризнание судом существования обычного правила может в значительной степени воспрепятствовать дальнейшему становлению соответствующей практики как обыкновения и обычая. И, наоборот, констатация судом или арбитражем наличия какой-либо практики может во многом способствовать ее распространению и упрочению в качестве обычного правила. Немаловажное значение при этом играет и авторитет судебного или арбитражного органа, рассматривающего вопрос о наличии и допустимости применения обычного правила»<sup>10</sup>. В результате судебная практика предстает как один из способов санкционирования обычая, а «решение, в котором применена обычно-правовая норма, признается соответствующим государством и может быть принудительно исполнено»<sup>11</sup>. Сходной позиции в советское время придерживался также и Д.Ф. Рамзайцев, который называл решения Внешнеторговой арбитражной комиссии, фиксирующие сложившуюся обычную практику во внешнеторговых отношениях советских организаций, «одним из источников, на основе которого может устанавливаться содержание отдельных торговых обычаев, применяемых в советском внешнеторговом обороте»<sup>12</sup>. И, наконец, в-четвертых, нельзя не упомянуть о том, что обычаи международной торговли являются одной из наиболее распространенных и общепризнанных форм регулирования отношений международного делового оборота в современном мире. Доказательством тому выступают их широкое применение на практике участниками внешнеэкономической деятельности и большое видовое разнообразие.

В настоящее время в зависимости от сферы действия обычаи международной торговли принято подразделять на: 1) **обычаи в сфере внешнеторговой поставки**; 2) **обычаи в сфере торгового мореплавания**; 3) **обычаи в сфере международных расчетов** и 4) **обычаи в сфере международного торгового страхования**<sup>13</sup>. Существует позиция, согласно

которой все указанные выше группы обычаев объединяются в одну общую для них категорию **обычаев, регулирующих отношения, возникающие в процессе движения товаров** (включая оказание услуг, опосредующих движение товаров), а наряду с данной категорией выделяют также: **торговые обычаи в области передачи интеллектуального продукта; обычаи в области выполнения работ и обычаи в сфере оказания услуг**<sup>14</sup>. Сторонники рассматриваемой позиции и, в частности, Е.А. Щекина, относят данные обычаи к числу так называемых договорных обычаев (или обычаев в сфере договорных отношений), которые могут быть классифицированы также и по объему регулируемых отношений (**обычаи, регулирующие определенные виды договорных обязательств** (куплю-продажу товаров, агентские обязательства, международный франчайзинг, обмен валюты и т.д.), и **обычаи, регламентирующие отдельные условия договора**) или в зависимости от того, какую стадию контракта они регулируют (**обычаи, регулирующие заключение договора; обычаи, регулирующие исполнение договора, и обычаи, регламентирующие применение мер ответственности**)<sup>15</sup>.

Помимо торговых обычаев, регулирующих договорные отношения, указывают также и на **обычаи в сфере недоговорных отношений**, среди которых выделяют **обычаи, которые регламентируют добросовестное осуществление того или иного вида международной коммерческой деятельности, а также обычаи, предъявляющие требования к самим участникам внешнеэкономической деятельности** – хозяйствующим субъектам (**обычаи, регулирующие отношения корпораций с инвесторами, а также устанавливающие требования по достаточности капитала банков**)<sup>16</sup>. Тем не менее, обозначение данных обычаев как недоговорных представляется нам не вполне корректным, поскольку и обычаи, регламентирующие добросовестное осуществление внешнеэкономической деятельности, и обычаи, предусматривающие определенные требования к ее

участникам, в одинаковой мере содержат условия, являющиеся залогом успешной реализации любой международной коммерческой сделки, а, значит, напрямую относятся к ней и регулируют, соответственно, сферу договорных отношений, в том числе преддоговорных отношений, предшествующих заключению внешнеэкономического контракта и его исполнению. Использование же термина «недоговорный» предполагает, что обычаи, которые им обнимаются, будут регламентировать, в первую очередь, сферу деликтных отношений как отношений, возникающих из внедоговорных обязательств, но не отношения, предваряющие непосредственное осуществление внешнеэкономической сделки.

В отдельную категорию обычаев Е.А. Щекиной выделены **обычаи международной электронной торговли (коммерции)**, регламентирующие преимущественно порядок исполнения определенной обязанности или реализации субъективного права участниками международного делового оборота. К ним относят обычаи в сфере конкуренции в сети Интернет, запрещающие использование в доменных именах торговых марок известных фирм, а также правомочия владельцев прав на доменное имя (право на использование доменного имени для адресации к ресурсу в Интернет, для идентификации производителя и его товаров, услуг путем указания в рекламе, фирменных бланках, документах, при маркировке товара; право запрещать использовать доменное имя для адресации в сети Интернет; право запрещать третьим лицам использовать доменное имя без согласия его владельца для маркировки товаров, услуг и т.п.)<sup>17</sup>.

Помимо рассмотренных выше оснований для классификации обычаев международной торговли называют также и критерий территориальности их действия, в соответствии с которым обычаи подразделяются на **универсальные**, повсеместно признанные большинством участников в соответствующей области международной коммерческой деятельности; **региональные**, признанные участниками международных коммерческих

отношений лишь в определенном географическом регионе, и **локальные обычаи международной торговли**, сложившиеся в определенном месте или на внутригосударственном рынке, но применяющиеся в том числе и к отношениям с участием иностранных предпринимателей<sup>18</sup>. Вместе с тем, данная классификация не вполне является верной, поскольку приводит к смешению понятий «обычай международной торговли» и «национальный торговый обычай, применимый к международным торговым отношениям». Ввиду наличия существенных различий в порядке формирования и правовой природе (обычай международной торговли как следствие интернационализации хозяйственной жизни, национальный торговый обычай как результат сложившейся на внутригосударственном рынке предпринимательской практики) данные понятия не могут быть объединены в одну общую для них правовую категорию, а должны быть дифференцированы и отличимы друг от друга. В противном случае закрепление за обычаями международной торговли локального характера и придание им качеств местного торгового обычая влечет за собой отрицание главных, сущностных их признаков – общепризнанности и общеизвестности неопределенному кругу лиц – и, как следствие, делает несостоятельной теорию существования независимой от государства системы регулирования внешнеэкономической деятельности.

Существуют и иные основания классификации обычаев международной торговли. Так, к примеру, по признаку гарантированности обычая государственной защитой Е.А. Щекина предлагает различать санкционированные обычаи, которым гарантируется принудительная защита государства, и несанкционированные обычаи международной торговли, которые лишены такой защиты в силу того, что они устанавливают регулирование, отличное от существующего в конкретной национально-правовой системе (к последним, по мнению автора, относятся обычаи, противоречащие императивным и диспозитивным нормам

внутригосударственного законодательства)<sup>19</sup>. Не оспаривая факт существования подобного критерия для классификации отдельных норм права, подчеркнем, что его применение в отношении обычаев международной торговли как источников негосударственного регулирования внешнеэкономических сделок вряд ли можно считать удачным, поскольку обычаи, по нашему мнению, не нуждаются в санкционировании, а требуют лишь признания их со стороны государства.

Еще одним основанием деления обычаев международной торговли на самостоятельные виды выступает их соотношение с законом. Согласно данному признаку, положенному в основу классификации обычаев, предложенной Р. Давидом, можно говорить о существовании применительно к международной торговле а) **обычаев в дополнение к закону** (*consuetudo secundum legem*), которые применяются субсидиарно, в случае недостаточности законодательного регулирования; б) **обычаев кроме закона** (*consuetudo praeter legem*), регламентирующих отношения в отсутствие их урегулированности законодательными нормами, и в) **обычаев против закона** (*consuetudo contra (adversus) legem*), устанавливающих иное, нежели предусмотренное законом, регулирование<sup>20</sup>, и появление которых в международном коммерческом обороте связано, по мнению Е.А. Щекиной, с разработкой и принятием стандартов различными международными организациями (к примеру, обычай, согласно которому коэффициент достаточности собственного капитала банка для его функционирования на международном рынке должен составлять не менее 8% по методологии расчета, предусмотренной Базельским соглашением)<sup>21</sup>.

Небезызвестной является также классификация обычаев международной торговли на непосредственно **обычаи** (или **правовые обычаи**), носящие характер общезначимых правил, применяемые к любым видам внешнеэкономических контрактов, и **обыкновения**, действующие в отдельных областях международного делового сотрудничества и

устанавливающие порядок исполнения определенной обязанности или реализации субъективного права<sup>22</sup>. Примечательно, что сторонники обоснования подобной классификации, рассматривая указанные категории как относящиеся к одному общему для них виду источников – «обычай международной торговли», в то же время характеризуют обычаи и обыкновения как противоположные друг другу по юридической силе регуляторы: обычаи в качестве юридической нормы, а обыкновения – неюридической нормы. Такое объединение разнородных по юридической природе категорий в единый класс источников с неизбежностью влечет постановку вопроса о наличии некоего общего признака, допускающего возможность объединения. Как нам представляется, в качестве такового следует признать свойственную и обычаям, и обыкновениям негосударственную сущность, выражающуюся в их независимом от государства происхождении, формировании и развитии субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями.

Перечисленные в настоящей статье виды обычаев международной торговли далеко не исчерпываются обозначенным выше перечнем, а являются разнообразными и многочисленными. Все они еще раз подтверждают общеизвестность и общепризнанность обычаев в качестве источников регулирования отношений по внешнеэкономическим сделкам и свидетельствуют об актуальности их исследования в современной правовой доктрине. Тем не менее, освещение лишь таксономического аспекта обычаев международной торговли было бы неполным для создания целостного, комплексного представления об исследуемом объекте, в связи с чем целесообразным видится необходимость проведения дальнейшего исследования в дефинитивно-онтологическом направлении, предполагающем анализ понятия «обычай международной торговли».

Анализ правовой литературы советского времени по проблемам обычаев международной торговли показал, что в данный период



отечественная наука не располагала в своем терминологическом арсенале собственной дефиницией обычаев международной торговли, а во многом опиралась на общетеоретическое определение правового обычая, что, несомненно, порождало некоторые неточности. Однако безосновательно было бы утверждать об отсутствии любых попыток сформулировать на основе общетеоретической дефиниции специальное определение обычаев международной торговли.

Традиционно в рассматриваемый период было принято считать, что наиболее полное определение обычая применительно к отношениям во внешней торговле было сформулировано известным российским ученым Д.Ф. Рамзайцевым. Под торговым обычаем он понимал, в частности, «сложившееся в торговом обороте единообразное правило, заключающее в себе совершенно определенное положение по вопросу, которого оно касается»<sup>23</sup>. Среди признаков такого обычая Д.Ф. Рамзайцевым отмечались ясность и определенность содержания, единообразный характер и общепризнанность. Подобная формулировка обычая и соответствующие ей признаки не отражают, как нам представляется, особенности обычаев международной торговли, свойственные исключительно тем моделям поведения, которые складываются во внешнеэкономической деятельности при непосредственном участии частных субъектов, не наделенных государственно-властными полномочиями. Определение, сформулированное Д.Ф. Рамзайцевым, не содержит указаний на принадлежность обычаев международной торговли к числу так называемых негосударственных регуляторов внешнеэкономических сделок и в равной степени оказывается применимым как в отношении обычаев внутригосударственного торгового оборота, так и обычаев международного торгового оборота, т.е. носит общий, межотраслевой, а не специальный характер. Такая универсальность в определениях недопустима, на наш взгляд, особенно в тех случаях, когда речь идет об объектах, отнесенных к общему классу или роду, но

обладающих, тем не менее, отдельными отличительными признаками. Поэтому и дефиниция, закрепляемая за термином «обычаи международной торговли», должна отражать такие характеристики, которые носят исключительный, а не обобщающий характер и позволяют различать данную группу обычаев среди других групп.

Вслед за Д.Ф. Рамзайцевым попытки разработать собственную дефиницию для обычаев, складывающихся в международной торговле, весьма активно предпринимались другим небезызвестным российским ученым И.С. Зыкиным. В своей диссертации, посвященной исследованию обозначенной проблематики, автор дает следующее определение торговому обычаю: это «... правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений»<sup>24</sup>. А в книге И.С. Зыкина, вышедшей позднее, в 1983 году, данное определение было уточнено и в окончательной редакции сформулировано следующим образом: «*единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли в результате неоднократного воспроизведения* (курсив мой. – А.Д.) *одних и тех же действий*»<sup>25</sup>. Здесь же делалась ссылка на два основных признака, позволяющих квалифицировать то или иное правило поведения в качестве обычая международной торговли: 1) устойчивая единообразная практика международной торговли; 2) санкционирование государством такой практики, а именно: возникающего на его основе правила поведения<sup>26</sup>. Однако, как нам представляется, и такое определение не лишено недостатков. Оперирование данной дефиницией приводит к смешению понятий «обычаи международной торговли» и «международные (межгосударственные) торговые обычаи», которые сложились в практике взаимоотношений между государствами и являются источниками международного публичного (а точнее, международного экономического) права. Поскольку и обычаи международной торговли, и межгосударственные

торговые обычаи представляют собой правила поведения, сложившиеся в результате многократного повторения единообразных действий в течение длительного времени в определенной сфере практической деятельности (в данном случае – международной торговой деятельности), поскольку и те, и другие обычаи признаются имеющими юридическую силу, постольку весьма сомнительным выглядит выделение И.С. Зыкиным в качестве квалифицирующих обычаи международной торговли двух выше обозначенных признаков. В большей степени указанные признаки могут быть отнесены к числу общих для данных двух видов обычаев, но отнюдь не рассматриваться в качестве особых, свойственных лишь обычаям международной торговли.

Весьма неопределенную дефиницию обычаев международной торговли находим у В.П. Звекова. В своем курсе лекций он предлагает различать обычаи, принадлежащие к источникам как международного публичного, так и международного частного права, и обычаи, рассматриваемые лишь в качестве источников международного частного права. Последние, по мнению автора, и есть обычаи международного торгового оборота, или, более кратко, торговые обычаи<sup>27</sup>. Такого же мнения придерживается и М.М. Богуславский<sup>28</sup>. Тем не менее, подобная трактовка обычаев выглядит чересчур «размытой» и позволяет подвести под категорию «торговые обычаи» любые обычаи, действующие в сфере международного частного права, в том числе и те из них, которые не имеют прямого отношения к внешнеэкономическим сделкам, а выступают, к примеру, источником регулирования для брачно-семейных, наследственных или трудовых отношений, осложненных иностранным элементом. Очевидно, что обычаи, являющиеся регулятором для данных видов отношений, не могут квалифицироваться в качестве торговых обычаев.

Достаточно обобщающее определение обычаям международной торговли дает также и Г.К. Дмитриева. Под ними она понимает

«единообразные устойчивые правила, сложившиеся в практике, но *не имеющие обязательной юридической силы*»<sup>29</sup> (курсив мой – А.Д.). Данная дефиниция, как и денотат, введенный Д.Ф. Рамзайцевым, весьма схожа с общетеоретическим пониманием обычая и применима в равной степени как к обычаям, складывающимся в сфере международной торговли, так и к любым иным обычаям, в том числе национального характера, что не позволяет рассматривать ее в качестве единственно верной. Впоследствии, правда, Г.К. Дмитриевой уточняется, что указанное выше определение в большей степени относимо не к обычаям, а к так называемым обыкновениям, «так как под обычаем в юридической науке понимается единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, но *обладающее обязательной юридической силой*»<sup>30</sup> (курсив мой – А.Д.). Однако дальнейший анализ позиции Г.К. Дмитриевой выявляет в ее суждениях некоторые противоречия. Так, к примеру, разграничивая между собой понятия «обычай» и «обыкновение» по критерию их юридической природы и квалифицируя обычай как юридическую норму, а обыкновение – норму неюридическую, профессор, вопреки своему убеждению, называет обычаи международной торговли применяемыми в международной торговле правилами неюридического характера, т.е. не являющимися юридическими нормами. В итоге сводится на нет заявленный ранее постулат о юридической обязательности обычая.

Аналогичное Г.К. Дмитриевой толкование обычаев международной торговли обнаруживаем у Т.Н. Нешатаевой. По ее мнению, обычаи международной торговли, являясь синонимом обычаям международного делового оборота, представляют собой «единообразные устойчивые правила, сложившиеся в предпринимательской практике, не имеющие обязательной юридической силы, но становящиеся обязательными для участников коммерческой сделки при условии указания на это обстоятельство в коммерческом контракте»<sup>31</sup>. Такое определение, как и дефиниция Г.К.

Дмитриевой, не позволяет дифференцировать торговые обычаи национального характера и международные торговые обычаи, а также вычленил последние из обычаев национального и межгосударственного характера в отдельную самостоятельную группу. Не явствует из данной формулировки и то, идет ли в ней речь исключительно о внутригосударственной предпринимательской практике или также о практике международного делового оборота, охватывает ли она отношения, вытекающие лишь из национальной коммерческой сделки, или же рассчитана на применение и к отношениям по внешнеэкономическим контрактам. В связи с этим было бы логичным в контексте рассмотрения обычаев международной торговли как источников регулирования внешнеэкономических сделок подчеркнуть в соответствующей дефиниции их трансграничный характер, международную сферу применения и скорректировать определение Т.Н. Нешатаевой следующим образом: обычаи международной торговли – это единообразные устойчивые правила, сложившиеся в международной предпринимательской практике, не имеющие обязательной юридической силы, но становящиеся обязательными для участников коммерческой сделки при условии указания на это обстоятельство в международном коммерческом контракте.

Определенные неточности присущи также и дефиниции, сформулированной другим отечественным исследователем в области международного частного права Л.А. Лунцем. Для обозначения рассматриваемого предмета исследования он использует следующую формулировку: «...складывающиеся на протяжении длительного времени в сфере внешней торговли и получившие признание государств правила»<sup>32</sup>. Примечательно, что Л.А. Лунцем данное определение в одинаковой мере используется как в отношении унифицированных международных торговых обычаев, так и в отношении обычаев, хотя и применяемых во внешней торговле, но по существу являющихся не международными, а

национальными обычаями<sup>33</sup>. В результате стираются различия в правовой природе и сущности двух выше обозначенных категорий обычаев, нивелируются особенности формирования и развития собственно обычаев международной торговли.

Детальный анализ научных работ по исследуемой проблематике современных авторов показал, что большинство из них, в отличие от предшественников советского периода, не дает какого-либо определения обычаям международной торговли, а лишь указывает на отдельные их характеристики либо пытается раскрыть сущность данной категории путем приведения соответствующих примеров из международной деловой практики. И только немногие исследователи акцентируют внимание на дефиниции обычаев. К числу последних принадлежит также Е.А. Щекина. В монографии, посвященной исследованию рассматриваемого правового явления в рамках международного частного права Украины, ею сформулировано следующее определение обычаев международной торговли: «...это норма поведения, которая сформировалась на основе единообразно повторяемого поведения субъектов международных коммерческих отношений и его широкого применения ими в качестве общеобязательного, регулирует международные коммерческие отношения путем установления: а) взаимных прав и обязанностей сторон договора или б) внутренних стандартов функционирования хозяйствующих субъектов, соблюдение которых выступает в качестве предварительного условия их участия в международных коммерческих отношениях договорного характера, или в) внешних стандартов поведения в недоговорных отношениях определенного вида, а также г) порядка исполнения конкретной обязанности либо реализации субъективного права; не нарушает справедливую меру свободы и равенства участников международных коммерческих отношений, санкционирована государством через признание обычая делового оборота источником права»<sup>34</sup>. Основной акцент в данной дефиниции сделан автором

не на правовую природу или сущность обычаев международной торговли, а на сферу их применения, раскрытую предельно широко, что создает определенные трудности в уяснении смысла рассматриваемого определения и делает его «громоздким», нелаконичным. Небесспорным согласно нашему убеждению следует считать также отнесение Е.А. Щекиной к сфере действия обычаев международной торговли так называемых «внутренних стандартов функционирования хозяйствующих субъектов» и, в первую очередь, стандартов корпоративного управления, нормативов достаточности собственного капитала и т.д. Данные стандарты, как известно, разрабатываются в пределах компетенции, установленной для каждого хозяйствующего субъекта его внутриорганизационным правом, и представляют собой продукт корпоративного (локального) нормотворчества, в то время как обычаи международной торговли формируются при непосредственном участии двух и более юридических лиц различных государств и в силу этого выступают результатом коллективного негосударственного нормотворчества. К тому же следует учитывать тот факт, что в международном коммерческом обороте в качестве хозяйствующего субъекта может выступать не только юридическое лицо (коммерческая организация), но и государство или иное публично-правовое образование, осуществляющее внешнеэкономическую деятельность. Использование же термина «хозяйствующий субъект» применительно к обычаям международной торговли, формирующимся в международной частной среде, будет, соответственно, означать инкорпорирование в их сферу действия не только внутренних стандартов функционирования частных лиц (что само по себе сомнительно), но и внутренних стандартов функционирования государства, международной межправительственной организации, иного субъекта публичного права. В результате такая формулировка приведет к нивелированию трансграничного характера обычаев и делегированию им в

процессе регулирования сугубо внутригосударственных, отнесенных к исключительной компетенции суверенного государства, вопросов.

Сомнительным, на наш взгляд, представляется также отнесение Е.А. Щекиной к сфере действия обычаев международной торговли и внешних стандартов поведения хозяйствующих субъектов в недоговорных отношениях. Независимо от их конкретного вида данные отношения представляют собой предмет регулирования международного деликтного права как подотрасли международного частного права и традиционно не включаются в международные обязательственные отношения частного порядка, составляющие предмет международного договорного права. Особенность внедоговорных отношений как раз и состоит в том, что их возникновение не обусловлено волей участников внешнеэкономической сделки, а связано с наступлением факта – причинением вреда. В силу данного факта едва ли допустимо рассматривать деликтные обязательства как подпадающие под сферу регулирования обычаев международной торговли, где отношения между ее участниками складываются исключительно на договорной основе. Отметим также, что именно внедоговорные отношения в силу их специфики в наименьшей степени подвержены унификации и гармонизации, а, соответственно, и регламентации в форме единообразных стандартов поведения, в том числе обычаев.

Еще более абсурдным, как нам видится, следует признать последующее определение, сформулированное Е.А. Щекиной: «... обычай международной торговли как источник МЧП – это повторяемые международные коммерческие отношения, за которыми государство путем прямо выраженного либо молчаливого согласия признает значение самостоятельного источника правового регулирования этих отношений»<sup>35</sup>. Трудно вообразить себе ситуацию, при которой те или отношения, будучи предметом (объектом) воздействия со стороны нормы права, одновременно



при наличии государственной санкции выступают и формой выражения этой нормы права, ее внешней сущностью.

Не вполне корректной с эпистемологической точки зрения является также дефиниция обычаев международной торговли, сформулированная Н.Ю. Ерпылевой. Согласно позиции ученого обычай характеризуется как «единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли в результате неоднократного воспроизведения одних и тех же действий, т.е. как единообразная международная обычно-правовая норма гражданско-правового характера»<sup>36</sup>. Наибольшую сложность в процессе восприятия рассматриваемого определения вызывает, на наш взгляд, вторая его часть, заключающая в себе краткую характеристику обычая в качестве международной нормы гражданско-правового характера, поскольку именно ею (второй частью дефиниции) разрушается традиционный для правовой науки постулат о том, что любой феномен гражданско-правового характера лежит в сугубо национальной, внутригосударственной плоскости и не может быть предметом международного вмешательства. Ведь сама этимология слова «гражданско-правовой» указывает на связь того или иного явления с отдельным государством, его национальную принадлежность, дифференцируя предметы внутригосударственного и межгосударственного ведения. Более уместным в контексте рассматриваемой дефиниции будет, согласно нашему убеждению, оперирование словами, однокоренными со словом «частноправовой», тем самым отражающими частноправовую природу обычаев международной торговли и их особое (независимое от государства) происхождение.

Наиболее удачным с позиции указания на негосударственную сущность обычаев международной торговли следует признать определение, сформулированное В.А. Канашевским. Выделяя среди международных обычаев две основные категории – межгосударственные и торговые обычаи – В.А. Канашевский предлагает объединять во вторую категорию те обычаи,

которые сложились в практике международной торговли между частными лицами и являются по своей юридической природе разновидностью обычая делового оборота<sup>37</sup>. Такая трактовка, в отличие от других определений, концентрирует основное внимание читателя на порядке формирования обычаев международной торговли, их возникновении помимо воли государства и потому может рассматриваться как наиболее оптимальная. К тому же указание в ней на схожесть обычаев международной торговли с обычаями делового оборота как не предусмотренными законодательством, но широко применяемыми в какой-либо области предпринимательской деятельности еще раз подчеркивает их негосударственное происхождение.

В развитие сформулированной дефиниции В.А. Канашевский указывает на следующие признаки обычаев международной торговли: общеобязательность, общепризнанность, широкая известность и непротиворечие общим принципам добросовестности и честной деловой практики<sup>38</sup>. При этом автор не указывает на какие-либо обязательные условия (или критерии), существования которых было бы достаточным для закрепления за обычаем каждого из обозначенных выше признаков, и лишь пытается раскрыть их сущность через арбитражную практику путем ссылки на отдельные категории судебных дел. Однако сама арбитражная практика ввиду ее нередкой противоречивости, а также специфики рассмотрения дела в отдельном суде не дает, по нашему убеждению, единообразного представления о порядке отыскания и определения данных признаков, что, в свою очередь, может привести к неоднозначной квалификации того или иного свойства в качестве признака обычая международной торговли. В результате неоднозначность такого толкования приводит к необходимости доказывания существования обычая как фактического обстоятельства лицом, ссылающимся на него в обоснование своих требований (контртребований).

Проведенный анализ основных позиций ученых по вопросу о том, что представляют собой обычаи международной торговли, позволяет прийти к

следующему выводу: имеющиеся в правовой доктрине международного частного права дефиниции обычаев международной торговли не содержат квалифицирующего данный источник отличительного признака, позволяющего рассматривать обычаи международной торговли в качестве самостоятельного, обособленного регулятора отношений по внешнеэкономической сделке, а потому не могут быть признаны как наиболее оптимальные. В связи с этим предлагается при формулировании определения исследуемого объекта включить в содержание дефиниции обычая такие его характеристики, как негосударственная сущность и формирование при непосредственном участии контрагентов по внешнеэкономической сделке – физических и юридических лиц.

Указание в определении обычаев международной торговли на их негосударственную сущность позволит, как нам представляется, отграничить обычаи от источников системы государственного (международно-правового и национального) регулирования, подчеркнуть их внезаконодательное происхождение и рассматривать в качестве негосударственного регулятора международных коммерческих контрактов.

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (издание 9-ое, второе посмертное). М., Московское научное издательство, 1919 г. // Электронный ресурс ИСС «Гарант».

<sup>2</sup> Там же.

- <sup>3</sup> Покровская В.В. Организация и регулирование внешнеэкономической деятельности. Учебник. М.: Юрист, 2000. С. 80.
- <sup>4</sup> Там же.
- <sup>5</sup> Алимжан К.А. Обычай как источник права в правовой системе Республики Казахстан. Интернет-ресурс: <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article73.html>
- <sup>6</sup> Там же.
- <sup>7</sup> Цит. по: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты. М.: «Международные отношения», 1983. С. 80.
- <sup>8</sup> Зыкин И.С. Там же. С. 80.
- <sup>9</sup> Щекина Е.А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. Монография. – Х.: МП «Крок», 2007. С. 84.
- <sup>10</sup> Зыкин И.С. Указ. соч. С. 81.
- <sup>11</sup> Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Междунар. отношения, 1994. С. 195.
- <sup>12</sup> Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи: Сборник / Под ред. М.В. Нестерова и К.К. Бахтова. – М.: Внешторгиздат, 1958. С. 10.
- <sup>13</sup> Данная классификация предложена В.А. Канашевским: Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 130-135.
- <sup>14</sup> Подобной позиции придерживается, в частности, Е.А. Щекина: Щекина Е.А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. Монография. – Х.: МП «Крок», 2007. С. 134-135.
- <sup>15</sup> Щекина Е.А. Указ. соч. С. 133-134.
- <sup>16</sup> Там же.
- <sup>17</sup> Щекина Е.А. Указ. соч. С. 137.
- <sup>18</sup> Там же. С. 122.
- <sup>19</sup> Щекина Е.А. Указ. соч. С. 120-121.
- <sup>20</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1997. С. 94-95.
- <sup>21</sup> Щекина Е.А. Указ. соч. С. 122.
- <sup>22</sup> Таковую классификацию обычаев международной торговли предлагают, в частности, Г.К. Дмитриева, Е.А. Щекина: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 415; Щекина Е.А. Указ. соч. С. 119.
- <sup>23</sup> Рамзайцев Д.Ф. Указ. соч. С. 6.
- <sup>24</sup> Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. Дис. ...канд. юрид. наук. М., 1979. С. 19.
- <sup>25</sup> Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты. М.: «Международные отношения», 1983. С. 13.
- <sup>26</sup> Там же. С. 84.
- <sup>27</sup> Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: Издательство НОРМА, 2001. С. 92.
- <sup>28</sup> См. об этом: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. – М.: Юрист, 2006. С. 68.
- <sup>29</sup> Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 414.
- <sup>30</sup> Там же.
- <sup>31</sup> Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. – М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. С. 259.
- <sup>32</sup> Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. – М.: Юрид. лит., 1984. С. 36.
- <sup>33</sup> См. об этом: Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М.: «Юрид. лит.», 1972. С. 60.
- <sup>34</sup> Щекина Е.А. Указ. соч. С. 99.
- <sup>35</sup> Щекина Е.А. Указ. соч. С. 100.
- <sup>36</sup> Ерпылева Н.Ю. Международное коммерческое право: новеллы правового регулирования международных контрактных обязательств // Электронный ресурс СПС «Гарант».
- <sup>37</sup> Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. М.: «Международные отношения», 2003 // Электронный ресурс СПС «Гарант».
- <sup>38</sup> Канашевский В.А. Там же.

# МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ЭНЕРГЕТИЧЕСКОГО СОТРУДНИЧЕСТВА РОССИИ СО СТРАНАМИ СНГ В ГАЗОВОЙ СФЕРЕ

**ЖУКОВА И.С.,**

*соискатель на кафедре международного публичного права*

*МГЮА им. О.Е. Кутафина АДСК (Астрахань)*

*г. Астрахань, проспект Ан. Гужвина 3-40,*

*тел.:89272827337,*

*Annizhka@rambler.ru*

***Ключевые слова:** газовые запасы стран СНГ, страны СНГ в Энергетической стратегии РФ, магистральные газопроводы, энергетическое сотрудничество в СНГ: цели, механизмы, проблемы.*

*В статье раскрывается значение стран СНГ для реализации энергетической стратегии России в сфере газа. Прослеживаются направления энергетического сотрудничества в рамках СНГ. Анализируется комплекс мер, предпринятых для достижения намеченных интеграционных целей. Указываются проблемы, мешающие поставленным задачам на пути плодотворного энергетического сотрудничества стран Содружества.*

***Key words:** CIS gas resources, CIS countries in the RF energy strategy, gas pipelines, CIS energy collaboration: goals, mechanisms, problems.*

*The article describes the role of the CIS countries in fulfilling the RF energy strategy in the sphere of gas. It analyzes the trends in CIS collaboration in the sphere of energy. The author considers the scope of measures taken to achieve*

*the goals of integration. She points out the problems that hinder efficient CIS cooperation in the sphere of energy resources.*

РФ располагает огромными запасами топливно-энергетических ресурсов, занимая первое место в мире по запасам газа. Из 15 мировых газовых месторождений-гигантов 9 являются российскими<sup>1</sup>.

Таб. 1.

Крупнейшие газовые месторождения мира

№№	Название, страна	Запасы, млрд. м. куб.	Год открытия
1	Северное (Катар)	10640	1971
2	Уренгойское (Россия)	10200	1966
3	Ямбургское (Россия)	5242	1969
4	Бованенковское (Россия)	4385	1971
5	Заполярное (Россия)	3532	1965
6	Южный Парс (Иран)	2810	1991
7	Штокмановское (Россия)	2762	1988
8	Арктическое (Россия)	2762	1968
9	Астраханское (Россия)	2711	1973
10	Гронинген (Голландия)	2680	1959
11	Хасси Р'Мель (Алжир)	2549	1956
12	Медвежье (Россия)	2270	1967
13	Панхэндл Юготон (США)	2039	1910
14	Оренбургское (Россия)	1898	1966
15	Доулетбадское (Туркмения)	1602	1974

Всего в России открыто около 750 газовых (газоконденсатных, газонефтяных) месторождений с общими разведанными запасами газа около 47 трлн. куб. м (одна треть мировых запасов). Прогнозные запасы газа – около 130 трлн. куб. м, или около 40% мировых запасов<sup>2</sup>.

К тому же заметим, что Россия занимает первое место в мире не только по разведанным запасам природного газа (32% мировых запасов газа), но и по его добыче и экспорту (35% мировой добычи газа)<sup>3</sup>. Основной поток экспортного российского газа устремлён на Запад, хотя в настоящее время развиваются и восточные направления, такие как Китай, Индия, Япония.

Многие учёные-современники, исследующие вопросы в сфере развития международных отношений РФ с другими государствами, полагают, что на фоне снижения геополитического статуса России в 90-х гг. прошлого века и ослабления роли военного потенциала как фактора международного авторитета, газовый потенциал страны на сегодняшний день является основным источником формирования геополитического и внешнеэкономического влияния РФ на мировое устройство<sup>4</sup>.

Наталья Гриб в своей работе «Газовый император» подтверждает эту мысль следующим высказыванием: «Именно энергоресурсы сегодня являются наиболее действенным инструментом мировой политики. В числе прочего они позволяют менять расстановку сил, перекраивать территории политического и экономического влияния»<sup>5</sup>.

Однако, для умелого использования данного «оружия» необходимо учитывать ряд факторов, непосредственно влияющих на успех в его реализации. Одним из таких факторов является успешная геополитическая тактика по построению взаимовыгодных отношений со странами СНГ.

Как известно, газ является специфическим объектом купли-продажи и имеет характерную особенность - доставка через газопроводы, проложенные по территории различных стран до пункта назначения. В связи с этим для России географически предопределено, с какими государствами необходимо

построение взаимовыгодных политических и экономических отношений для развития своего газового потенциала.

Наиболее существенным для РФ стала разработка геополитического курса со следующими странами СНГ: Азербайджан, Казахстан, Туркменистан, Узбекистан, Белоруссия и Украина. Имея не только общую историю, но и общую газовую инфраструктуру странам необходимо сотрудничество для экономического развития каждой из них.

Под газовой инфраструктурой подразумеваются такие крупные магистральные трубопроводы как «Средняя Азия - Центр», «Бухара - Урал», «Баку-Ново-Филя», «Дружба» и «Ямал-Европа».

Система «Средняя Азия - Центр» (САЦ) была построена более сорока лет назад. Она состоит из 5 ниток общей протяженностью 4760 км, которые соединяют газовые месторождения Туркмении, Казахстана, Узбекистана с промышленно развитыми районами центральной России. Трубопроводные нитки САЦ-1, САЦ-2, САЦ-4, САЦ-5 берут начало от месторождения «Довлетабад» (Туркменистан) и проходят через территории Туркменистана, Узбекистана и Казахстана до узловой станции Александров-Гай (Саратовская область, Россия). Нитка САЦ-3 проходит от месторождения «Довлетабад» до той же станции Александров-Гай только по территории Туркменистана и Казахстана. Проектная мощность газопровода САЦ (всех ниток) составляла 68 млрд. кубических метров. На современном этапе из-за физического износа пропускная способность данного газопровода снизилась до 50 млрд. кубических метров газа.

Вторым аналогичным по значимости газопроводом является «Бухара -Урал», берущий своё начало в Узбекистане и проходящий по территории Туркмении, Казахстана и России. Строительство первой очереди газопровода было начато в 1963 году<sup>6</sup>. Газопровод «Бухара – Урал», проектной мощностью 19 млрд. кубических метров в год, состоит из 2 ниток. Первая нитка проходит от месторождения «Газли» по территории Узбекистана и



Казахстана до г. Челябинск (Россия). Другая нитка проходит параллельно первой до г. Екатеринбург (Россия). В настоящее время, из-за физического износа пропускная способность узбекского участка данного газопровода не превышает 7 млрд. кубических метров газа.

Газопровод «Баку-Ново-Филя» ранее служил для поставок российского газа в Азербайджан, но в 2007 году по причине обеспечения себя собственным газом Азербайджан отказался от импорта. А в 2009 году было решено использовать его для поставок азербайджанского газа в Россию. Благодаря этим трубопроводным системам Россия реэкспортирует голубое топливо из Туркменистана, Казахстана, Узбекистана, Азербайджана для последующих поставок российского газа на европейские рынки, что позволяет ей держать лидерство по поставкам природного газа с территории Восточной Европы.

Рис. 1.<sup>7</sup>

Закупки газа Россией в Средней Азии в 2005-2008 гг., млрд. куб. М



Перечисленные страны обладают наиболее значимым газовым потенциалом наряду с Россией из стран входящих в состав СНГ.

Туркмения, добывающая ежегодно более 80 млрд. кубометров газа в год, является крупнейшей газодобывающей страной в Центральной Азии и занимает 4-е место в мире по запасам газа после России, Ирана и Катара. Суммарные запасы газа в стране составляют по оценкам экспертов 23 трлн. куб. м. К 2030 году добыча газа по прогнозам возрастёт до 250 млрд. куб. метров в год<sup>8</sup>.

Казахстан занимает шестое место в мире по запасам газа. Объем разведанных запасов газа Казахстана в настоящее время равен 3 трлн. куб. м, прогнозные запасы — 8 трлн. куб. м. Государственным балансом учтено 191 газовых и 55 газоконденсатных месторождений<sup>9</sup>. В год добывается 27 млрд. куб. м газа.

На долю Узбекистана приходится 70 % запасов газового конденсата Центральной Азии, 40 % - природного газа. На территории расположено 98 газовых и газоконденсатных месторождений. При разведанных запасах природного газа — более 5 трлн. куб. м, доказанные запасы составляют — 3,4 трлн. куб. м. По добыче природного газа Узбекистан занимает 8-е место в мире: ежегодная добыча составляет — 60 млрд. куб. м<sup>10</sup>.

Доказанные запасы газа Азербайджана составляют порядка 2 трлн. куб. м, предполагаемые – 5–7 трлн. В 2008 году в республике было добыто около 24 млрд. куб. м газа. В 2009-м этот показатель вырос до 27 млрд<sup>11</sup>.

На сегодняшний день подписаны и действуют: «Соглашение о стратегическом сотрудничестве в газовой отрасли» между Россией и Узбекистаном от 17 декабря 2002 г., предусматривающее долгосрочные закупки узбекского газа на период 2003–2012 гг.; «Соглашение о сотрудничестве в газовой отрасли» от 10 апреля 2003 г. между Россией и Туркменистаном сроком на 25 лет, в рамках которого заключён долгосрочный контракт купли-продажи туркменского природного газа;

20 декабря 2007 г. между Россией, Казахстаном и Туркменистаном было подписано «Соглашение о строительстве Прикаспийского газопровода» с целью транспортировки природного газа с месторождений Каспийского моря и других месторождений на территориях Туркменистана и Республики Казахстан на территорию Российской Федерации; «Соглашение об условиях купли-продажи азербайджанского газа» от 29 июня 2009 года, заключенного по поводу газа из месторождения Шах-Дениз, расположенного в азербайджанском секторе шельфа Каспийского моря<sup>12</sup>; 28 марта 2009 года в Москве Россия и Азербайджан подписали Меморандум, в соответствии с которым была достигнута договоренность по согласованию условий долгосрочной купли-продажи азербайджанского газа, с предварительным началом поставок газа в январе 2010 года.

Таким образом, по магистральным трубопроводам «Средняя Азия - Центр», «Бухара - Урал» и «Баку-Ново-Филя» газ поступает в Единую газотранспортную систему России, а затем доставляется европейским потребителям по экспортным магистральным газопроводам.

Однако на пути данного сотрудничества есть определённые сложности, которые необходимо преодолеть совместными усилиями. Одна из них заключается в следующем:

Газопроводы были построены в конце 50-х - начале 60-х годов, и, на данный момент, степень износа систем весьма значительна. Следовательно, в настоящее время они работают с различной степенью недогрузки. По оценкам многих специалистов необходимо проведение восстановительных работ. Подтверждением тому служит взрыв на газопроводе САЦ-4 на территории Туркмении в апреле 2009 года<sup>13</sup>. В связи с этим ведутся восстановительные работы.

Учитывая тот факт, что Россия, начиная с 2004 года, стремится кардинально увеличивать объем импорта центральноазиатского газа, необходимы масштабные ремонтно-восстановительные работы на всей

протяженности трассы газопроводов «Средняя Азия - Центр» и «Бухара - Урал», а возможно и прокладка новых ниток трубопроводов.

«Дружба» и «Ямал — Европа» — это российские магистральные экспортные газопроводы. Особенностью российского экспорта газа на европейский рынок является то, что не найдется ни одной крупной экспортноориентированной страны, которая была бы так сильно привязана к чужим транспортным магистралям для доставки импортерам своего газа. Российский газ в своем движении по Европе пересекает границы 14 государств, при этом две трети поставок проходят через три государства и еще около одной пятой - через четыре. Основные маршруты газопроводов от газовых месторождений Западной Сибири к экспортным рынкам Западной Европы (Словакия, Чехия, Австрия, Германия, Франция, Швейцария, Словения, Хорватия, Италия) проходят транзитом через Украину (свыше 80% от всего экспортируемого объема газа)<sup>14</sup>. Самым крупным из них является магистральный экспортный газопровод «Дружба» или «Уренгой - Помары - Ужгород», общей протяженностью 4,5 тыс. км<sup>15</sup>. Данный газопровод ознаменовал собой начало крупномасштабных геополитических проектов.

Высок удельный вес транзита через Белоруссию, Чехию, Словению и Польшу<sup>16</sup>. В этом направлении был построен российский магистральный экспортный газопровод «Ямал-Европа». Рем Вяхирев назвал этот газопровод одним из важнейших геополитических факторов стабильности в 21 веке. Реализация данного проекта позволила создать альтернативу Украине в транзитных поставках.

Следовательно, система газопроводов, оставшаяся в наследство постсоветским государствам, а также вновь проложенные «ветки», делает энергетическую сферу самой взаимозависимой в экономических отношениях указанных стран. Как мы видим, некоторые из них могли бы выступить конкурентами России в области экспорта газа на европейский рынок.

Западная Европа осознаёт это и делает заметные шаги по сближению с Центрально-Азиатскими странами. Зарубежные компании проявляют значительную активность при разработке месторождений и добыче ресурсов стран региона.

В связи с указанными особенностями экспорта газа важной задачей для РФ является максимальная адаптация к новой геополитической структуре на постсоветском пространстве с целью обеспечения безопасного и недискриминационного транзита, а также получения доступа к ресурсосырьевой базе вышеперечисленных стран для сохранения позиций России как центра международного транзита энергоресурсов из стран СНГ на западные рынки. Данные задачи были отражены в предыдущей Энергетической стратегии России до 2020 г., утверждённой Распоряжением Правительства РФ от 28.08.2003 № 1234-р. В ней отмечалось, что, несмотря на полную обеспеченность РФ энергоресурсами, Энергетическая стратегия ориентирована на масштабное вовлечение в топливно-энергетический баланс России углеводородных ресурсов центрально-азиатских стран СНГ. Также в качестве одной из основных задач долгосрочной государственной энергетической политики РФ указывалось обеспечение энергетической безопасности, одним из составляющих которой является устранение ограничений, препятствующих свободной транспортировке экспортируемых из России энергоресурсов. Всё это требует развития сотрудничества в энергетической сфере со странами ближнего зарубежья.

Таким образом, задачи по сближению со странами СНГ стоят перед РФ довольно давно.

На сегодняшний день распоряжением Правительства РФ от 13.11.2009 № 1715-р утверждена новая «Энергетическая стратегия России на период до 2030 года»<sup>17</sup>. Стратегия определяет цели и задачи долгосрочного развития энергетического сектора страны на предстоящий период, продолжая вышеупомянутые задачи, приоритеты и ориентиры, а также механизмы

государственной энергетической политики на отдельных этапах ее реализации, обеспечивающие достижение намеченных целей. Главной целью Стратегии является создание инновационного и эффективного энергетического сектора страны, адекватного как потребностям растущей экономики в энергоресурсах, так и внешнеэкономическим интересам России, обеспечивающего необходимый вклад в социально ориентированное инновационное развитие страны.

В настоящий момент в рамках Содружества с целью развития эффективного энергетического сотрудничества стран-участников образованы специализированные международные организации: Электроэнергетический совет СНГ, созданный на основе «Соглашения о координации межгосударственных отношений в области электроэнергетики СНГ» от 14.02.1992 и Решение ЭС СНГ от 11.03.2005; Межправительственный совет по нефти и газу, на основе «Соглашения СГП о создании Межправительственного совета по нефти и газу» от 02.03.1993; Топливо-энергетический совет СНГ, на основе «Соглашения о создании на территории СНГ топливно-энергетического совета Содружества» от 23.10.2002.

В 2008 году Советом глав государств Содружества Независимых Государств было принято Решение, в соответствии с которым сотрудничество в области энергетики определено ключевой сферой взаимодействия государств – участников СНГ в 2009 году. В соответствии с этим Решением был разработан «Проект Концепции сотрудничества государств – участников СНГ в сфере энергетики», определяющий цели, задачи, принципы, механизмы и основные направления сотрудничества в этой сфере<sup>18</sup>.

В качестве основных целей Концепции определено обеспечение:

- удовлетворения внутренних потребностей государств – участников СНГ в энергоресурсах за счет внутренних и внешних источников;

- увеличения экспортного потенциала и экспорта энергоресурсов государств – участников СНГ;

- устойчивого роста национальных экономик на основе эффективного использования энергетических ресурсов и возможностей международной торговли энергоресурсами.

Определены следующие механизмы сотрудничества:

- унификация норм, правил и технических регламентов в сфере энергетики;

- становление согласованных правил ценообразования на энергоресурсы и определения тарифов на их транспортировку;

- совершенствование и гармонизация налогового и таможенного законодательства в целях создания благоприятных экономических условий сотрудничества государств – участников СНГ в сфере энергетики;

- совместные инвестиционные проекты;

- обмен опытом и передовыми технологиями и другие.

На данном этапе достигнуто следующее:

Унификация законодательств стран-участников СНГ происходит путём принятия Межпарламентской Ассамблеей модельных законов в различных областях, в том числе и энергетике. Поскольку при использовании модельного закона в равной мере всеми государствами СНГ правовое поле сближается, что снимает много барьеров для интеграции. Стоит отметить, что в 2003 году на Конференции по общеевропейскому сотрудничеству, прошедшей в Санкт-Петербурге, была специально отмечена позитивная роль Межпарламентской Ассамблеи Содружества по сближению национального законодательства государств СНГ и приведению его в соответствие с универсальными стандартами на основе модельных правовых актов<sup>19</sup>. Из раздела законов касательно сотрудничества в газовой сфере Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ были приняты: Модельный закон о межрегиональном сотрудничестве и Модельный закон о

промышленной безопасности опасных производственных объектов от 6 декабря 1997 года; Модельный закон об энергосбережении от 8 декабря 1998 года; Модельный Налоговый Кодекс от того же числа; Модельный Кодекс о недрах и недропользовании для государств - участников СНГ от 7 декабря 2002 года; Модельный закон о предотвращении и комплексном контроле загрязнений окружающей среды от 31 октября 2007 года; Модельный Таможенный Кодекс от 25 ноября 2008 года для гармонизации и унификации таможенных правил и повышения эффективности таможенных процедур и т.д.

С 1 июля 2010 года вступил в действие Единый таможенный кодекс России, Белоруссии и Казахстана. Таможенный союз на сегодняшний день - крупнейший интеграционный проект на постсоветском пространстве. Снятие внутренних таможенных границ позволяет быстрее восстанавливать утраченные технологические цепочки, ускорять и упрощать обмен газом, а также комплектующими заготовками для промышленного цикла. О своём желании присоединиться к ТС уже заявили практически все страны ЕврАзЭС<sup>20</sup>.

Широко используется практика заключения межправительственных соглашений со странами СНГ в области совместных инвестиционных проектов. К примеру, строительство и последующая эксплуатация энергетических объектов. Так, 16 октября 2004 года в Душанбе было подписано Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Таджикистан о порядке и условиях долевого участия Российской Федерации в строительстве Сангтудинской ГЭС-1.

3 октября 2006 г. подписано Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации о сотрудничестве в создании хозяйственного общества на базе Оренбургского ГПЗ. 20 декабря 2007 года в Москве подписано трехстороннее (Россия,



Казахстан, Туркмения) межправительственное Соглашение о сотрудничестве в строительстве Прикаспийского газопровода.

Научно-техническое сотрудничество между странами СНГ осуществляется на основе Межправительственного «Соглашения о создании общего научно-технологического пространства государств-участников СНГ» от 1995 года и ряда конвенций таких как «О формировании и статусе международных научно-технических программ» и «О создании и статусе научно-исследовательских центров» от 1998 года. Наиболее важными законами в этой сфере являются: модельный закон СНГ «Об инновационно-инвестиционной инфраструктуре», принятый в 1997 году. Для координации работ были созданы: Межгосударственный комитет по научно-техническому развитию, Межгосударственный научно-технический совет, Международная Ассоциация академий наук, Межгосударственный координационный совет по научно-техническим информациям.

Такое сотрудничество делает страны значительно сильнее и влиятельнее на мировой арене. Совокупный энергетический потенциал государств – участников СНГ составляет около 11 % мировых доказанных запасов нефти, уступая среди экономических сообществ только ОПЕК, более 41 % мировых запасов природного газа (первое место в мире) и 25 % мировых запасов угля (первое место в мире). Природный газ занимает одно из ведущих мест в энергетических балансах практически всех государств – участников СНГ. В большинстве государств (как энергоизбыточных, так и энергодефицитных) намечаются программы по снижению доли этого вида топлива в энергобалансе не только за счет энергосбережения, но и путем его вытеснения другими видами энергоресурсов. Это обусловлено ростом спроса на природный газ на внешних рынках (Европа и Азия) для стран – производителей газа и потребностью к обеспечению энергетической безопасности в связи с ростом цен при межгосударственной торговле энергоресурсами для стран - потребителей газа.

Однако ряд неразрешённых на данный момент проблем мешают плодотворному сотрудничеству государств в газовой отрасли. На мой взгляд, к ним относятся:

- устаревшая система газопроводов, о которой было сказано выше;
- нарастающая вероятность конкуренции в сфере экспорта газа на международные рынки, в частности, Казахстан, Туркмения и Азербайджан;
- отсутствие единой политики региона по ценообразованию в газовой сфере;
- неплатёжеспособность транзитных стран;
- отсутствие в рамках СНГ специального механизма контроля над использованием государствами - участниками модельных нормативных правовых актов или принуждения к их использованию.

Полагаю, что создание надгосударственного органа контроля в рамках СНГ по соблюдению принятых государствами совместных решений устранил проблему принятия необдуманных законов, внесёт порядок в нормативно-правовую структуру Содружества и сделает работу органов внутри организации более плодотворной и качественной. Необходимо, чтобы каждое государство несло ответственность за взятые на себя обязательства. Ввиду отсутствия столь значимого органа государствам приходится прибегать к экономическому или политическому шантажу.

Энергетическое сотрудничество России в рамках СНГ не всегда является экономически выгодным. Однако РФ стремится не только сотрудничать с членами СНГ, но и поддерживать их, поскольку риск энергетического хаоса в этих странах может иметь негативные политические и экономические последствия для безопасности России в виду тесной взаимозависимости экономик бывших союзных республик. В случае если Россия не будет оказывать эту поддержку, то помощь придёт из Европы или Америки. В частности, в геополитические цели США входит поддержание и развитие нефтегазовой промышленности в странах Центральной Азии

(сегодня это пять республик: Казахстан, Кыргызстан, Узбекистан, Туркменистан и Таджикистан) и в Азербайджане. США стремится способствовать их укреплению независимости от России и политическому сближению с Западом. Таким образом, «явное и скрытое субсидирование государств Содружества является платой России за сохранение своего политического влияния в регионе»<sup>21</sup>.

Не смотря на это, геополитика диктует развитие глобальных мировых процессов, в том числе и в энергетике. Сотрудничество РФ со странами СНГ в энергетике носит объективный естественноисторический характер, продиктованный реалиями нашего времени. Это синтез потребностей и субъективных интересов. А интерес РФ как экономический, так и политический, прежде всего, сводится к тесному сотрудничеству и максимальной интеграции со странами СНГ в энергетической сфере и особенно в сфере газовой промышленности.

---

<sup>1</sup> О.Б. Брагинский. Нефтегазовый комплекс мира. - М.: Изд-во «Нефть и газ» РГУ нефти и газа им. И.М. Губкина, 2006. - С. 151-152.

<sup>2</sup> Газовая отрасль России и основные тенденции ее развития. URL:[http:// www.globotek.ru](http://www.globotek.ru) (дата обращения: 05.05.2010).

<sup>3</sup> Интересные факты о России. URL:[http:// www.invest.gov.ru/ru/russia/facts](http://www.invest.gov.ru/ru/russia/facts) (дата обращения: 05.05.2010).

<sup>4</sup> Жизнин С. Энергетическая дипломатия России: экономика, политика, практика. – М.: ООО Ист Брук, 2005. - С. 130.

<sup>5</sup> Гриб Н. Газовый император. Россия и новый миропорядок - М.: ИД «Коммерсантъ», 2009. - С. 36.

<sup>6</sup> Тарлинский В. Трубопроводы - инструмент геополитики? - М.: «МИК», 2009. - С. 62.

<sup>7</sup> Закупки газа в Средней Азии./ Стратегия./Объёмы. URL: <http://www.gazprom.ru/production/central-asia/>

<sup>8</sup> Туркменистан: основные сведения. URL: [http:// www.turkmenexpo.ru](http://www.turkmenexpo.ru) (дата обращения: 01.07.2010).

<sup>9</sup> Нефтегазовая промышленность. URL: [http:// www.mioge.ru](http://www.mioge.ru) (дата обращения: 05.07.2010).

<sup>10</sup> 14-ая узбекистанская международная выставка и конференция «нефть и газ» 2010. URL: [http:// www.mioge.ru](http://www.mioge.ru) (дата обращения: 05.07.2010).

<sup>11</sup> Взаимный интерес. «Газпром» - 2010 - №1-2, - С. 38.

<sup>12</sup> Закупки газа в Средней Азии. URL: [http:// www.gazprom.ru/production/central-asia](http://www.gazprom.ru/production/central-asia) (дата обращения: 05.07.2010).

<sup>13</sup> «Коммерсантъ» / П (4120) - 2009 - №65 – С. 14.

<sup>14</sup> О.Б. Брагинский. Нефтегазовый комплекс мира. - М.: Изд-во «Нефть и газ» РГУ нефти и газа им. И.М. Губкина, 2006. - С. 215.

<sup>15</sup> Тарлинский В. Трубопроводы - инструмент геополитики? - М.: «МИК», 2009. - С. 71.

---

<sup>16</sup> Ершов Ю. Сквозняк из окна в Европу// Нефть России, 2005 - №3 - С. 68.

<sup>17</sup> Энергетическая стратегия России на период до 2030 года. (Электронный ресурс).URL: [http:// www.gazo.ru](http://www.gazo.ru) (дата обращения: 08.07.2010).

<sup>18</sup> Исполнительный комитет СНГ // 2009 год – Год сотрудничества в сфере энергетики. URL: <http://www.cis.minsk.by/main.aspx?uid=14626> (дата обращения: 10.07.2010).

<sup>19</sup> Совет Федерации: 10 лет активного влияния на формирование правовой базы Содружества Независимых Государств. Москва, 2004. - С. 32.

<sup>20</sup> Трофимов Ю. Таможенному союзу – зеленый коридор. Независимый обозреватель стран Содружества. 15.06.2010.

<sup>21</sup> Цит. по Ашенкамф Н.Н., Погарельская С.В. Геополитика: Учебник для вузов. - М.: Академический проект, 2010. - С. 225.

## **НОВЫЕ ПОДХОДЫ К СИСТЕМЕ ЕВРОПЕЙСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ (РОССИЯ - НАТО)**

***САВЕНКО О.Е.,***

***к.ю.н., доцент кафедры конституционного и международного права***

***Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,***

***460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,***

***тел.8(3532)72-22-77***

***ksysavenko@mail.ru***

***Ключевые слова:*** международная безопасность, национальная безопасность, глобализация, военная доктрина, принцип неприменения силы и угрозы силой, принцип уважения прав и свобод человека и гражданина, стратегическая концепция НАТО.

*Данная статья посвящена анализу соотношения универсальной системы безопасности и региональной системы безопасности на примере НАТО, особое внимание уделяется взаимоотношениям России и НАТО в*

*историческом аспекте. Анализируются перспективы формирования новой системы европейской безопасности.*

**Key words:** *international security, national security, globalization, military thinking, principle of non-use of force and threat of force, principle of respect of citizens' rights and freedoms, NATO strategic conception.*

*Given article is devoted the analysis of a parity of universal system of safety and regional system of safety on the NATO example, the special attention is given to mutual relations of Russia and the NATO in historical aspect. Prospects of formation of new system of the European safety are analyzed.*

Вопросы безопасности всегда были предметом повышенного внимания и заботы со стороны общества, государства, представителей власти. Это и понятно. Ведь именно достаточный уровень безопасности как состояние защищенности жизненно важных общественных и государственных интересов создает возможность для поступательного развития народов и государств, повышения жизненного уровня людей, исключения войн и острых социальных конфликтов. Так, один из участников формулирования официальных концепций международной безопасности, профессор М.Д. Проektor так формулирует эту категорию: "Видимо, международная безопасность – это такое состояние международных отношений, при котором создаются наиболее благоприятные условия для суверенного развития государств. Для обеспечения их полной политической независимости, ограждения национальных либо союзнических или же всеобщих интересов от агрессии и военно-политического нажима, для равноправных отношений с другими государствами".<sup>1</sup>

В зависимости от пространственного (территориального) критерия различают безопасность глобальную, региональную и национальную, иногда в литературе можно встретить термин государственная безопасность.

В настоящее время понятие национальной безопасности наряду с международной является достаточно устоявшимся. О международной безопасности упоминаем, учитывая её неразделимую связь с национальной. Не вдаваясь даже в обширный теоретический анализ, вполне становится возможным, например, отметить, что общее понятие «безопасность» все еще не находит одинакового понимания. Безопасностью принято считать состояние защищенности общества или сообщества от каких-либо угроз. Другие считают безопасностью отсутствие каких-либо угроз. Всё-таки, наверное, точнее будет говорить, что безопасность – это состояние защищенности объекта от каких-либо явных и возможных угроз.

В начале XXI века усилиями зарубежных политологов в научный оборот вводится понятие «общая безопасность», сущность которой состоит в праве на защиту национальных интересов за такими субъектами, как консолидированные группы людей, структуры местного самоуправления, неправительственные организации<sup>2</sup>.

Точнее, полагаем, что под общей безопасностью понимаем состояние как международной, так и национальной безопасности вместе взятых. В западной политической мысли «национальная безопасность» означала то, что у нас в стране всегда до конца XX века было принято называть «государственная безопасность».

В зависимости от пространственного (территориального) критерия различают безопасность глобальную, региональную и национальную, иногда в литературе можно встретить термин государственная безопасность, как упоминалось ранее.

С точки зрения содержания безопасности следует констатировать сложный, многоаспектный характер этого социально-политического явления.

Насколько многообразны отношения, в которых находятся между собой социальные группы людей, народы и государства, настолько же разнообразны и специфичны элементы безопасности, или ее виды. Различают политическую, социальную, общественную, экономическую, военную, экологическую, продовольственную, информационную и иные виды безопасности.

Следовательно, для полного, объективного анализа проблем безопасности необходимо провести системный, комплексный анализ, основанный не на политических пристрастиях, а на объективных научных оценках, способный дать адекватную картину состояния безопасности в современных условиях, а также выстраивать прогноз изменения этого состояния.

Хотелось бы обратить внимание на такую странность: в основных внешнеполитических документах нынешней России (концепции национальной безопасности, военной доктрине и концепции внешней политики Российской Федерации) отсутствует четко сформулированная категория международной безопасности. В то время как во внешнеполитических документах Советского Союза эта категория была не только четко определена, но и служила стержнем, вокруг которой разворачивалась внешняя политика СССР. Причем, поначалу концепция международной безопасности формулировалась в качестве региональных концепций коллективной безопасности в Европе или в Азии. Затем они трансформировались в концепцию всеобъемлющей международной безопасности, в деталях разработанной в период правления М. Горбачева. Последняя концепция состояла из множества компонентов, но главная её особенность заключалась в двух моментах. Во-первых, в ней подчеркивалось, что безопасность не может быть односторонней, т.е. отвечать интересам только одной страны или группы стран (коалиции), а может быть только всеобъемлющей, т.е. отвечать интересам каждой страны

мира. Во-вторых, все сферы безопасности, включая и военные, необходимо решать политическими средствами. Наконец, в-третьих, предлагалась грандиозная программа всемирного разоружения до 2000 г. В концентрированной форме концепция международной безопасности была сформулирована следующим образом: "Безопасность национальная и международная – фактор сохранения мира, основанный на взаимообусловленности национальной и международной безопасности. Обеспечение национальной безопасности отдельных государств и международной безопасности в целом составляет часть общей задачи современности – сохранения и упрочения всеобщего мира, предотвращения ядерной войны".

Эта формулировка четко фиксирует два момента: связь между международной и национальной безопасностью. Второй момент – главная задача национальной и международной безопасности – предотвратить ядерную войну.

Как оказалось, последняя задача была решена в результате поражения и даже исчезновения с политической карты мира именно той державы, которая активнее всего выступала за предотвращение ядерной войны. Другими словами, необходим был слом биполярной и утверждение однополярной системы, чтобы тема мировой ядерной войны ушла на задворки мировой политики.

И все же, помимо ядерного аспекта, в концепции международной безопасности советского периода присутствовали и другие компоненты.

Распад биполярной системы мира породил определенные иллюзии в области безопасности, крайним выражением которых была концепция Ф. Фукуямы о «конце истории».<sup>3</sup> Очень скоро выяснилось, что речь идет не о конце истории, а о начале многих новых и неприятных историй – кровавый распад Югославии; конфликты на территории бывшего СССР; Сомали, Руанда, Восточный Тимор и т.д. И, наконец, 11 сентября 2001 года



обозначило новый тотальный вызов, брошенный цивилизации международным терроризмом.<sup>4</sup>

Мировое сообщество оказалось неподготовленным ко всем этим новым вызовам ни институционально, ни концептуально. Об иллюзорности в новых условиях таких институтов безопасности, как ООН и СБ, говорят и пишут многие. Другим широко распространенным заблуждением является представление о существовании некоего корпуса норм международного права, которыми и должны руководствоваться все государства. В этом случае все проблемы мировой политики сводились бы к определению “легитимности” или “нелегитимности” тех или иных действий.

Перечислим несколько общепризнанных принципов международного права, зафиксированных в десятках деклараций, хартий, соглашений.

- Суверенитет государства и его территориальная целостность.
- Право наций на самоопределение.
- Права человека, сформулированные декларацией ООН и подтвержденные законодательством большинства стран, включая Россию.
- Право государств на самооборону.

Если взглянуть теперь на любую серьезную международную проблему, на любой из нескольких десятков тлеющих или пылающих локальных конфликтов, то мы увидим, в каком кричащем противоречии между собой находятся эти принципы.

Корпус современного права международной безопасности содержит достаточно механизмов для законного применения вооруженной силы в рамках ст. 40 Устава ООН. К таким законным случаям применения силы относятся: операции, санкционированные ООН на основании ст. 39-41 Устава ООН; право индивидуальной или коллективной самообороны на основании ст. 51 Устава ООН; операции региональных организаций, санкционированные Советом Безопасности ООН на основании ст. 53 Устава ООН. Международный Суд ООН в деле о ядерном оружии (1996) также

подтверждает, что самооборона против вооруженной атаки и операции, санкционированные Советом Безопасности на основе главы 7 Устава ООН, являются единственными исключениями в международном праве, разрешающими использовать вооруженную силу. Не представляется бесспорным и аргумент, согласно которому государства имеют «дополнительную» ответственность по поддержанию мира и безопасности, которая начинает действовать в случае неспособности Совета Безопасности ООН исполнять возложенные на него обязанности по ст. 24 Устава ООН и главы 7. Однако, как отмечает Датский институт международных отношений, подобная позиция не находит подкрепления в положениях Устава ООН. Когда Устав говорит о «главной ответственности за поддержание международного мира и безопасности», то подразумевается дополнительная ответственность других органов ООН (прежде всего, Генеральной Ассамблеи ООН), а не государств – участников ООН. Практика применения государствами вооруженной силы в прошлом несколько не способствует ее легитимации по международному праву. Эта практика не смогла выработать каких-либо общих подходов к изучаемому явлению, условия и пределы осуществления которого не ясны, что лишает его универсальности и нормативности.

Как уже было сказано выше, в современных официальных документах по внешней политике России уже нет формулировок международной безопасности. Между прочим, нет их и в официальных документах США. И не только в официальных.

В современных условиях создание эффективных механизмов обеспечения национальной и международной безопасности на протяжении длительного времени выступает важнейшей задачей как для каждого отдельного государства, так и для всего мирового сообщества. Начиная с периода после Второй Мировой войны, ставшим поворотным пунктом в осознании мировым сообществом необходимости предотвращения угрозы

развития глобальных конфликтов, функционирование международных институтов, призванных обеспечить стабильность, мирное развитие и систему эффективных мер по предотвращению угроз безопасности как военного, так и невоенного характера, становится важнейшей составляющей международных отношений. Несмотря на то, что роль и эффективность функционирования данных институтов – ООН, ОБСЕ, НАТО, ОДКБ в связи с трудностями, с которыми они сталкиваются в ходе своего развития, оценивается неоднозначно, очевидна необходимость их адаптации к изменяющимся условиям международной среды и дальнейшего налаживания механизмов противодействия новым угрозам международной безопасности.

НАТО, начиная с момента своего создания в апреле 1949 г. с целью «защиты свободы и безопасности его государств-членов политическими и военными средствами»<sup>5</sup>, до настоящего времени в целом показала себя эффективным военно-политическим союзом, способным как к внутренней трансформации своей идейной составляющей в изменяющихся исторических условиях, так и к налаживанию достаточно конструктивного диалога с государствами, не входящими в НАТО.

Однако отношения между НАТО и Россией, характер которых является определяющим в направлении развития международной ситуации в сфере безопасности, как в период после Второй Мировой войны, так и в настоящее время остаются неоднозначными. Если в период «холодной войны» конфронтация между НАТО и альтернативным военно-политическим союзом – Организацией Варшавского Договора, НАТО и СССР была своего рода естественной составляющей сформировавшейся после окончания Второй Мировой войны биполярной системы международных отношений, то в современных условиях развития глобализационных процессов отношения Россия-НАТО должны выйти на новый уровень. Наличие сохраняющегося проблемного поля во взаимоотношениях между Россией и НАТО, Россией и США как одного из важнейших государств-членов НАТО (в вопросах

расширения НАТО, размещения ПРО в Европе, взаимодействия НАТО и ООН и т.д.), отсутствие четкого понимания, что представляет собой изменяющаяся и развивающаяся НАТО для России и наоборот негативно отражается на работе совместных структур, таких как Совет Россия-НАТО, Совет евроатлантического партнерства, а это в свою очередь негативно сказывается на международной ситуации - «...подобно тому, как в Европе дела всегда идут хорошо, когда Россия, Германия и Франция выступают сообща, в мире все складывается удачно, когда Россия и США действуют сообща, подтягивая своих сателлитов. Это доказано практикой разоружения, урегулирования на Ближнем Востоке, борьбы с терроризмом и пиратством, сдерживания Ирана, противодействия распространения ОМУ на Корейский полуостров и т.д. Когда американцы и русские работают вразнобой, все тонут в тяжелых проблемах: довольно примеров Косова, Грузии, Ирака, Венесуэлы, Украины».<sup>6</sup>

Разработка новой стратегической концепции НАТО, олицетворяющей новый поворотный пункт в развитии НАТО предоставляет шанс для развития качественно нового уровня отношений между НАТО и государствами-партнерами, важнейшим из которых является Россия.

Группа экспертов, избранная для проведения анализа и рекомендаций по созданию Новой стратегической концепции НАТО, подчеркивает в своем финальном докладе, резюмирующем состоявшиеся ранее дискуссии и консультации по разработке Новой стратегической концепции НАТО, что ввиду возникновения и сохранения новых угроз международной безопасности - терроризма, неподконтрольного распространения ядерного оружия, пиратства, траффикинга, контрабанды наркотиков, угроз энергетической безопасности необходимо дальнейшее прояснение и углубление отношений с государствами-партнерами НАТО. Осознавая, что особенностью современного периода является тот факт, что новые угрозы, в том числе и не носящие чисто военного характера, могут исходить за

пределами границ альянса, однако непосредственно влиять на состояние безопасности его членов и всего мирового сообщества, НАТО видит необходимость в расширении сфер совместного взаимодействия со своими партнерами для противодействия общим для всего мирового сообщества угрозам. При этом основополагающая цель альянса остается прежней – поддержание безопасности, суверенитета, территориальной целостности его членов. Расширение географии деятельности НАТО по обеспечению безопасности государств-членов во избежание кризисных ситуаций незамедлительно повлечет за собой необходимость более тесно согласовывать свою политику безопасности как с международными организациями, среди функций которых является противодействие угрозам миру и стабильности (ООН, ОБСЕ), так и с отдельными государствами, военно-политическими союзами (в частности, ОДКБ), чьи интересы затрагиваются в той или иной конкретной ситуации при предотвращении угроз безопасности в той или ином регионе. Совместная работа по определению современных угроз, нахождение консенсуса в понимании характера угроз безопасности, их источников будут служить отправной точкой для успешного сотрудничества между НАТО и теми или иными заинтересованными сторонами.

Очевидно, что на сегодняшний день отношения Россия-НАТО являются ключевым фактором обеспечения международной безопасности. РФ является партнером НАТО, без учета позиций которого практически не осуществима эффективная реализация актуальных задач, которые ставит перед собой НАТО в готовящейся новой стратегической концепции. Исходя из этого факта, НАТО стремится к переходу к более конструктивному диалогу с Россией, основанному на общих интересах, взаимодоверии и предсказуемости, к более продуманной работе Совета России-НАТО, базирующейся на более прагматичном сотрудничестве по преодолению общих для России и НАТО угроз безопасности и преодолении пагубных

разногласий с обеих сторон. Однако среди членов альянса не достигнут консенсус по возможности дальнейшего конструктивного сотрудничества с Россией ввиду имевших ранее место разногласий, в то же время для России также требуются прояснения намерения НАТО в ходе его будущего развития – «...хочется надеяться, что в будущей стратегической концепции альянс сможет сформулировать более определенную позицию по отношению к России, чего мы искренне желаем партнерам по НАТО»<sup>7</sup>, - отметил Дмитрий Рогозин, Постоянный представитель РФ при НАТО в Брюсселе.

Процесс разработки новой стратегической концепции НАТО показал наличие проблемного поля в отношениях Россия-НАТО и необходимость прояснения позиций обеих сторон по отношению друг к другу. В то же время, очевидна и необходимость дальнейшего взаимодействия России и НАТО во избежание кризисных ситуаций в сфере обеспечения международной безопасности: подтверждением этому стало возобновление военного сотрудничества России и НАТО в декабре 2009 г. после того, как была прервана работа Совета России-НАТО в августе 2008 г. в связи с российско-грузинской войной.

Большинство экспертов в России и на Западе согласится с тем, что необходимо налаживать сотрудничество России и НАТО, взаимно приспособившись друг к другу и преодолевая разногласия. Для ограниченного сотрудничества России и НАТО есть все основания. У нас есть общая заинтересованность в борьбе с терроризмом и торговлей наркотиками, в нераспространении оружия массового уничтожения. Есть общий интерес в стабилизации ситуации в Палестине, Ираке, Афганистане и нейтрализации экстремистских организаций.

Что же затрудняет стратегическое партнерство?

Видимо, главная беда в том, что руководство НАТО недостаточно учитывает последствия своих шагов для России. Речь идет о политике включения в альянс бывших союзных республик, которая будет продолжена;

строительстве радаров в Прибалтике; планах по размещению элементов ПРО в Польше и Чехии; об отношении к России как к потенциальной военной угрозе Европе, странам Балтии и другим государствам постсоветского пространства. Россия внушает опасения из-за того, что остается единственной европейской державой, все еще способной с помощью военной силы изменить политическую ситуацию на континенте. В этом смысле Россия рассматривается как скрытая (*latent*) угроза безопасности. Данную точку зрения разделяют, например, эксперты Университета национальной обороны – ведущей организации в области стратегических исследований.

На фоне приближения военной инфраструктуры НАТО к границам России совершенно очевидно, что военный потенциал России значительно ниже. Отсюда НАТО не может восприниматься иначе как потенциальная угроза безопасности. По проведенным расчетам, боевой потенциал стран НАТО даже при дальнейшем сокращении обычных вооружений может в несколько раз превышать потенциал России. На практике же вооруженные силы НАТО продолжают наращивать свои военные возможности. Россия же выпала из создаваемой десятилетиями системы коллективной обороны восточноевропейских стран и в военном отношении оказалась, по существу, изолированной. Оборонные соглашения, заключенные между рядом стран СНГ, пока малоэффективны. В обеспечении своей безопасности Россия вынуждена рассчитывать только на свои силы.<sup>8</sup>

Что касается общих интересов России и НАТО по борьбе с терроризмом, здесь тоже есть проблема. Не получается выработать универсальную юрисдикцию в отношении террористов. Здесь наблюдается практика двойных стандартов со стороны США и Великобритании – ведущих государств в НАТО. Все это затрудняет партнерство в области безопасности. Отсюда возникает недоверие у части российских политиков и военных, а в обществе растут антиамериканские и антинатовские настроения. Но как вопрос о сотрудничестве ставится западными партнерами России? На

Западе о полноправном участии России в НАТО не идет речи. Максимум, что предлагается позволять России – это совещательный голос, но не участие в решениях. Наиболее весомый довод связан с тем, что Россия не может быть лояльным союзником Запада, а ее реальный интерес – это блокировать расширение НАТО. Причем это не зависит от официальной риторики Москвы. В случае вступления России в НАТО считается, что альянс будет сопровождаться значительной потерей его управляемости из-за ожидаемой политики балансирования со стороны России. С другой стороны, возможный плюс от присоединения к альянсу – это усиление контроля над ядерным арсеналом России после того, как соответствующее командование будет интегрировано в систему НАТО. В долгосрочном плане западными экспертами предлагается политика медленного, но неуклонного расширения НАТО на восток. Считается, что слишком быстрое продвижение способно спровоцировать Россию на антизападный альянс с Китаем, который в ближайшей перспективе стоит перед выбором: эволюция в сторону изоляционизма или сближение с Западом<sup>9</sup>.

Глобализация деятельности альянса, политика расширения НАТО остается проблемным полем взаимоотношений Россия-НАТО. Кризис в отношениях Россия-НАТО в августе 2008 г. продемонстрировал различное видение угроз безопасности между двумя сторонами, а также наличие несогласованных позиций в отношении к государствам–партнерам НАТО. Учитывая, что в настоящее время процесс вступления России в НАТО маловероятен и не рассматривается в предварительных итогах разработки новой стратегической концепции НАТО, активизация сотрудничества НАТО со своими партнерами на постсоветском пространстве, в частности в рамках индивидуальной программы двустороннего сотрудничества «Партнерство ради мира» вблизи границ России (Украина, Грузия, Азербайджан, Казахстан) естественным образом вызывает настороженность с российской стороны и может расцениваться как фактор сдерживания России,



рассматривания России в качестве потенциальной угрозы как для членов альянса, так и для стран-партнеров НАТО. В этой связи показателен кризис работы Совета Россия-НАТО в связи с российско-грузинской войной в августе 2008 г., когда действия России были восприняты как угроза безопасности государства-партнера НАТО, в то время как урегулирование подобных национально-территориальных конфликтов требует постоянного согласования позиций между конфликтными сторонами, посредниками и гарантами урегулирования конфликта мирным путем (ОБСЕ, ООН) и другими заинтересованными сторонами. Если предварительным условием для вступления в НАТО стран-кандидатов служит урегулирование имеющихся этнических, территориальных и пр. споров, то в рамках программы НАТО «Партнерство ради мира» НАТО взаимодействует в том числе и со странами, имеющими довольно длительные территориальные, политические, межэтнические споры друг с другом. На этом фоне возможность вмешательства НАТО в процесс урегулирования подобных споров (в частности, конфликтов вокруг Ю. Осетии, Абхазии, Нагорного Карабаха на постсоветском пространстве), а также возможное использование государствами-партнерами своего сотрудничества с НАТО с этой целью в одностороннем порядке без согласования своих действий с другими международными структурами и государствами, может лишь усилить напряженность в том или ином регионе в непосредственной близости от границ России. В этой связи Постоянный представитель РФ при НАТО, Дмитрий Рогозин отмечает, что «НАТО исчерпала лимиты своего естественного расширения. Все последние расширения альянса происходили за счет стран, которые не столько делали весомый вклад в военный и экономический потенциал, сколько приносили в НАТО политические проблемы, конфликты, русофобию....И сегодня мы видим, что внутри НАТО существует несколько политических фракций, антагонистичных по целому ряду вопросов»<sup>10</sup>. Дальнейшая скорейшая интеграция стран-партнеров НАТО

в альянс, в первую очередь Грузии и Украины, приближение НАТО к Каспийскому региону – в частности, содействие альянса в обеспечении безопасности на Каспийском море, формировании военно-морского флота на Каспии партнерам в регионе (Азербайджан, Казахстан, Туркменистан), проведении совместных военно-морских учений в условиях неразрешенного правового статуса Каспийского моря и сотрудничества части стран региона с Россией в рамках ОДКБ, а также возможное одностороннее вмешательство НАТО в разрешение иранской ядерной проблемы может вызвать лишь негативную реакцию государств региона (в первую очередь, России и Ирана), эскалацию напряженности и угрозу разворачивания вооруженных конфликтов в непосредственной близости от границ России.

Несомненно, данные проблемы должны будут учтены в дальнейшем развитии партнерских отношений между Россией и НАТО.

*Каким образом могут быть преодолены имеющиеся разногласия и озабоченности НАТО и России по отношению друг к другу при окончательной разработке и практическом применении Новой стратегической концепции НАТО?*

Следование принципу неделимости безопасности с обеих сторон, подчеркиваемому в частности в проекте Договора о Европейской безопасности, предложенным Президентом РФ Дмитрием Медведевым, может выступить одним из основных гарантов взаимоуважения интересов друг друга в особенности в тех вопросах, где они пересекаются (как, например, в вопросе расширения НАТО на Восток). Однако сам термин «неделимость безопасности», несмотря на частые заявления о важности соблюдения данного принципа с обеих сторон, требует своего дальнейшего прояснения. Как правило, под неделимостью безопасности подразумевается тот факт, что укрепление безопасности одной стороны не может происходить за счет других, в этом смысле для НАТО это должно означать не только неделимость безопасности внутри самого альянса, но и признание интересов

в сфере безопасности как государств-партнеров, так и других международных организаций и государств, не входящих в альянс, это в свою очередь подразумевает отсутствие расхождений по определению источников и характера угроз. Однако на практике как понимание характера угроз не может быть одинаковым во всех конкретных ситуациях, так и пересечение зон ответственности России и НАТО требуют большей координации своих действий – так, Россия сотрудничала с НАТО в рамках программы «Активные усилия» - антитеррористического патрулирования под руководством Североатлантического союза в Средиземном море, однако подобного рода сотрудничество в Каспийском море затруднительно в условиях, когда налажен пятисторонний механизм регулярных встреч прикаспийских государств (России, Казахстана, Туркменистана, Ирана, Азербайджана) для разрешения вопросов безопасности, экологии и пр. в Каспийском море и присутствие какой-либо внешней военной силы в условиях наличия спорных месторождений на Каспийском море не может быть приемлемым; сотрудничая с НАТО в Афганистане, Россия имеет несколько отличную от НАТО позицию в вопросе ядерной программы Ирана, равно как, «например, быстрое втягивание Украины в НАТО, без соответствующей позиции России по этому вопросу, может вызвать раскол украинского государства и выход Крыма из состава Украины»<sup>11</sup> и т.д.. В таких условиях необходимо проведение двусторонних консультаций по тому или иному чувствительному вопросу, а также недопущение исключения ООН, а также принципов, заложенных в Уставе ООН в качестве посредника и своеобразного регулятора отношений Россия-НАТО.<sup>12</sup>

Таким образом, процесс разработки Новой стратегической концепции необходимо использовать для совместных консультаций и выработки принципов дальнейшего успешного взаимодействия между Россией и НАТО.

---

<sup>1</sup> По материалам сайта [www.nasledie.ru](http://www.nasledie.ru)

---

<sup>2</sup> Rothschild E. Introduction // Common Security in Asia: New Concepts of Human security // Т. Matsumae, Z. C. Chen. Fokyo, 1995. P. 3

<sup>3</sup> Фукуюма Ф. Великий разрыв / Пер. с англ. под. общ. ред. А.В.Александровой. М., 2003. С. 22.

<sup>4</sup> Пионтковский А. Новые вызовы безопасности XXI века и перспективы создания «мирового правительства»// Вестник Европы, 2003, №9

<sup>5</sup> Справочник НАТО. Отдел общественной дипломатии НАТО. Брюссель, Бельгия, 2006 г., с. 15

<sup>6</sup> Ф. В. Шелов-Коведяев. К философии внешней политики России.// X Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества. Книга 3. Издательский дом ГУ-ВШЭ, Москва 2010 г., с. 409

<sup>7</sup> Совет мудрецов НАТО не определился в своем отношении к России, 19 мая 2010г. // <http://natomission.ru/society/article/society/artnews/73/>

<sup>8</sup> Кобышев А.С. Современная военная стратегия НАТО // Современный кризис системы международной безопасности: вызовы и ответы: сборник научных докладов / отв. ред. В. В. Грохотова, Б. Н. Ковалев, Е. А. Макарова; НовГУ имени Ярослава Мудрого. Великий Новгород, 2009, с. 148

<sup>9</sup> Russett B., Stam A. An expanded NATO vs. Russia and China // The use of force: international politics and foreign policy. The fifth edition / Ed. by R. Art, K. Waltz. New York, London: University Press of America, 1999. P. 309–310, 316–317.

<sup>10</sup> НАТО перед выбором ("Независимая газета", Москва).17 мая 2010// <http://natomission.ru/society/article/society/artpublication/105/>

<sup>11</sup> Колесниченко О. Ю. Трансформация врага, или против кого мы дружим. 23 апреля 2010 г.// [http://nvo.ng.ru/concepts/2010-04-23/1\\_transform.html](http://nvo.ng.ru/concepts/2010-04-23/1_transform.html)

<sup>12</sup> По материалам сайта [www.icisecurity.ru](http://www.icisecurity.ru)

# **ВОПРОСЫ ПЕДАГОГИКИ И ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА В НЕЯЗЫКОВОМ ВУЗЕ**

## **О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ОРГАНИЗАЦИИ САМОСТОЯТЕЛЬНОЙ РАБОТЫ СТУДЕНТОВ В НЕЯЗЫКОВОМ ВУЗЕ**

*МОИСЕЕВА Л.В.,*

*к.п.н., доцент кафедры иностранных языков*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** самостоятельная работа, неязыковой вуз, обучение иностранным языкам, мультимедийные технологии, самоконтроль, педагогика сотрудничества.*

*В статье идет речь об организации и руководстве самостоятельной работой студентов по иностранному языку, контроле самостоятельной работы и оценке ее результатов, использовании дифференцированного подхода в процессе вовлечения студентов в самостоятельную деятельность, необходимости внедрения средств информационных*

*технологий, современных мультимедийных программ для организации самостоятельной работы студентов по иностранному языку в условиях неязыкового вуза.*

**Key words:** *self-instruction, self-monitoring, methods of teaching foreign languages, non-linguistic college, cooperation, multimedia techniques.*

*The article deals with such aspects of foreign language teaching at a non-linguistic college as regulation and guidance of students' activities based on their self-instruction and self-monitoring with the use of up-to-date multimedia applications.*

В условиях перехода на новые образовательные стандарты возросла роль гуманитарного аспекта образования. С этих позиций трудно переоценить значение дисциплины «Иностранный язык» для студентов неязыковых факультетов в качестве фактора гуманитаризации. Задачи дисциплины не просто сообщить те или иные страноведческие сведения, научить работать с литературой по специальности на иностранном языке, но и стимулировать самостоятельную работу в этом направлении.

Определение самостоятельной учебной работы в широком смысле может быть представлено в виде следующих аспектов:

- «самостоятельность», то есть независимость от преподавателя. Студент получает определенный учебный материал, с которым может работать по своему усмотрению;
- самостоятельное обучение, но при наличии консультаций и корректирующего руководства со стороны преподавателя;
- самостоятельное обучение в том смысле, что студент становится активным сотворцом самого процесса обучения.

Понятие «самостоятельная работа» довольно многогранно, поэтому вполне естественно, что оно не получило единого толкования в педагогической литературе.

Понятие «самостоятельная работа» трактуется как самостоятельный поиск необходимой информации, приобретение знаний, использование этих знаний для решения учебных, научных и профессиональных задач; как деятельность, складывающаяся из многих элементов: творческого восприятия и осмысления учебного материала в ходе лекции, подготовки к занятиям, экзаменам, зачетам, выполнения курсовых и дипломных работ; как разнообразные виды индивидуальной, групповой познавательной деятельности студентов на занятиях или во внеаудиторное время без непосредственного руководства, но под наблюдением преподавателя. Организация самостоятельной работы рассматривается как система мер по воспитанию активности и самостоятельности как черт личности, по выработке умений и навыков рационально приобрести полезную информацию. Самостоятельная работа понимается также как система организации педагогических условий, обеспечивающих управление учебной деятельностью, протекающей в отсутствие преподавателя. Иногда самостоятельная работа отождествляется с самообразованием (И.С.Евсеева).

Как видно из приведенных выше определений и толкований, самостоятельная работа рассматривается, с одной стороны, как вид деятельности, стимулирующий активность, самостоятельность, познавательный интерес, и как основа самообразования, толчок к дальнейшему повышению квалификации, а с другой - как система мероприятий или педагогических условий, обеспечивающих руководство самостоятельной деятельностью студентов.

В зарубежной педагогической литературе для обозначения самостоятельной работы используется ряд терминов, подчеркивающих различные аспекты самостоятельной работы. В Германии используется

выражение «косвенное (опосредованное) обучение», что подразумевает работу, проводимую под косвенным руководством учителя. Во французской и английской литературе встречается термин «индивидуальная работа». В США введен термин «независимое обучение», при котором обучаемым рекомендуют программы обучения, но оставляют относительную свободу выбора материалов и способов усвоения.

Из приведённых выше определений становится ясно, как сложно правильно организовать самостоятельную работу, отвечающую необходимым требованиям, особенно при усвоении иностранного языка. Существует мнение, что на единицу аудиторного времени при изучении иностранного языка следует тратить две единицы времени самостоятельной работы. Это объясняется тем, что иностранный язык как учебный предмет в большей мере предполагает развитие практических навыков и умений в различных видах речевой деятельности на иностранном языке, чем овладение знаниями, как это имеет место, например, при изучении истории. Однако чтобы затраченное на самостоятельную работу время не было потрачено впустую, она должна быть организована так, чтобы давать наибольший эффект, то есть методически правильно. Каждый преподаватель иностранного языка, организующий самостоятельную деятельность студентов должен знать ответы на следующие вопросы.

- Что представляет собой самостоятельный процесс изучения иностранного языка?
- Из каких приемов и стратегий слагаются методы учения в процессе формирования?
- Как определить трудности усвоения учебного материала и возможные ошибки? Какие упражнения существуют для развития навыков и умений иноязычной речевой деятельности? Каковы эффективные технологии их выполнения?



В основе овладения человеком языком лежит врожденная языковая способность, имеющая универсальный характер и не зависящая от языков и их количества. Эта способность развивается под влиянием социальной среды и с возрастом ее эффективность убывает. Однако спад эффективности языковой способности компенсируется развитием интеллекта у человека, способностью сознательного, безошибочного выполнения учебных действий, что ведет к значительному повышению эффективности учебы в отличие от естественного овладения языком, представляющего собой метод проб и ошибок.

Многие дидакты указывают на то, и практика это подтверждает, что самостоятельность в обучении эффективна только тогда, когда учащийся этого желает, и когда ему это позволяют социальные, психологические и прочие обстоятельства (Г.А.Калмыкова). При таких условиях возникает вопрос мотивированности. Определяя мотивацию, Х. Дуглас-Браун, специалист в области обучения иностранному языку, остроумно замечает, что «это самый широкоупотребляемый всеми термин, объясняющий и успех, и провал в выполнении любой задачи». Мотивация рассматривается им как «внутреннее побуждение или стимул, который может быть по внутренней оценке глобальным, ситуативным или нацеленным на решение какой-либо задачи». Среди факторов, которыми должен обладать учащийся, ориентированный на самостоятельную работу многие авторы называют интеллект, сообразительность, умение установить приоритеты, настойчивость.<sup>1</sup>

Организация самостоятельной работы студентов требует соблюдения определенных условий:

- Осознанная ориентация учащегося в совместном процессе учитель- ученик;
- Ощущение ответственности за процесс обучения;

- Знание учащимися способов обучения и, следовательно, их распознавание и оптимизация через постоянное продумывание;
- Анализ эффективности применения тех или иных способов обучения.

Соблюдение первого условия означает, что учащиеся должны знать план, лежащий в основе урока, только это может гарантировать заинтересованность в процессе обучения.

Второе условие связано с процессом переноса учебной ответственности на обучаемого. Перенос ответственности в идеальном варианте достигается тогда, когда учащиеся формируют свои личные цели, увязывая их с «официальными».

Выполнение третьего и четвертого условий имеет непосредственное отношение к личности учащегося. Только тот, кто знает свои учебные способности, в состоянии эффективно организовать свое обучение. Исходя из своей реальной подготовки, учащиеся отбирают только те, которые им по силам, а затем сами определяют порядок и способы выполнения.

П.И. Пидкасистый выделяет следующие виды самостоятельной работы:

- по образцу;
- реконструктивная;
- вариативная;
- творческая.

Необходимо отметить, что на всех этапах обучения могут присутствовать как отдельные виды самостоятельной работы, так и их сочетание.

Работа по образцу нацелена на автоматизацию алгоритма репродуцирования по отдельным видам речевой деятельности.

Реконструктивная деятельность основывается на таких мыслительных операциях, как сравнение, установление тождества или причинно-следственных связей.

Вариативный этап самостоятельной работы является переходным от воспроизводящей к творческой деятельности. На уровне текста это может быть адекватное речевое поведение в видоизмененной ситуации.

Самый высокий уровень самостоятельности и активности обучаемых проявляется в ходе выполнения творческих работ: подготовка доклада, написание реферата, монологическое высказывание. Это чисто эвристические работы, которые позволяют студентам отойти от готовых шаблонов и образцов и использовать гибкий поисковый подход.

Самостоятельная работа студентов должна быть конкретной по своей предметной направленности и сопровождаться эффективным контролем и оценкой ее результатов.

Для эффективности СРС необходимо выполнить ряд условий.

- Обеспечение правильного сочетания объемной аудиторной и самостоятельной работы.
- Методически правильная организация работы студента в аудитории и вне ее.
- Обеспечение студента необходимыми методическими материалами с целью превращения процесса самостоятельной работы в процесс творческий.
- Контроль над организацией и ходом самостоятельной работы и мер, поощряющих студента за ее качественное выполнение. Это условие в той или иной форме с необходимостью должно присутствовать в первых трех, чтобы контроль стал не столько административным, сколько именно полноправным дидактическим условием, положительно влияющим на эффективность СРС в целом.

Первое условие состоит в необходимости оптимального структурирования учебного плана не только в смысле последовательности изучения отдельных курсов, но и разумного соотношения аудиторной и самостоятельной работы.

Большую роль здесь играет правильное определение трудоемкости различных видов самостоятельных работ. Составлению такого плана должно предшествовать серьезное изучение бюджета времени студента, оснащенности методической литературой.

Второе условие – это методически рациональная организация работы. Важно постепенно изменять отношения между студентом и преподавателем. Если на первых курсах преподавателю принадлежит активная созидательная позиция, а студент чаще всего ведомый, то по мере продвижения к старшим курсам эта последовательность должна изменяться в сторону побуждения студента работать самостоятельно, активно стремиться к самообразованию. Задания по самостоятельной работе должны учить мыслить, анализировать, учитывать условия, ставить задачи, решать возникающие проблемы, то есть процесс самостоятельной работы постепенно должен превращаться в творческий. В этом могут помочь новые информационные технологии. Как показывает опыт, студент с большим интересом решает поставленные задачи, когда использует современные пакеты или сам программирует решение той или иной задачи. В ходе решения он глубже познает сущность предмета, изучает литературу, ищет оптимальные способы решения. Это стимулирование интересом. За таким шагом должно следовать стимулирование студента в форме интереса сокурсников и преподавателей к проделанной работе (консультации преподавателя, информация о «рейтинге студента» по выполняемым заданиям и т.п.).

Третье условие – это обеспечение студента соответствующей учебно-методической литературой. Сложившаяся ситуация в высшей школе не позволяет обеспечить студента необходимой литературой, изданной в

центральных издательствах. Учитывая наши экономические условия и возможности полиграфической базы, следует рекомендовать переход на электронные издания лекционных материалов преподавателей. Кроме того, имеется мощный информационный источник – Internet.

Особо следует выделить возможности дистанционного обучения (ДО) с использованием информационных компьютерных технологий (ИКТ), в частности, компьютерных образовательных сред (КОС), специально построенных и организованных для размещения учебных материалов с учетом педагогических и дидактических требований.

Дистанционное обучение может быть использовано во всех формах обучения (очная, заочная, экстернат, обучение с использованием средств телекоммуникации, почтовой переписки и др.). Именно ДО призвано сократить аудиторную нагрузку и увеличить долю самостоятельной работы студента. Для эффективности СРС необходимо разрабатывать и приобретать электронные учебники и обучающие программы.

По существу – это компьютеризация образовательного процесса, которая в условиях многоуровневой структуры образования является активизирующим фактором СРС, когда студент вырабатывает умение самостоятельно выбирать источники информации, приобщается к этике международного общения с навыками экономии времени, овладевает искусством объективной и целевой оценки собственного потенциала, своих деловых и личностных качеств.

Внедрение средств информационных технологий (ИТ) позволит решить такие актуальные для методики обучения ИЯ проблемы как: проблему контроля, индивидуализации и комфортности обучения ИЯ, нелинейной подачи информации, учета разных типов восприятия при обучении ИЯ, отсутствия языковой среды. Использование средств ИТ позволяет обеспечить изучение ИЯ в индивидуальном темпе, повысить самостоятельность и ответственность студента.

Современный период развития цивилизованного общества характеризуется процессом информатизации. Это глобальный социальный процесс, при котором сбор, накопление, обработка, хранение, передача и использование информации осуществляется на основе современных средств коммуникации. Внедрение средств современных информационных технологий в систему образования дает возможность совершенствовать механизмы управления системой образования на основе использования коммуникационных сетей, совершенствовать методы, формы и содержание в соответствии с задачами развития личности обучаемого в современных условиях информатизации общества. Это помогает формировать умения самостоятельно приобретать знания и вести исследовательскую деятельность, использовать компьютерные системы для диагностики, тестирования и контроля знаний.

В настоящее время обучение иностранному языку в высшей школе претерпевает большие изменения. Более интенсивно стали внедряться в учебный процесс новые информационные технологии, такие как Интернет, аудио— и видеоконфлекссы, мультимедийные обучающие компьютерные программы.

Мультимедийные технологии являются совокупностью различных способов обучения: текстов, графических изображений, музыки, видео и мультимедийности в интерактивном режиме. Новая учебная среда создает дополнительные возможности для развития креативности студентов, стимулирует их любознательность, прививает интерес к научной деятельности.

Современные мультимедийные программы представляют собой эффективное средство оптимизации условий умственного труда. Формы работы с компьютерными обучающими программами на занятиях по иностранному языку включают изучение лексики, отработку произношения, обучение монологической и диалогической речи, обучение письму, обучение

грамматике. На занятиях по иностранному языку можно решить целый ряд дидактических задач, используя материалы Интернета, пополнять словарный запас студентов и формировать навыки и умения чтения; совершенствовать умения письменной речи; создавать устойчивую мотивацию для изучения иностранного языка. Для студентов мультимедийные технологии являются способом, при помощи которого они расширяют свои представления об окружающем мире. Использование мультимедийных технологий обеспечивает более полную и точную информацию об изучаемых явлениях и объектах. Это повышает качество обучения, позволяет удовлетворять и развивать познавательные интересы студентов, повышает наглядность обучения, позволяя использовать тяжело доступный материал или тот, который нельзя использовать без компьютера. Работа студентов становится более интенсивной, что позволяет повысить темп изучения учебного материала и увеличить объем самостоятельной работы на занятиях и после них.

Как показывает практика, мультимедийные программы наилучшим образом соответствуют структуре учебного процесса. Они максимально приближают процесс обучения иностранному языку к реальным условиям, наиболее полно удовлетворяют дидактическим требованиям. В этих программах используются методические приемы, позволяющие производить ознакомление, тренировку и контроль.

Эффективное использование мультимедийных технологий в учебно-воспитательном процессе возможно лишь при условии, что соответствующие технологии гармонично и обоснованно интегрируются в данный процесс и обеспечивают новые возможности как преподавателю, так и студентам.

Для эффективного использования мультимедийных технологий необходимо создать такие условия, чтобы обеспечить формирование социальной и познавательной активности как основных личностных характеристик обучаемого. Программы должны носить диалоговый характер

для развития самостоятельности студентов. В целях последующей самореализации студентов необходимо развитие их способностей и гармоничной индивидуальности личности.<sup>2</sup>

Каковы критерии эффективности использования технических средств обучения на занятиях по иностранному языку? Во-первых, они должны повышать производительность труда. Во-вторых, осуществлять обратную связь и контроль всех действий студентов. В-третьих, повышать интерес к изучению языка.

Следует отметить, что использование мультимедийных технологий не может обеспечить существенного педагогического эффекта без учителя, поскольку эти технологии — только способы обучения, эффективность которых зависит от умения преподавателя использовать их для достижения определенных педагогических целей на основе глубокого изучения всех возможностей. Не удивительно, что не все преподаватели оказались готовы к широкому внедрению компьютеров в обучение иностранным языкам. Необходимо, чтобы каждый преподаватель понял простую мысль: компьютер в учебном процессе — не механический педагог, не заместитель или аналог преподавателя, а средство, усиливающее и расширяющее возможности его обучающей деятельности.

Одним из вариантов внедрения новых технологий может стать создание и использование электронных учебников, позволяющих постоянно обновлять исходную информацию в виде меняющихся примеров и статистических данных, изменять параметры моделей, что способствует лучшему уяснению их особенностей. Использование электронного учебника позволит усилить взаимосвязи учебных дисциплин, а также взаимосвязь научно-исследовательской и учебно-методической работы. Решение многих проблем изучения иностранных языков на неязыковых специальностях в вузе достаточно сложно обеспечить без средств ИТ. Главным и определяющим преимуществом ИТ перед всеми другими средствами обучения является



возможность создания интерактивной учебной языковой среды, приближающейся по аутентичности и интенсивности языкового общения к реальной коммуникации, чего нельзя было достичь всеми ранее использовавшимися средствами обучения. Вторым по важности моментом в пользу применения средств ИТ при изучении этой дисциплины в высшей школе можно считать конструктивно обусловленный индивидуализированный характер обучения, что особенно важно при наличии контингента студентов с самыми разными начальными уровнями владения языком, разной степенью мотивации и степенью сформированности учебных умений и навыков, различными психофизиологическими особенностями.

Потенциал применения средств ИТ в обучении иностранным языкам только начинает осознаваться в отечественной педагогической среде. Количество публикаций в российской научной прессе по этой теме невелико (работы Е.И.Дмитриевой, Т.В. Карамышевой, О.П. Крюковой), а комплексного освещения проблемы пока не существует. Имеющийся богатый зарубежный опыт требует переосмысления и адаптации к современным реалиям российской высшей школы. Воспитание творческой личности — задача всей системы образования, поскольку в процессе познавательной творческой деятельности студент осознает свою значимость, реализует себя как личность. Для формирования креативности как личностного качества необходимо создать специально организованную среду, которая обеспечит многостороннее системное влияние. Необходимо дать возможность студентам работать по индивидуальному плану. Для этого логично вводить элементы дистанционного обучения, базирующиеся на использовании мультимедийных технологий.

Современность предъявляет все более высокие требования к обучению практическому владению иностранным языком в повседневном общении и профессиональной сфере. Объемы информации растут, и часто

рутинные способы ее передачи, хранения и обработки являются неэффективными. Использование информационных технологий раскрывает огромные возможности компьютера как средства обучения. Мультимедийные обучающие программы имеют огромные преимущества перед традиционными методами обучения. Они позволяют тренировать различные виды речевой деятельности и сочетать их в различных комбинациях; помогают создать коммуникативные ситуации, автоматизировать языковые и речевые действия; способствуют реализации индивидуального подхода и интенсификации самостоятельной работы студента.

Несомненно, наилучшей возможностью для организации самостоятельной работы студента по иностранному языку является работа с мультимедийным оборудованием. Современные компьютерные программы дают возможность максимально эффективно овладеть иностранным языком, представляя собой полный учебно-методический комплекс. Создаётся иллюзия пребывания в языковой среде, происходит формирование слухо-произносительной стороны речи, усваивается лексико-грамматический материал. Положительную роль оказывают просмотры аутентичных фильмов.

Опыт применения средств ИТ при обучении иностранным языкам в неязыковом вузе показал, что эффективность этого процесса может быть достигнута за счет научно-обоснованной организации обучения, отражающей современные концепции обучения иностранным языкам и учитывающей специфику этапов деятельности преподавателя по организации самостоятельной работы студентов.

Большое значение в компьютерном обучении иностранным языкам играет мотивация. Накопленный практический опыт преподавателей, работающих по технологии компьютерного обучения, позволяет сделать вывод: при отсутствии мотивационных установок первоначальный интерес к

смене типа дидактического материала резко снижается после 15-20 минут чтения электронного текста или 1-2-кратного обращения к тренировочному упражнению в зависимости от их сложности или информационной значимости. Поэтому для достижения наилучших результатов и наиболее эффективного использования учебного материала целесообразно перед каждым компьютерным занятием ставить перед студентами конкретные задачи по усвоению определенной части темы. Индивидуальный подход в обучении с помощью компьютерных средств реализуется студентом в произвольном выборе последовательности выполнения заданий в рамках указанной преподавателем темы и возможности многократного доступа к упражнениям и текстам, исходя из индивидуального темпа усвоения учебного материала. Компьютерное обучение несет в себе огромный мотивационный материал для студентов. Быстродействие, большие технические и информационные ресурсы ПК делают процесс обучения более гибким, расширяют интеллектуальную компетенцию студента. Мультимедийные курсы позволяют изучать иностранный язык в интерактивном режиме, а генеративные программы открытого типа делают компьютерные тематические базы данных универсальными, адаптируемыми для любого уровня владения иностранным языком, что, несомненно, усиливает их значимость для процесса обучения иностранным языкам.<sup>3</sup>

Как и любая форма учебно-воспитательного процесса, самостоятельная работа призвана выполнять несколько функций: образовательную, развивающую, воспитательную.

С помощью самостоятельной работы преподаватель может решить следующие задачи:

- научить учащихся самостоятельно добывать знания из различных источников;
- способствовать формированию навыков и умений, необходимых будущим специалистам;

- повысить ответственность студентов за свою профессиональную подготовку;
- формирование личностных и профессионально – деловых качеств;
- формировать у студентов профессиональное мышление на основе самостоятельной работы над выполнением индивидуальных творческих заданий по курсам и учебным дисциплинам.

Изучение ИЯ в рамках самостоятельной работы под контролем преподавателя является обязательным условием для приобретения студентами коммуникативной компетенции на начальном этапе обучения в вузе, так как студент еще не обладает готовностью к самостоятельному и осознанному изучению языка и освоению иноязычной культуры. Результаты большинства исследований показывают, что только с помощью преподавателя студент (вне языковой среды) может приобрести компетенцию в области изучения языка, которая включает в себя технологический компонент — стратегии и приемы работы над языком.

Образовательный и развивающий эффект от самостоятельной работы студента можно получить только тогда, когда она организуется и реализуется в учебно-воспитательном процессе в качестве целостной системы, пронизывающей все этапы обучения студентов в вузе.

Эффективность самостоятельной работы студента обеспечивается выполнением следующих условий:

- грамотное сочетание объемов аудиторной и самостоятельной работы;
- методически обоснованная организация аудиторной и внеаудиторной работы студента;
- обеспечение студента необходимыми методическими материалами с целью превращения процесса самостоятельной работы в процесс творческий;

- осуществление мониторинга результатов самостоятельной работы.

Проблемы организации и проведения СРС в аспекте деятельности преподавателя на сегодняшний день остаются малоизученными. Для их анализа целесообразно уточнить этапы деятельности преподавателя в рамках организации СРС, а именно: входное тестирование, распределение по подгруппам, отбор содержания, формирование модулей, формирование индивидуальных маршрутов, консультирование, текущий контроль, итоговый контроль.

Самостоятельная работа студента, несмотря на то, что она предложена преподавателем, основывается на самоорганизации, развитие которой может управляться посредством памяток, инструкций, наводящих вопросов и опор.

Памятка содержит советы по организации самостоятельной работы, рациональные приемы овладения иностранным языком, учебные технологии. Они рассчитаны на способность сознательно управлять своей волей и эмоциями, на воспитание этой способности.

Наводящие вопросы точно концентрируют внимание на важной стороне познаваемого явления. Они способствуют нахождению ответа, активизируют поиск.

Опоры очень широко используются в учебном процессе по иностранному языку и представляют собой опосредованную подсказку для различных органов чувств (зрительные, слуховые, моторные, ассоциативные и их сочетания). В зависимости от того, что они подсказывают, различаются формальные, содержательные, смысловые опоры.

Эти средства опосредованного управления самостоятельной работой формируют развитие умения самоконтроля - способности к критической оценке своих знаний и действий. Самоконтроль является высшим показателем владения иностранным языком, залогом его дальнейшего

совершенствования. Способность самоконтроля развивается в следующей последовательности: от внешней осознаваемой формы самоконтроля к внутренней, автоматизированной. При внешнем самоконтроле происходит сличение эталона, заложенного в память с источником информации, в результате чего при выявлении расхождений, отклонений от эталона предпринимается самокоррекция. По мере овладения языком внешний самоконтроль переходит во внутренний. В этом случае все внимание концентрируется на содержательной стороне речи, а употребление языкового материала контролируется автоматически. Способность самоконтроля является само по себе показателем сформированности языковой компетенции.

При выборе средств управления студенческой самостоятельной работой целесообразным видится разработка индивидуальных комплектов для организации самостоятельной работы. В зависимости от вида самостоятельной деятельности, индивидуальный комплект представляет собой полный инструктаж студента относительно его самостоятельной деятельности и содержит комплекс необходимых памяток, инструкций, наводящих вопросов, опор и иную, необходимую, по мнению преподавателя информацию.

Весьма интересной, на наш взгляд, является также кейс-методика при овладении специальными знаниями на иностранном языке.

Занятия по анализу конкретной ситуации ориентированы на использование и практическое применение знаний, полученных в период теоретической подготовки, а также умений, опирающихся на предыдущий опыт практической деятельности студентов. Метод конкретных ситуаций способствует реализации межпредметных связей на уроке иностранного языка, а так же интеграции фоновых знаний студентов. Можно выделить следующие цели и области применения метода анализа конкретной ситуации:

- закрепление знаний, полученных на предыдущих занятиях (после теоретического курса);
- отработка навыков практического использования концептуальных схем и ознакомление учащихся со схемами анализа практических ситуаций (в ходе семинарских занятий, в процессе основного курса подготовки);
- отработка навыков группового анализа проблем и принятия решений;
- экспертиза знаний, полученных учащимися в ходе теоретического курса (в конце программы обучения).

Конкретная ситуация (или кейс) - это письменно представленное описание определенных условий из жизни организации, группы людей или отдельных индивидов, ориентирующее студентов на формулирование проблемы и поиск вариантов ее решения.

По типу получаемого результата кейсы делятся на проблемные и проектные. В проблемных ситуациях результатом является определение и формулирование основной проблемы, иногда формирование проблемного поля и всегда - оценка сложности решения. Для проектных кейсов в качестве результата выступает программа действий по преодолению проблем, сложившихся в ситуации. Метод кейсов является более серьезной, расширенной, усложнённой альтернативой проектной методике.

В организации работы современной высшей школы все еще доминирует авторитарный подход к обучению, который не способствует в должной мере формированию способов умственной деятельности и умению использовать предыдущие знания и опыт для усвоения нового учебного материала. Существующие традиционные подходы к обучению недостаточно развивают навыки самостоятельной познавательной деятельности. Другим недостатком застоявшейся системы образования является тот факт, что одной из основных целей определяется подготовка необходимого обществу

квалифицированного участника производственного процесса. Все остальные потенциальные способности личности, в том числе и творческие, практически остаются невостребованными.

В одном из положений, разработанных В.В.Сериковым, концепции личностно ориентированного образования подчеркивается, что подобно тому, как человек в образовательном процессе овладевает опытом применения знаний, способами решения познавательных задач, он должен овладеть и опытом «быть личностью», то есть опытом выполнения специфических личностных функций. Наряду с избирательностью, рефлексией и другими функциями автор выделяет и такую функцию, как автономность. По мнению В.В.Зайцева, свобода и автономность – важнейшее условие нормального личностного развития человека, становления любой личностной структуры. Для осуществления личностной функции автономности необходимо сформировать автономию учащегося в учебном процессе.

В области обучения иностранным языкам проблема развития автономии учащегося не является новой и находится в процессе обсуждений педагогами с начала 1970-гг. Л.Ф. Шашина отмечает, что преподаватели воспринимают это понятие как пугающе нереалистичную, недостижимую цель обучения в условиях их собственного учебного контекста. Однако в условиях модернизации образования в нашей стране важно попытаться дать широкое и реалистичное определение данного термина, которое могло бы максимально вобрать в себя и отобразить растущее осознание многогранности понятия «автономия учащегося». В связи с изучением иностранных языков были даны разные определения автономии. Наиболее цитируемым определением, возможно, является определение Г. Холека: автономия – это способность самостоятельно руководить собственным учением. Руководить собственным учением означает нести полную ответственность за решения по всем аспектам процесса учения: постановка



задач; определение содержания и последовательности учения; отбор методов и техники учения; мониторинг процесса усвоения; оценивание того, что усвоено.<sup>4</sup>

Автономия – это термин, описывающий потенциальную способность действовать в сложившейся ситуации, в нашем случае – в процессе учения. Этот потенциал различных поведенческих решений в процессе учения предполагает в ученике высокий уровень метакогнитивного знания, то есть знания об учении, о том, как учиться.

В более поздний период опубликовано определение Берга: автономия учащегося характеризуется его готовностью взять руководство собственным процессом учения в соответствии со своими потребностями и целями. Это предполагает способность и желание ученика действовать самостоятельно и в сотрудничестве с другими, как социально ответственная личность.

По мнению Д. Литла, автономия учащегося предполагает положительное отношение к процессу учения, его целям и содержанию. Формирование позитивного отношения является принципиально важным для достижения успеха в развитии автономии ученика и выступает важнейшей долгосрочной целью программы обучения иностранному языку в целом.

По мнению Ф.Бенсона, автономия – признание прав учащихся в образовательных системах.

В своей статье «Глобализация – процесс развития фундаментальных идей Европейского образования через сферу обучения языку» доктор филологических наук, академик О.П.Крюкова отмечает, что «автономия учащегося означает его субъектную, инициативную и определяющую роль. Понятие «автономия учащегося» родилось в сфере обучения языку. Сама идея возникла, прежде всего, из понимания громадной сложности проблемы овладения языком и зависимости ее решения от изменения психологии учащегося и формирования самостоятельной личности как основной предпосылки». Профессор О.П.Крюкова считает, «что перенос европейской

трактовки «автономия ученика» был бы продуктивен для нашей системы обучения языку, поскольку обеспечил бы перенос ответственности за результат на ученика, что помогло бы сделать ученика более активным и результативным».

Самостоятельная деятельность студентов – задача, которую решает преподавательский коллектив. Задача сложная, интересная, не новая, но с новыми проблемами:

- воспитание культуры самостоятельной деятельности студентов;
- развитие профессиональной деятельности преподавателя.

Здесь важно уяснить, что самостоятельная деятельность студентов опосредована профессионализмом преподавателей. Поэтому, говоря о высоком профессионализме выпускников, необходимо одновременно решать задачи по научно-профессиональному самосовершенствованию преподавателей:

- постоянно обновлять терминологический словарь изучаемых дисциплин, осмысливать и осваивать терминологический аппарат и профессиональный язык общения со студентами;
- накапливать и обобщать индивидуальный опыт по руководству самостоятельной деятельностью студентов; вести методическую работу и методический обмен с коллегами;
- заниматься научно-педагогическим самообразованием (читать научную литературу, монографии, диссертации);
- использовать педагогику сотрудничества со студентами, вдумчиво и бережно относиться к их потребностям и созданию условий для их самостоятельной деятельности.

Успешная организация самостоятельной работы при обучении иностранному языку – это, прежде всего, успешная деятельность преподавателя. А она обеспечивается не только его квалификацией, но находится в прямой зависимости от постоянного научного и педагогического

совершенствования, умения пользоваться современной методической информацией, перерабатывать ее, переделывать для использования в творческой деятельности.

Одной из основных задач, сформулированных в рамках концепции модернизации российского образования, является повышение роли самостоятельной работы студентов и усиление ответственности преподавателей за развитие навыков самостоятельной работы, за стимулирование профессионального роста студентов, воспитание их творческой активности и инициативы.

Активная интеграция российской экономики в мировую способствует формированию спроса на специалистов со знанием иностранных языков в нашей стране. Профессиональный уровень владения иностранными языками становится макроэкономическим фактором. Этот процесс означает укрепление отношений с другими европейскими странами и позволяет совместно создавать условия для развития как общества в целом, так и отдельной личности.

---

<sup>1</sup> Основы гуманитаризации образования: Ученые записки ООИУУ. – Оренбург: Изд-во ООИУУ, 1997.С.161-162.

<sup>2</sup> Мирошниченко Н.А. Использование мультимедийных технологий в обучении иностранным языкам// Материалы международной конференции «Инновации и подготовка научных кадров высшей квалификации в Республике Беларусь и за рубежом»/ Под ред. И.В.Войтова. – Минск: ГУ «БелИСА», 2008.

<sup>3</sup> Лопатина Ю.Д. Особенности применения ПК при обучении иностранным языкам. Современные теории и методы обучения иностранным языкам // Материалы второй международной научно-практической конференции «Языки мира и мир языков». - М: Издательство «Экзамен», 2006.

<sup>4</sup> Современные теории и методы обучения иностранным языкам. – М.: Издательство «Экзамен», 2006. С.338,339.

# К ВОПРОСУ ОБУЧЕНИЯ ИНОСТРАННОМУ ЯЗЫКУ НА ЗАОЧНОМ ОТДЕЛЕНИИ ВУЗА

**ПОПОВ Е.Б.,**

*д.п.н., профессор кафедры иностранных языков*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

*460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,*

*тел. 8 (3532)72-22-77,*

*post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** заочное обучение иностранному языку, иноязычная речевая деятельность, студент заочного отделения, самоорганизация и мотивация учебной деятельности, обратная связь и самоконтроль, проблема "академического мошенничества".*

*В статье рассматриваются вопросы обучения иностранному языку на заочном отделении ОИ МГЮА, среди которых – общие требования к организации процесса обучения иностранному языку в институте, сопоставление условий обучения на заочном и дневном отделениях, особенности заочного обучения иностранному языку и основные направления работы преподавателей кафедры иностранных языков ОИ МГЮА со студентами-заочниками (на примере английского языка).*

***Key words:** foreign language teaching at extramural department, foreign language activities, extramural department student, self-organization and motivation of academic activity, feed-back and self check, problem of academic plagiarism.*

*The article deals with such questions of foreign language teaching at department in Orenburg Institute of MSLA as general requirements to the foreign language educative process in the institute, comparison of learning conditions at extramural and day-time departments, characteristics of foreign language tuition at extramural department and basic trends in teaching extramural department students (by the example of the English language teaching).*

Обучение иностранному языку в Оренбургском институте (филиале) МГЮА преследует две взаимодополняющие цели: тактическую и стратегическую.

Первая цель учебного курса - обучить студентов активному владению иностранным языком, позволяющему им адекватно намерению и ситуации общения: владеть методами работы с оригинальной литературой по специальности; выражать свои мысли на иностранном языке адекватно намерению и коммуникативной ситуации и понимать мысли, выраженные или выражаемые на данном языке; успешно конструировать сообщения, развивающие один-два профессиональных тезиса; уметь вести беседу-диалог общего характера и профессионального содержания; составлять аннотации текстов по специальности на иностранном языке.

Степень овладения иностранным языком в ходе обучения в институте обуславливается и ограничивается, во-первых, двумя областями языковой коммуникации - повседневной и профессиональной, во-вторых, селективным отбором образовательных текстов, в-третьих, неполным соответствиям нормам речи "носителя языка"; в речи выпускника могут содержаться ошибки, которые не искажают речь, не мешают ее пониманию.

Вторая цель курса - интегрировать знания, полученные на занятиях по иностранному языку, в общий процесс овладения профессией юриста и

научить студентов самостоятельно использовать иностранный язык в профессиональной деятельности после окончания института.

Основными методическими принципами обучения иностранному языку в институте являются:

- принцип сознательности, который предусматривает опору на систему правил грамматики, фонетики и морфологии, предваряющих формирование навыка и в совокупности своей дающих студентам представление о системе изучаемого языка;

- принцип опоры на родной язык при ознакомления обучаемых с новым языковым материалом и формировании у них ориентировочной основы действий;

- принцип наглядности, который предусматривает различные виды и формы наглядности: языковую наглядность (отбор аутентичных текстов, речевых образцов, демонстрирующих функциональные особенности изучаемого языкового материала в определенной культурной среде носителей языка); слуховую наглядность (общение на иностранном языке на практических занятиях, использование аудиозаписей изучаемых текстов);

- принцип доступности, что обеспечивается не только за счет соответствующей разработки учебного материала разных уровней сложности, но и за счет интерактивного режима работы;

- принцип положительного эмоционального фона, формирующий устойчивую мотивацию учения студентов, что достигается, с одной стороны, специфической организацией самого курса, а с другой, - системой доброжелательных и доверительных отношений, устанавливаемых в процессе обучения между преподавателем и обучаемыми.

В институте обучение иностранному языку осуществляется по трём основным формам: дневное, очно-заочное (вечернее) и заочное. Каждая из этих форм предполагает своеобразие средств достижения единых целей учебного курса исходя из своеобразия условий обучений на том или ином

отделении, а так же от контингента студентов, поступающих на данное отделение.

Сопоставительная характеристика условий обучения на заочном и дневном отделениях института.

Таблица.

дневное отделение	заочное отделение
<p>Обучение осуществляется с отрывом от производства так как предполагает ежедневные аудиторные занятия в условиях непосредственного взаимодействия студентов с преподавателями и между собой.</p>	<p>Учебный процесс ориентирован на самостоятельную работу студента-заочника. Поддержка и контроль со стороны учебного заведения осуществляется как традиционным способом (в виде консультаций и семинаров, однако плановый объем непосредственных контактов студентов и преподавателей очень незначителен), так и с использованием технических средств и новейших информационных технологий.</p>
<p>Курс обучения иностранному языку рассчитан на 340 часов аудиторных практических занятий на 1-3 курсах.</p>	<p>Курс обучения иностранному языку рассчитан на 40 аудиторных часов и 300 часов самостоятельной работы студентов на 1-2 курсах.</p>
<p>Обеспечивается оптимальный объем "обучающе-воспитывающих" взаимодействий студентов и преподавателей, позволяющий освоить максимальный объем учебного материала.</p>	<p>Объем изучаемого материала в сравнении с очной формой обучения неизбежно редуцирован.</p>
<p>В соответствии с учебным планом проводятся четыре часа групповых практических занятий еженедельно. Используются фронтальные, групповые, парные и индивидуальные формы обучения и контроля. Право на</p>	<p>Доминирует сессионная форма организации обучения. Основными видами учебной деятельности являются: обзорные и установочные занятия (два часа в семестр), восемь часов практических занятий в семестр в составе группы (в период сессии). Предоставляется возможность</p>

<p>свободное посещение лишь в исключительных случаях.</p> <p>Предоставляется возможность индивидуально посещать еженедельные консультации преподавателя. Итоговый контроль в виде зачета или экзамена.</p>	<p>индивидуально посещать еженедельные консультации преподавателя. Итоговый контроль в виде зачета.</p>
<p>В учебную группу (10-12 студентов) входят 18-19 летние выпускники школ. Группа существует в своём составе все три года изучения иностранного языка.</p>	<p>Учебную группу (20-25 человек) составляют люди разных возрастов, находящиеся в разных жизненных ситуациях. Существует два организационных основания для деления на группы – «городская группа» (для студентов, проживающих в Оренбурге) и "иногогородняя группа" (в которую входят студенты, проживающие в различных населенных пунктах кроме Оренбурга). Группа существует формально и групповые методы обучения практически не задействованы.</p>
<p>Учебный материал предварительно прорабатывается, затем закрепляется, и уровень его усвоения проверяется на семинарских занятиях. Происходит активное и системное овладение всеми видами иноязычной речевой деятельности (аудирование, говорение, чтение и письмо).</p>	<p>Новый учебный материал схематично вводится на установочном занятии в начале семестра, затем предполагается самостоятельная работа студента по изучению языковых явлений с опорой на прочтение образовательных текстов на русском и иностранном языках, а во время сессии проверяется и оценивается уровень усвоения этого материала. Акцент на изучение грамматики иностранного языка и совершенствование навыков чтения и перевода иноязычных текстов по специальности.</p>

Среди условий, называемых студентами в качестве причин выбора ими именно заочной формы получения высшего образования, чаще всего указываются следующие:



- решение совмещать работу по профессии с получением высшего юридического образования (чаще всего это происходит в том случае, если у слушателя уже есть среднее специальное образование);

- отдаленное место жительства: лица, проживающие вне Оренбурга, в котором находится филиал МГЮА, и не имеющие возможности длительное время арендовать жильё в городе, как правило, склоняются к заочной форме обучения;

- пол обучающихся: учитывая тот факт, что отсрочка от службы в армии распространяется лишь на юношей, обучающихся на дневной форме обучения, заочное отделение менее популярно среди юношей призывного возраста, не прошедших службу в армии;

- экономическое благосостояние семьи: стоимость обучения на заочном отделении в два раза ниже, чем на дневном отделении, а расходы на обеспечение жизнедеятельности студента-заочника во время обучения (жильё, питание и общественный транспорт) также менее обременительны для бюджета семьи;

- уровень способностей и качество полученного общего образования: статистика показывает, что проходной балл на бюджетные места при поступлении на заочное отделение существенно ниже проходного балла на дневном отделении;

- перевод с дневной формы обучения: подобная ситуация может быть связана с изменением семейного положения студента или же вызвана его академической неуспеваемостью по каким-либо дисциплинам в процессе очного обучения.

Специфика заочного образования проявляется и в тех основных проблемах, которые приходится решать преподавателям в процессе обучения иностранному языку на заочном отделении. К ним, прежде всего, следует отнести: проблему самоорганизации учебной деятельности студентов и мотивации этой деятельности, проблему обратной связи студентов и

преподавателей, проблему "академического мошенничества" студентов при выполнении письменных заданий по изучаемому предмету. Более подробно рассмотрим содержание этих проблем и охарактеризуем способы их решения, задействованные преподавателями кафедры иностранных языков ОИ МГЮА (на примере английского языка).

Первой рассмотрим проблему мотивации учебной деятельности студентов заочного отделения в ходе изучения иностранного языка. Мотивация есть динамический процесс физиологического и психологического плана, управляющий поведением человека, определяющий его направленность, организованность, активность и устойчивость. В самом широком понимании мотивация - это внутреннее побуждение к деятельности, когда человек ставит себе вопрос "для чего я это делаю?", "зачем мне это нужно?".

Для повышения мотивации студентов-заочников в изучении иностранного языка преподавателями кафедры:

- культивируется атмосфера доброжелательного отношения преподавателей к студентам; признаётся безусловное право студента на ошибку; в изучении иностранного языка считается контрпродуктивным требовать от обучаемых читать, переводить, разговаривать и писать без ошибок; в такой ситуации человек не позволяет себе использовать в жизни то, чем он уже владеет, но не на "достаточно высоком уровне";

- изучается и оптимально учитывается специфика процесса "обучения взрослых" с целью расширить возможности выполнения индивидуальной линии и графика обучения студентами-заочниками; использования различных стилей и методов обучения;

- на первом курсе изначально определяется уровень лингвистической подготовки обучаемых: элементарный, средний, продвинутый; в зависимости от уровня лингвистической подготовки студентов закрепляется соотношение различных заданий по усвоению

иностранного языка в зависимости от вида деятельности: чтения, говорения, аудирования или письма;

- на разных этапах обучения используются задания с элементами проблемного обучения;

- актуализируется практическая значимость изучения иностранного языка в юридическом институте за счет: а) использования адаптированных материалов для извлечения профессионально значимой новой информации на иностранном языке, усвоения профессиональной терминологии и бытовой лексики; б) чтения и перевода оригинальной юридической документации (выдержки из лекций по праву, выдержки из учебных пособий и монографий по праву, тексты законов, тексты договоров, судебные иски, обвинительные заключения, решения суда);

- используются задания, выполнение которых предполагает, что студент записывает свою речь, слушает себя со стороны и самостоятельно "шлифует" свое произношение; тем самым убирается стеснение и различные опасения по поводу своего произношения, человек как бы разрешает сам себе говорить на иностранном языке, преодолевая «языковой барьер»;

- по возможности используются Интернет-технологии, аутентичные видео- и аудиоматериалы; активно применяется звуковое сопровождение к учебному курсу.

Теперь перейдём к следующей актуальной педагогической задаче заочного обучения - проблеме самоорганизации учебной деятельности и самоконтроля студентов. Под самоорганизацией здесь понимается, прежде всего, умение студента без систематического контроля, помощи и стимуляции со стороны преподавателя самостоятельно работать на занятиях, дома и в библиотеке, умение организовать отдельные формы работы по овладению иностранным языком и всю учебную деятельность в целом. Развитие самостоятельности есть не что иное, как переход от системы внешнего управления к самоуправлению. Всякое управление требует

сведений, информации об объекте управления. При самоуправлении это должна быть информация субъекта о самом себе.

Для решения проблемы самоорганизации учебной деятельности студентов заочного отделения преподавателями кафедры иностранных языков ОИ МГЮА проводится следующая работа:

- обеспечивается предварительное детальное планирование и опосредованное через текст инструктирование учебной деятельности студента-заочника; создана "сетка" последовательных этапов учебной деятельности, понятных студенту заочного отделения, с примерами выполнения заданий и алгоритмом прохождения каждого из этапов;

- делается акцент на детальную проработку образовательных текстов и заданий к ним с таким расчетом, чтобы студент смог работать с этими материалами и поэтапно осваивать курс, лишь периодически обращаясь за консультациями к преподавателю;

- задействуются методики, позволяющие перестроить учащихся с практики школьного обучения с ежедневным контролем на практику заочного обучения с опорой на самостоятельную деятельность: а) осваивается методика самостоятельного поиска нужной информации по предмету и приёмы рационального чтения; б) предлагаемые студентам задания ориентированы на формирование умения активного слушания, на развитие способности студентов к концентрации внимания на решение учебной задачи и способности аккумулировать и креативно использовать приобретаемый опыт учебной деятельности, на совершенствование навыков прохождения тестов, на формирование ответственного чувства выполнять задания в указанный временной период;

- студентам-заочникам предоставляются необходимые учебно-методические материалы, позволяющие успешно пройти как промежуточный, так и итоговый контроль по изучаемой дисциплине;

- достигается высокая обеспеченность компьютерной и множительной техникой, доступной для преподавателей и студентов;
- происходит частичная передача функций контроля усвоения материала на самого студента-заочника за счёт таких приёмов как: а) запись собственного голоса на магнитофон, диктофон или компьютер, что позволяет не только одноразово оценивать качество произношения английской речи, но и сравнивать записи время от времени; б) прослушивание студентом аудиозаписей (разговорной речи по телефону, выступлений по радио, аудиокниг или CD на английском) с последующим анализом понимания прослушанного в соответствии с предлагаемым ключом/алгоритмом.

Следующей в нашей статье рассматривается педагогическая проблема своевременной обратной связи. Обратной связью называется взаимодействие студента с преподавателем (внешняя обратная связь) или самооценка учебной деятельности самим студентом (внутренняя обратная связь), то есть связь, посредством которой учащийся получает информацию о ходе процесса и результатах научения. Четкое функционирование обратной связи в заданном временном режиме является неременным условием эффективного управления процессом обучения и научения. Обратная связь выполняет диагностическую, оценочную, мотивационно-стимулирующую и корректировочную функции. Получаемая информация одновременно является базой для оценки преподавателем учебной деятельности студента и его самооценки своей иноязычной речевой деятельности, которые несут мощный эмоциональный мотивационный заряд и оказывают стимулирующее воздействие.

Система обратной связи со студентами-заочниками выстраивается и поддерживается в работе кафедры благодаря следующим действиям преподавателей:

- проводятся еженедельные консультации (в соответствии с графиком, который утверждается на весь учебный год);

- в учебных пособиях по иностранному языку, на стендах и на сайте института указан электронный адрес кафедры, по которому можно обратиться к преподавателю с любым вопросом относительно учебного курса;

- при проведении контроля проводится не только оценка качества представленной студентом работы, но и указываются случаи ошибок, предоставляется их анализ, и даются конкретные рекомендации для совершенствования студентом своих знаний и умений;

- разрабатываются и апробируются автоматизированные средства обратной связи (компьютерный контроль);

- используется вариативная система промежуточного и итогового контроля и оценки уровня усвоения студентами учебной программы: а) предварительное собеседование с преподавателем по содержанию поурочных тематических текстов (знание лексического минимума, чтение и перевод текста, выполнение упражнений к тексту (для студентов со слабой языковой подготовкой рекомендуется готовить краткое изложение текста в 5-7 предложениях в письменном виде); б) предварительное собеседование с преподавателем по грамматическим явлениям, изучаемым в семестре, а также по результатам выполненных письменно грамматических упражнений; в) выполнение лексико-грамматического теста, что позволяет не только оценить успешность студента, но и выявить основные затруднения, возникающие в ходе освоения языкового материала; г) устный ответ на зачете по билету, что предполагает чтение и перевод текста, ответы на вопросы по содержанию текста, определение грамматики тех явлений, которые выделены в тексте;

- существует доступная система досрочной сдачи материала в межсессионный период.

Задачи самоконтроля, контроля учебной деятельности и обратной связи напрямую связаны с решением проблемы “академического

мошенничества” при выполнении студентами-заочниками письменных и тестовых заданий по предмету. К нарушениям, которые и определяются как “академическое мошенничество”, относятся следующие виды нечестного поведения:

- списывание письменных работ: использование любых не разрешенных преподавателем письменных (печатных или рукописных) источников (в том числе, с использованием электронных средств) при прохождении аудиторного рубежного контроля знаний;

- двойная сдача письменных работ: представление одного и того же текста в качестве разных письменных работ для прохождения рубежного контроля знаний;

- плагиат в письменных работах: использование в письменной работе чужого текста, опубликованного в бумажном или электронном виде, без полной ссылки на источник или со ссылками, но когда объем и характер заимствований ставят под сомнение самостоятельность выполненной работы или одного из ее основных разделов; при этом плагиат может быть двух видов: а) дословное изложение чужого текста, б) парафраза – изложение чужого текста с заменой слов и выражений без изменения содержания заимствованного текста;

- подлоги при выполнении письменных работ: сдача письменной работы, выполненной другим лицом, в качестве собственной работы в целях прохождения рубежного контроля знаний или сознательное предоставление собственной работы другому лицу в целях прохождения им рубежного контроля знаний.

“Академическое мошенничество” в курсе изучения иностранного языка на заочном отделении, как правило, сводится к следующим формам:

- использование работы, выполненной совсем другим студентом (без согласия последнего, или же по сговору с ним) как своей собственной;

- использование работы как своей собственной, хотя она была приобретена на договорной основе или же выполнена "на заказ" в разнообразных "мастерских" по написанию по доступной цене контрольных, курсовых и дипломных работ;

- копирование с Интернет и "склеивание" текстовых фрагментов из уже выполненных заданий, выставленных в общем доступе;

- списывание с бумажного источника уже выполненных другими студентами заданий с выборочной заменой отдельных слов на синонимичные слова (или умышленное внесение некоторых неточностей с выполненное задание для "придания большей правдоподобности") и предоставление работы как выполненной самостоятельно;

- использование "шпаргалок" во время выполнения контрольной работы или прохождения зачета;

- использование студентами различных обозначений и сигналов для подсказки во время написания контрольной работы или зачета; например: троекратное постукивание по парте означает ответ "С" в тесте с набором фиксированных ответов;

- подсматривание в работу другого студента во время написания контрольной работы или зачета.

При этом следует учитывать, что условия заочного обучения (в силу удаленности студента от преподавателя и ограниченности их реального взаимодействия в ходе учебного курса) более благоприятны для различных форм "академического мошенничества", а значит если студент-заочник оценивает ситуацию с "академическим мошенничеством" как явно выигрышную, а риск наказания считает незначительным, то существует большая вероятность, что он воспользуется той или иной формой подобного мошенничества.



Деятельность, направленную на борьбу с нечестным поведением студентов, в самом общем виде можно разделить на три основных направления:

1) популяризация добросовестного отношения к учению (с акцентом на усвоение студентами навыков самообразования и умений самостоятельного получения и генерирования знаний), создание атмосферы нетерпимости к случаям проявления "академического мошенничества";

2) профилактические меры: обоснованное соотношение степени сложности и объема учебного материала с отводимым на его усвоение временем; создание нескольких вариантов типовых заданий и периодическое обновление тестовых материалов; использование справедливой и понятной студентам системы оценивания успешности освоения учебного материала; предоставление образцов и эталонов учебных и тестовых заданий; расширение полномочий студентов по сокращению и искоренению предпосылок для списывания и плагиата;

3) обеспечение контроля по выявлению и наказанию тех, кто прибегает к "академическому мошенничеству"; создание системы обоснованных и адекватных санкций за списывание и плагиат; публичное информирование о фактах мошенничества и санкциях, примененных к тем, кто пойман на мошенничестве.

Противодействовать "академическому мошенничеству" студентов позволяет и знание того, что определенные субъективные характеристики студентов влияют на частоту нечестного поведения, среди них:

- мотивация студента (студенты, отмечающие увлекательность курса, склонны списывать меньше);
- понимание студентом содержания курса (студенты, у которых не возникает трудностей с содержанием курса, в целом списывают реже);
- восприятие недостатка времени на подготовку учебного материала, который оценивается как чрезмерно объемный (студенты-

заочники зачастую вынуждены совмещать обучение с работой, что объективно сокращает время, выделяемое на изучение учебных дисциплин курса);

- субъективное восприятие вероятности быть пойманным (студенты, которые отмечали пристальное наблюдение за ними при проведении контрольных работ по конкретному материалу, реже подготавливали шпаргалки на эти контрольные);

- восприятие строгости наказания (если студент считает, что списывание часто остается безнаказанным, то частота подготовки шпаргалок растет; противоположная динамика наблюдается тогда, когда общеизвестными становятся реальные случаи, где факт нечестного поведения студента приводил к снижению оценки за выполненную работу (или за курс обучения), к полному аннулированию результатов этой работы, или даже к исключению из учебного заведения);

- оценка количества "мошенников" и частоты "мошенничества" (частота списывания повышается у тех студентов, которые отмечают распространенность нечестного поведения среди студентов вуза в целом, среди однокурсников и одногруппников).

Не нужно забывать и того факта, что если компьютерные технологии расширили возможности для "академического мошенничества" студентов, то эти же технологии могут использоваться и преподавателями в выявлении плагиата в тексте работ, сдаваемых на проверку в ходе учебного курса или по его окончании.

Работа по профилактике "академического мошенничества" и выявлению фактов нечестного поведения студентов является составной частью профессиональной деятельности преподавателей кафедры иностранных языков ОИ МГЮА наряду с решением таких актуальных проблем заочного образования, как повышение мотивации учебной деятельности студентов, содействие их самоорганизации, создание

адекватных форм своевременной обратной связи студентов и преподавателей.

1. Доловова Н. Н. Уровни обученности студентов иностранному языку/ Технологии обучения иностранным языкам в неязыковых вузах – Сборник научных статей. - Ульяновск: УлГТУ, 2005. – с. 52-53
2. Попов Е.Б. Тестирование в системе обучения иностранному языку./ Труды преподавателей Оренбургского института МГЮА. - Оренбург: ОИ МГЮА, 2010
3. Сивак Е.В. Преступление в аудитории. Детерминанты нечестного поведения студентов (плагиата и списывания): Научные доклады лаборатории институционального анализа.- М.: ГУ ВШЭ, 2006.
4. Учебно-методический комплекс дисциплины «Иностранный язык»: Общая часть. – Оренбург: ОИ МГЮА, 2010.
5. Хусаинова Е.Н. Методика обучения и организация самообучения английскому языку на заочном отделении неязыковых вузов/ Вестник Ставропольского государственного университета, №54, 2008.- с.43-51
6. Demiray, U., Sharma, R.C. Ethical Practices and Implications in Distance Learning.- NY: Information Science Reference, 2009.
7. Race, Ph. 500 Tips for Open and Online Learning.- NY: RoutledgeFalmer, 2007.

## **ОШИБКИ ПЕРЕВОДА В ПРАВОВОЙ СФЕРЕ И СПОСОБЫ ИХ ПРЕОДОЛЕНИЯ**

***ХАЛЮШЕВА Г.Р.,***

***к.п.н., доцент кафедры иностранных языков***

***Оренбургский институт (филиал) МГЮА имени О.Е. Кутафина***

***460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50, тел. 8 (3532) 72-22-22,***

***post@oimsla.edu.ru***

***Ключевые слова:* проблемы перевода, ошибки перевода, идиомы, диалекты, техническая терминология, правовая терминология, язык жестов, билингвизм, сбалансированный билингвизм, сфера использования языка, культура, культурные различия.**

*В статье рассматриваются проблемы перевода в правовой сфере. Автор пишет о невозможности точной и правильной передачи мысли при переводе без понимания природы языка и роли культуры в общении. В связи с этим акцентируется внимание на важности подведения студентов правовых специальностей к осознанию всей сложности языка, процесса его изучения, культурных различий, нашедших отражение в различных языках, а также роли переводчика и умений, необходимых для качественного перевода и построения уважительных взаимоотношений в работе с клиентами.*

***Key words:** problems of translation and interpretation; interpretation error; idiomatic expressions; dialects; technical language; legal language; sign languages; bilingualism; balanced bilingualism; domain of language; culture; cultural differences.*

*The article is devoted to the problems of translation and interpretation in the legal sphere. The author shows why an understanding of the nature of a language and the role of culture in communication is necessary for an accurate conveyance of meaning. The article highlights the importance of teaching law students about why they need to acquire an understanding of the complexity of language, the process of language acquisition, the cultural differences expressed through languages, as well as the role of the interpreter and skills necessary to interpret successfully in order to communicate respectfully and accurately with a client.*

Сегодня Россия является крупным мировым центром, принимающим трудовые ресурсы из стран СНГ и дальнего зарубежья. Одновременно страна привлекательна для миграционного транзита и активно используется мигрантами азиатских и африканских стран.

Специалисты ФМС России считают, что наряду с легальными иммигрантами в страну ежегодно иммигрирует большое количество незаконных иммигрантов. По мнению МВД России, на одного легально работающего иностранца приходится 10 незаконно работающих иммигрантов. Наряду с Китаем наиболее крупными экспортерами иммигрантов для России являются Азербайджан, Украина, Узбекистан, Казахстан, Таджикистан, Турция, Молдова и Вьетнам.

Массовое явление незаконной миграции способствует росту правонарушений среди иммигрантов. Не имея четкого правового статуса, доступа к полноценному медицинскому обслуживанию, стремясь избежать контактов с правоохранительными органами, незаконные мигранты оказываются в положении маргиналов и становятся на путь совершения преступлений или жертвами насилия и вымогательства. По информации МВД России, иностранными гражданами и лицами без гражданства совершается около 3% всех преступлений в Российской Федерации.

Таким образом, правовые отношения входят в число тех сфер нашей жизни, в которых приходится прибегать к переводу с одного языка на другой. Излишне говорить о том, что именно в данной области человеческой деятельности переводческие погрешности и ошибки могут иметь наиболее серьезные последствия. В этой связи интересно проанализировать опыт других стран.

В статье, посвященной седьмой ежегодной Чикагской конференции по проблемам перевода, Чикаго Трибьюн цитирует слова Вики Фьюнз-Торрес (Vicky Funes-Torres), судебного репортера, по мнению которой, переводческие ошибки влияют на исход очень многих судебных слушаний. Она описывает случай, когда человек подписал признание в убийстве после того, как раздел о его правах в правилах по делу Миранды – «If you do not have an attorney, we will furnish one for you» («Если у Вас нет адвоката, мы Вам его предоставим») - был неверно переведен как «если у Вас нет

адвоката, мы предложим Вам мебель» (в данном случае ошибка перевода вытекает из многозначности глагола “to furnish” в английском языке, в различных контекстах могущего иметь как значение «предоставлять», так и «меблировать»).

В своей статье о трудностях перевода Линда Фридман Рамирез и Лесли Кэй (Linda Friedman Ramirez and Leslie Kay), юристы, специализирующиеся на работе с испаноговорящими клиентами, утверждают, что переводческие погрешности неизбежны. Они возникают в результате: 1) дословного перевода – когда переводчик сосредоточен не на самой идее, а скорее на ее словарном оформлении; 2) плохого знания языка, мешающего понять тонкие нюансы значения, его контекстуальные вариации, различия стилей речи, которые могут звучать в зале суда; 3) грамматических ошибок; 4) ошибок, вызванных погрешностями памяти; 5) неспособности переводчика восстановить значение междометий, прерванных или неполных предложений, характерных для живой речи и 6) опущения деталей, попыток обобщить высказывания свидетелей.

При обучении будущих юристов переводу в сфере профессиональной коммуникации особое внимание следует уделять изучению способов перевода тех языковых явлений, которые представляют наибольшую трудность при устном или письменном переводе с английского языка – идиоматических выражений, различных диалектов, региональных различий в языке и технических терминов.

Чтобы ярче проиллюстрировать проблемы, возникающие при переводе, прибегнем к следующему примеру: поговорим о смене названий художественных фильмов в зарубежном прокате. Американский фильм «How to Make An American Quilt» шел в России под названием «Лоскутное одеяло»; «Английский пациент» (the English Patient) демонстрировался в Гонконге под названием «Не спрашивай меня, кто я»; «The Professional» известен нам под названием «Леон», а «As Good As It Gets» - как «Лучше не

получится». В частности, вариантов названия последнего в российском прокате было несколько, как раз из-за невозможности подобрать в русском языке абсолютный, при этом столь же емкий и компактный аналог этого идиоматического выражения из американского английского языка.

По словам профессионалов сферы кинобизнеса, существует множество причин для смены названия фильма – от продиктованных соображениями более точной передачи смысла до тех, что обусловлены исключительно интересами рынка. Иногда название фильма содержит в себе ссылку на «что-то, что неизвестно жителям других стран», или же какую-либо идиому, которую попросту невозможно перевести на другой язык.

Итак, «as good as it gets» - это идиоматическое выражение. Идиоматическими выражениями принято называть фразы, о значении которых трудно догадаться, рассматривая значения отдельных слов, из которых они состоят. Американский английский, как и многие другие языки, изобилует идиомами - "The job only took two hours; it was a piece of cake («a piece of cake» - «пара пустяков, плевое дело»).... It was just a plain vanilla sort of house («обычный, неприметный»).... The police were there in a flash" («in a flash » - «в мгновение ока»). Очень важно довести до студентов, что идиоматические выражения нужно переводить, но не дословно. Возможно, в особых ситуациях, когда точность перевода особенно важна, следует стараться избегать употребления сложных для перевода идиоматических выражений.

Следующим серьезным препятствием при переводе иноязычной речи могут стать диалектизмы.

В Большой Советской Энциклопедии диалектизмы определяются как характерные для территориальных диалектов языковые особенности, вкрапливаемые в литературную речь. Диалектизмы выделяются в потоке литературной речи как отступления от нормы.

Различаются диалектизмы фонетические: например, цоканье, т. е. произношение «доцка», «ноць»; яканье: «пятух», «ряка», «сястра»; «х» вместо «г» на конце слова: «снех», «друх», «врах» и другие. Некоторые диалектные фонетические особенности могут быть отражены в орфографии. Рассмотрим примеры, попавшие в английский из Норфолкского диалекта: *bin* (been), *hev* (have).

Лексические диалектизмы могут быть нескольких типов: 1) слова, называющие предметы, явления, характерные для быта, хозяйства данной местности и не имеющие параллелей в литературном языке: «понёва» — разновидность юбки, «туёс» — сосуд из бересты. Например, в канадском варианте английского языка есть следующие диалектизмы: *housecoat* (dressing gown), *parvel* (фартук рыбака), *linny* (сарай), *clumper* (небольшая долина), *arut* (улов рыбы, умещающийся в лодке), *do-less* (лентяй), *fog eater* (солнце). 2) Слова-синонимы, соответствующие литературным: «кочет» — «петух», «дюже» — «очень»; слова, имеющие иное, чем в литературном языке, значение: «худой» — «плохой», «погода» — «ненастье».

Диалектизмы могут встречаться в речи лиц, не вполне овладевших нормами литературного языка.

Говорящие на различных диалектах люди, безусловно, могут понять друг друга, однако, сложность перевода территориальных языковых особенностей заключается в том, что одно и то же слово или даже фраза в различных диалектах может означать совершенно разные понятия. Так, например, на испанском языке говорят в более чем 21 стране, при этом имеются существенные различия в диалектах. И если на Кубе слово «*guagua*» означает «автобус», то в Пуэрто-Рико это — «малышка»; «*alrása*» в Мексике означает «мельхиор», а в Южной Америке так называют животное, похожее на ламу.



Совершенно очевидно, что в правовой сфере выбор неточного или неверного соответствия при переводе может привести к неприятным последствиям.

Анжела Маккэффри (Angela McCaffrey) приводит несколько таких примеров.

В частности, она описывает случай, произошедший с мексиканским фермером, который обратился за получением компенсации за травму спины. Переводчик из Сальвадора перевел слово «cintura» как «поясница», вместо того, чтобы употребить выражение «нижний отдел спины», которое и подразумевалось фермером, говорившем на мексиканском диалекте. В ходе беседы с судьей человек отрицал получение какой-либо иной травмы, кроме повреждения спины, на котором он настаивал. Ему было отказано в получении компенсации, поскольку судья счел его показания непоследовательными.

Еще один случай описывается Майклом Шульманом (Michael V. Shulman): «Hombre, ni tengo diez kilos!». После произнесения этих слов в ответ на вопрос о денежном кредите кубинцу были выдвинуты обвинения в хранении и распространении наркотиков! Принимая во внимание ситуацию общения и диалект говорящего, его слова следовало бы правильно перевести как: «Да ты что, у меня нет и десяти центов!» Однако в суде это было ошибочно переведено как: «Да ты что, у меня нет и десяти килограммов!» Неправильный перевод всего лишь одного слова «kilos» привел к ошибочному приговору. К счастью, в данном конкретном случае ошибка была выявлена, и решение было пересмотрено.

Исправление другой ошибки перевода такого диалектизма заняло четыре года. Молодому человеку из Мексики было выдвинуто обвинение в убийстве в штате Орегон, США. Для него и еще нескольких свидетелей по делу были приглашены переводчики с испанского, не учитывая тот факт, что родным языком для обвиняемого был миштекский (Mixtec. Миштекские

языки — группа языков в составе ото-мангской семьи. Распространена в Мексике. Общее число носителей — около 550000 человек. Включает языки трике, число носителей около 24500; куикатек, число носителей около 15000; а также диалектный континуум, известный как собственно миштецкий язык, числом носителей около 511000. Иногда существует терминологическая путаница: понятие «миштецкие языки» применяют к диалектному континууму миштецкого языка). Совершенно необоснованно было решено, что если обвиняемый из Мексики, он должен прекрасно говорить по-испански. Переводчица с испанского предупредила судью, что не понимает миштецкие слова и выражения. Тем не менее, судья не стал приглашать переводчика с миштецкого. Человек провел четыре года в тюрьме, пока вердикт не был отменен.

При работе со студентами крайне важно акцентировать их внимание на диалектных и региональных различиях в языке, чтобы в дальнейшем они могли избежать ошибок при переводе.

Такие языковые различия имеются и в языках, на которых общаются немые и слабослышащие люди.

Например, американский язык жестов (American Sign Language / ASL) совершенно отличен от английского, он развивается, изменяется со временем и имеет свои региональные особенности.

Кроме того, существует множество разных способов общения для людей с нарушениями слуха. Так, например, гибридный английский язык жестов (Pidgin Sign English / PSE) является вариацией американского языка жестов и английского в том плане, что общающиеся на нем люди используют порядок слов, принятый в английском языке, соединяя ASL с различными идиоматическими выражениями, распространенными в английском языке.

В других частях света развивались другие языки жестов. Американский язык жестов, французский язык жестов, шведский или китайский языки жестов — это лишь немногие примеры различных языковых

систем, используемых людьми в разных географических точках. Американский язык жестов также применяется в некоторых районах Канады и Мексики, и в ряде других мест. Слабослышащие люди в Пуэрто-Рико, например, общаются на языке, возникшем из американского языка жестов всего лишь 70-75 лет назад, они все еще понимают людей, общающихся на ASL.

Каждый из этих языков жестов имеет свою специфическую лексику, свой характерный набор движений, не связанных с руками (выражения лица, телодвижения) и традиционные грамматические конструкции. Поэтому общаясь в ходе судебного разбирательства со слабослышащим человеком также необходимо четко представлять себе, на какой именно разновидности языка жестов он общается.

Для получения качественного перевода необходимо прекрасное владение как языком оригинала, так и языком перевода. Идеал, к которому следует стремиться – это так называемый сбалансированный билингвизм, задача, которую, по словам профессора Сьюзан Берк-Селигсон (Susan Berk-Seligson), а тем более в условиях получения дополнительной квалификации, решить не просто крайне сложно, а и практически невозможно.

Согласно словарю социолингвистических терминов, сбалансированный билингвизм (balanced bilingualism) – идеальное состояние, при котором человек одинаково свободно владеет обоими языками. Сбалансированный билингвизм крайне редок, поскольку на практике почти всегда один язык преобладает над другим из-за различий во времени, проведенном в разных языковых средах. Например, в США дети иммигрантов могут прекрасно овладеть американским английским, но частично потерять язык страны, из которой прибыли их родители.

В целом, обычный билингв не обязательно всегда владеет обоими языками в равной степени, просто в какой-то определенной, ограниченной сфере он воспринимает и чувствует оба языка "как родные". Например,

татарин может разговаривать со своими родителями по-татарски, но не знать научной терминологии или не читать книг на татарском.

Тот язык, которым билингв владеет лучше, называют доминантным (dominant). Обычно доминантный язык так или иначе влияет на второй и искажает его структуру. По этой причине, не следует путать "билингвизм" и "сбалансированный билингвизм". Ничего совершенного, абсолютного и сбалансированного вообще не бывает. Например, даже в речи Познера иногда заметен небольшой вибрирующий акцент и отдельные ошибки. По этой же причине, также не рекомендуется употреблять выражения в стиле "знать язык в совершенстве", "совершенное владение языком". В реальной жизни это всегда значительное преувеличение. Ни один человек не владеет языком в совершенстве, хотя бы уже потому, что процесс обучения и самосовершенствования бесконечен.

Понятие «сфера использования языка» («domain of the language») было предложено социологом Джошуа Фишманом. Он определяет сферу использования языка как ситуативный контекст, в котором по таким факторам как «местоположение, проблематика, участники» предпочтение будет отдано одному языку, нежели другому. Типичными сферами применения языка в его понимании являются «семья», «школа», «место отдыха» и «церковь».

Билингвы, т.е. люди, владеющие двумя языками, свободнее пользуются лексикой того языка, на котором приобретался опыт деятельности, относящейся к конкретной сфере применения языка. Об этом и говорит профессор Берк-Селигсон, объясняя, что «если человек учился играть в шарики (to play marbles) на испанском языке, а затем разучивал правила, применяемые в футболе, на английском, он, вероятнее всего, столкнется с трудностями при описании правил игры в шарики на английском языке и, соответственно, наоборот».

Проблема перевода встает еще более остро, когда в сфере правовых взаимоотношений возникает необходимость перевести текст, изобилующий сложной технической, медицинской, научной или другой узко специализированной терминологией.

Важно напоминать студентам, что и правовой английский изобилует специальной терминологией, и также имеет свои характерные особенности, такие как употребление традиционных, но уже устаревших выражений, множество повторов, сложные и чрезмерно длинные предложения.

Свое отношение к юридическому английскому высказал Джонатан Свифт в «Путешествиях Гулливера», охарактеризовав его как «a peculiar Cant and Jargon of their own, that no other Mortal can understand» («свой собственный язык, особый жаргон, недоступный пониманию обыкновенных смертных»).

Еще одним моментом, который может усложнить взаимопонимание между людьми, говорящими на разных языках, являются культурные различия.

Понятие «культура», безусловно, весьма многозначно. Его невозможно определить двумя-тремя фразами. Так, по подсчетам американских антропологов А. Кребера и К. Клакхона, с 1871 по 1919 годы было дано семь определений культуры, а с 1929 по 1950 годы их число возросло до 150. А. Моль в книге "Социодинамика культуры" (1968г.) насчитывает уже 250 определений. И все же у всех существующих определений культуры (а их по последним исследованиям, больше 500 (!)), есть нечто объединяющее, из которого можно вывести самое общее определение, которое не противоречит ни одному из имеющихся. Например, такое (по Радугину А.А.):

Культура охватывает все, что отличает жизнь человеческого общества от жизни природы, все стороны человеческого бытия.

В более узком смысле под культурой понимается совокупность духовных ценностей и норм, присущих большой социальной группе, общности, народу или нации (элитарная культура, русская культура, русская зарубежная культура, культура молодежи).

И самое первое определение термину (по мнению американских антропологов) дал английский этнограф Эдуард Тэйлор (1832—1917): "Culture is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society" ("Культура – комплекс, включающий знания, верования, искусство, мораль, законы, обычаи, а также иные способности и навыки, усвоенные человеком как членом общества"), "Primitive Culture", 1871.

Эти определения подчеркивают широту понятия «культура», ее воздействие на нашу повседневную жизнь, обычаи, манеры, поступки, видение мира, представления о времени, ценностях и прочее.

Важно донести до студентов, что некоторые переводческие ошибки связаны не столько с самим переводом языковых или речевых единиц, сколько с неспособностью осознать культурные различия и их влияние на межъязыковое общение.

Анжела Маккэффри (Angela McCaffrey) описывает один случай, когда женщина обратилась к юристу за помощью в получении визы для сына. Юрист попросил ее указать дату рождения сына, что она и сделала. В результате в посольстве США молодому человеку было отказано в получении визы на том основании, что он на собеседовании назвал дату рождения, отличную от той, что его мать указала ранее в документах, поданных ею в Службу иммиграции и натурализации США (СИН). Дело в том, что из-за военных действий у него не было свидетельства о рождении. Кроме того, позже выяснилось, что отношение к датам рождения в США и его родной стране было совершенно разным: там не отмечались дни рождения, и использовалась система календарного времени, несколько

отличная от США. Молодому человеку пришлось представить письменные объяснения по поводу расхождений в указанных датах рождения, они были рассмотрены посольством, и семья смогла воссоединиться.

Иногда чтобы улучшить взаимопонимание между юристом и клиентом, нужно просто уметь внимательно слушать и попробовать смотреть на вещи с точки зрения другого человека. Например, на вопрос о дальности расстояния между двумя населенными пунктами человек, обратившийся за помощью в предоставлении убежища, ответил, что в его стране не принято считать расстояния в милях, как это делают в США. Там расстояния измеряются стоимостью проезда: чем больше плата за перевозку, тем дальше расстояние до пункта назначения.

Слабое представление о культурных особенностях и различиях может привести не только к ошибочному недопониманию, но и к конфликтным ситуациям, когда кто-то может даже почувствовать себя оскорбленным, т.к. слова или жесты могут нести подчас совершенно противоположный смысл для представителей разных культур.

Беатрис Валера-Шуц (Beatriz Valera-Schutz) и Маргарита Гонзалез (Margarita Gonzalez) – авторы учебного пособия для юристов, для общения с людьми на работе использующих два языка. Пособие направлено на развитие межкультурных взаимоотношений в юридической фирме. В одном из упражнений приводится текст предварительной беседы по гипотетическому бракоразводному процессу, в ходе которой юрист совершает множество ошибок, которые в свою очередь приводят к непониманию между сторонами. Студентов просят проанализировать текст построчно и выделить те моменты беседы, когда непонимание вызвано культурными различиями.

Авторы считают, что теплые и доверительные отношения с клиентом установить совсем не трудно, достаточно, например, просто поприветствовать его на родном языке. Доброжелательный прием крайне важен для того, чтобы устранить вполне естественную напряженность и

неловкость, что чувствуют люди, приходя к юристу, особенно в тех случаях, когда они недостаточно хорошо владеют языком. Какими бы отличными ни были культурные традиции клиентов, проявление к ним уважения со стороны юриста обязательно.

Помимо культурных различий будущие юристы могут столкнуться в своей работе с людьми, прибывшими из страны с совершенно иной правовой системой. Различия могут заключаться буквально во всем: в отношении к законам, в способах разрешения споров, в используемой терминологии. Отличаться может как отношение к самой правовой системе, так и к лицам, задействованным в ней. Например, в некоторых странах значительно разнятся представления о виновности и невиновности. Студентов следует настраивать на предварительную подготовку к работе, поиску соответствующей информации.

Так, например, хмонги (Мяо, или хмонги — группа народов в южном Китае, северном Вьетнаме, Лаосе, Таиланде, Мьянме общей численностью около 11 млн. чел. Говорят на языках мяо семьи мяо-яо. Около 200 тысяч мяо из Лаоса эмигрировали в США), проходя через процедуру развода в США, сталкиваются с совершенно иным процессом, нежели тот, которому они подверглись бы в Лаосе. В США вопросы опеки над ребенком решаются с учетом интересов последнего. Для хмонгов же традиционно важным при этом является не вопрос о том, кто из родителей сможет обеспечить лучшие условия для ребенка, а сохранение общинной принадлежности. Поэтому в данной культуре преимущество было традиционно на стороне отца, т.к. жизнь хмонгов на родине строилась по общинно-патронимическому принципу.

Итак, мы рассмотрели ряд ситуаций, когда идиоматические выражения, местные различия и диалекты, а также специальная терминология могут затруднить перевод и привести к искажению оригинального сообщения. Проблемы качества перевода, сложности языка,



процесса постепенного овладения им, а также культурных различий, проявляющихся через общение на языке, приобретают особую важность в правовой сфере в контексте современных демографических изменений и тенденций развития мировой экономики.

1. Азимов Э.Г., Шукин А.И. Словарь методических терминов, СПб.: «Златоуст», 1999.
2. Радугин А.А., Культурология, М: «Библионика», 2007.
3. Словарь социолингвистических терминов, Тамбов: «Пролетарский светоч», 2006.
4. Berk-Seligson S., The Importance of Linguistics in Court Interpreting, 2 La Raza L.J., 1988.
5. Caro M., Interpreters Speak Volumes about Linguistic Confusion, Chi. Trib., Sept. 26, 1994.
6. Christopher Thao T., Hmong Customs on Marriage, Divorce and the Rights of Married Women, Council on Southeast Asia Studies, Yale Center for International and Area Studies, 1986.
7. Fishman J., Sociolinguistics: a Brief Introduction, 1971.
8. Fishman J., The Sociology of Language, in Advances in the Sociology of Language, 1976.
9. Friedman Ramirez L. & Kay L., The non-english speaking client, el cliente que no habla ingles, The Champion 7 (Jan/Feb. 1994).
10. Immigrants in Courts 3-4, Joanne I. Moore ed., 1999.
11. LaSalle M., Lost in Translation: U.S. Movie Titles Get New Titles Overseas, Minneapolis Star Trib., Aug. 5, 1996.
12. McCaffrey A., Don't get lost in translation: teaching law students to work with language interpreters, 6 Clinical L. Rev. 347, Spring, 2000.
13. Rees E. L., Que problema! How accurate is that translation?, 6 Crim. Just. 18, (1991).
14. Schulman M.B., No Hablo Ingles: Court Interpretation As A Major Obstacle To Fairness For Non-English Speaking Defendants, 46 Vand. L. Rev. (1993).
15. Simon J.A., The Use of Interpreters for the Deaf and the Legal Community's Obligation to Comply with the A.D.A., 8 J.L. & Health 155, 1993/1994.
16. Swift J., Gulliver's travels (Пер. с англ. под ред. А. А. Франковского), М.: Правда, 1987.
17. Valera-Schutz B. & Gonzalez M., Cultural Fluency, in Marilyn R. Frankenthaler, Skills For Bilingual Legal Personnel Tecnicas Para El Personal Bilingue En El Area Legal 3, 1982.
18. <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/899774>
19. [http://ru.wikipedia.org/wiki/Миштекские\\_языки](http://ru.wikipedia.org/wiki/Миштекские_языки)
20. <http://www.countries.ru/library/subscribe/meanings.htm>