

ОРЕНБУРГСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)
ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ»

ТРУДЫ ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА

(выпуск седьмой)

к 75-летию МГЮА

и 65-летию института

Оренбург-2006

Рекомендовано к печати Редакционным Советом института.

Рецензент: доктор юридических наук, профессор, академик РАН Кутафин О.Е.

Редакционный совет:

- Поликов М.И.* директор института, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н., доцент, 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.
- Борисов Я.Е.* заведующий кафедрой конституционного и международного права, к.ю.н.
- Гончаров Д.В.* заведующий кафедрой общегуманитарных, социально-экономических дисциплин и управления, доктор политических наук, профессор.
- Попов Е.Б.* заведующий кафедрой иностранных языков, к.п.н., доцент.
- Стройкина Ю.В.* доцент кафедры гражданского права и процесса, к.ю.н.
- 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.
- Черняев В.С.* заведующий кафедрой истории государства и права, к.и.н., доцент.
- Шадрина Т.В.* заведующая кафедрой трудового и предпринимательского права, к.ю.н., доцент.

Труды Оренбургского института (филиала) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московская государственная юридическая академия» (выпуск седьмой) – Оренбург, 2006 – 612 с.

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

Статьи сборника размещены по следующим разделам: вопросы государства, права, общества и политики; вопросы гражданского права и процесса; укрепление законности и борьба с преступностью; вопросы земельной реформы, экологического и бюджетного законодательства; вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения; страницы отечественной и зарубежной истории государства и права; вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе; информационные технологии.

В статьях рассматриваются проблемы, связанные с функционированием государственно-правовой организации общества как России, так и зарубежных стран, изложены некоторые аспекты укрепления законности и борьбы с преступностью, а также проблемы педагогики в обучении студента-юриста и проблемы защиты информации в сети Интернет.

**© Оренбургский институт (филиал)
Государственного образовательного учреждения
высшего профессионального образования
«Московская государственная юридическая академия»**



УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

Вы держите в руках юбилейный выпуск трудов Оренбургского института Московской государственной юридической академии. Он посвящен 75-летию академии и 65-летию института, которые мы отмечаем в этом году.

Являясь территориальным подразделением ведущего юридического вуза страны, наш институт за годы своего существования превратился в высшее учебное заведение, пользующееся авторитетом и уважением не только в Оренбургской области, но и за ее пределами. Сотни выпускников института занимают ключевые посты в различных структурах власти и правоприменительных органах, успешно работают в учебных и научных заведениях, являются ведущими адвокатами и нотариусами.

В последние годы на новую качественную ступень поднялась научная деятельность преподавателей института. Их постоянное участие в конференциях различного уровня снискало им признание в научном мире.

Институт нередко выступает ведущей организацией при защите кандидатских диссертаций, а отдельные преподаватели приглашаются оппонентами на их защиту.

Признанием научных заслуг наших преподавателей является и то, что в составе научно-консультационного совета при Оренбургском областном суде, комиссии законодательных предположений администрации области и других аналогичных органов немало представителей нашего вуза.

Ежегодно выпускаемые труды института читаются юридической научной общественностью, на них ссылаются другие авторы в своих работах.

Надеюсь, что, и юбилейный выпуск будет по достоинству оценен специалистами в области государства и права.

Директор института,
Заслуженный юрист РФ М.И. Полшков

ОГЛАВЛЕНИЕ

<i>Раздел первый</i>	8
Вопросы государства, права, общества и политики	8
Гончаров Д.В., Удовиченко И.А.	
<i>Российский федерализм в современном политическом контексте: анализ институциональных аспектов</i>	8
Коновалов В.А.	
<i>Место и роль государственного аппарата в условиях административно-правовой реформы</i>	27
Кузнецов М.П.	
<i>Российское казачество и воинская обязанность граждан</i>	37
Курлаева Е.И.	
<i>Принципы юридического образования: основные направления правового регулирования</i>	45
Михайлова Е.С.	
<i>Некоторые вопросы разграничения государственного контроля и надзора в деятельности органов исполнительной власти РФ</i>	53
Рыбкина О.В.	
<i>Выборы депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области: порядок финансирования</i>	60
Скуратов И.В.	
<i>Концепция разделения властей: теория и российские дилеммы</i>	73
Стрелец Ю.Ш.	
<i>Философия и наука, или о кандидатском экзамене «История и философия науки»</i>	80
Ярыгина Ю.В.	
<i>Некоторые сущностные аспекты общей теории правоотношений</i> ..	91
<i>Раздел второй</i>	109
Вопросы гражданского права и процесса	109
Васильев Ю.С.	
<i>Право на бизнес</i>	109
Габитдинов Р.Ф.	
<i>Расторжение и прекращение договора социального найма жилого помещения по новому Жилищному кодексу РФ</i>	118
Залавская О.М.	
<i>Оценка как категория общественных наук</i>	140
Ковалев М.В.	
<i>Место предпринимательского договора в системе гражданского права</i>	150
Кожевникова О.В.	
<i>Особенности правового статуса государственного учреждения</i>	162
Марченко Т.В.	

<i>Соотношение отдельных признаков жилищных сертификатов с признаками ценных бумаг</i>	171
Саттарова З.З.	
<i>Условия признания и исполнения иностранных судебных решений.</i>	182
Томина А.П.	
<i>Место принципа состязательности в системе принципов гражданского процессуального права</i>	191
Раздел третий	207
Укрепление законности и борьба с преступностью	207
Великий Д.П.	
<i>Производство по уголовному делу у мирового судьи: история и современность</i>	207
Жовнир С.А.	
<i>Понятие уголовной ответственности: проблемы толкования</i>	223
Ломакина Е.В.	
<i>Отличия заключения эксперта от заключения специалиста в уголовном процессе России</i>	230
Назаров В.А.	
<i>Использование достижений криминалистики в профессиональной деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве</i>	241
Плотников А.И.	
<i>Существует ли косвенный умысел?</i>	254
Резепкин А.М.	
<i>О равноправии сторон в уголовно-процессуальном доказывании</i>	273
Сиваракша И.В., Хмелевская Т.А.	
<i>Пробация (условное осуждение): сравнительный анализ законодательного закрепления (к истории вопроса)</i>	287
Тихомирова Е.Д.	
<i>Понятие и виды виктимности</i>	296
Чикава И.В.	
<i>Правовая регламентация использования технико-криминалистических средств при расследовании преступлений</i>	306
Шнитенков А.В.	
<i>Судебная практика по делам о преступлениях против интересов службы</i>	313
Шмелева Е.С.	
<i>Основания отмены (изменения) приговора (постановления) мирового судьи</i>	324
Раздел четвертый	342
Вопросы земельной реформы, экологического и бюджетного законодательства	342
Колодина М.В.	

<i>Бюджетные права муниципальных образований в переходный период</i>	342
Лопина И.М.	
<i>О правовом статусе производственных подразделений в сельскохозяйственных кооперативах</i>	353
Нурмухаметова Э.Ф.	
<i>Роль всемирного банка в прогрессивном развитии международного права окружающей среды</i>	363
Чашкин П.В.	
<i>Правовые требования охраны редких и исчезающих видов животных</i>	373
Раздел пятый	386
Вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения	386
Баранова Л.Я.	
<i>Состояние и пути совершенствования рекламной деятельности в ОАО «Оренсот»</i>	386
Беребина О.П.	
<i>Международные нормы и принципы социального страхования</i>	394
Бикситова Ж.А.	
<i>Особенности правового регулирования защиты детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей</i>	406
Зайцева О.Б.	
<i>Особенности трудовой правосубъектности женщин и инвалидов в сфере общественного производства</i>	416
Курлаев О.А.	
<i>К истории вопроса о развитии законодательства о товарных знаках и фирменных наименованиях</i>	429
Лазуткина С.М.	
<i>Некоторые проблемы государственного регулирования предпринимательской деятельности (теоретико-правовой аспект)</i>	442
Шадрина Т.В.	
<i>Государственное регулирование инновационной деятельности</i>	450
Раздел шестой	467
Страницы отечественной и зарубежной истории государства и права	467
Жиляев П.И.	
<i>Выборы депутатов I-ой Государственной Думы в Оренбургской губернии (к 100-летию создания Российского парламента)</i>	467
Коровина С.В.	
<i>Традиции классической риторики в публицистических выступлениях современных американских политиков</i>	484

Ксенофонтова М.В. <i>Международные правовые и иные нормы как регуляторы международных экономических отношений</i>	497
Савенко О.Е. <i>Пределы применения иностранного права: оговорка о публичном порядке</i>	510
Чемеринская В.В. <i>Влияние греко-римских источников на гражданские законы Соборного Уложения 1649 года</i>	519
Раздел седьмой	532
Вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе	532
Жукова Е.Э. <i>Ситуации развития личностного опыта студента-юриста на уроках иностранного языка</i>	532
Моисеева Л.В. <i>Педагогические возможности развития творческого потенциала личности</i>	541
Насретдинова Р.Р. <i>Национально-культурный компонент значения в рекламных текстах с точки зрения межкультурной коммуникации</i>	549
Попов Е.Б. <i>Образовательный контекст как объект экспертизы</i>	557
Тухватуллин М.К. <i>Формирование культуры здоровья студентов</i>	570
Феоктистова Е.М. <i>Особенности речевого общения на занятии иностранного языка</i> ...	582
Халюшева Г.Р. <i>Речевая деятельность как средство формирования субъектной позиции студента</i>	592
Раздел восьмой	605
Информационные технологии	605
Беляков Д.В. <i>Система защиты электронного документооборота для государственных структур</i>	605
Черняев С.В. <i>Проект Закона РФ «О персональных данных». Теоретический анализ</i>	614

Вопросы государства, права, общества и политики

РОССИЙСКИЙ ФЕДЕРАЛИЗМ В СОВРЕМЕННОМ ПОЛИТИЧЕСКОМ КОНТЕКСТЕ: АНАЛИЗ ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫХ АСПЕКТОВ

Гончаров Д.В. – зав. кафедрой общегуманитарных, социально-экономических дисциплин и управления, доктор политических наук, профессор

Удовиченко И.А. – соискатель-стажер ОИ МГЮА

Институциональная неопределенность центр-периферийных отношений в России: циклы централизации/децентрализации в российской истории

Особенности российской истории сформировали определенную логику взаимоотношений между центром и периферией. Главная черта этой исторической традиции заключается в крайне централизованном характере российской государственности, сформированной и существовавшей на протяжении многих столетий в рамках имперской политической системы. Отметим ее основные характеристики:

- сильный политический и военный контроль над регионами;
- отсутствие формальных конституционных процедур, позволяющих упорядочить центр-периферийные отношения;
- экономическая и финансовая централизация;
- отсутствие органических экономических и социальных связей между центром и регионами, которые в значительном числе случаев обладают своей собственной этнической, религиозной и культурной идентичностью;
- крайне слабые институциональные структуры в регионах;
- преобладание авторитарной политической и административной культуры, поддерживаемой как элитными группами, так и «простыми» гражданами;
- всепроникающее господство бюрократии.

Особого внимания заслуживает то обстоятельство, что центр-периферийные отношения в России всегда носили институционально неопределенный, нестабильный и неустойчивый характер. В качестве причин этого явления можно указать на отсутствие сети зрелых политических и социальных институтов в российском обществе, а также на то, что

российская государственность формировалась не в контексте логики национального государства, а в соответствии с логикой построения империи. Одним из следствий такого положения дел становится подчинение территориального измерения российской политики задачам создания режима, обеспечивающего господство персонифицированной верховной власти. В результате политическая конфигурация отношений между центром и регионами в каждый данный период российской истории зависела от наличного баланса сил между ведущими политическими акторами. В той ситуации, когда персонифицированное политическое руководство надежно контролировало основания своей власти и не нуждалось в политической поддержке периферии, действовали механизмы жесткой централизации. Когда стабильность режима верховной власти нарушалась, и лидеры в центре утрачивали прочные политические позиции, сталкиваясь с необходимостью обратиться за поддержкой к иным политическим игрокам, в том числе и на периферии, периоды имперской консолидации сменялись периодами дезинтеграции. Однако, как только устойчивость режима имперского руководства восстанавливалась, оно переходило в наступление на вынужденно предоставленные периферии права и привилегии. Так возникают многократно повторяющиеся в российской истории циклы централизации/децентрализации¹.

Российский федерализм: от советского опыта к постсоветскому строительству

В ушедшем столетии этот циклический образец организации центр-периферийных отношений в России повторился, по меньшей мере, дважды. Первый раз это произошло на фоне всеобъемлющего кризиса, вызванного Первой мировой войной, Февральской и Октябрьской революциями и последовавшей за ними Гражданской войной. Разложение режима российского самодержавия открыло период ожесточенной борьбы за власть. Выиграли эту борьбу большевики. После того, как режим в центре был консолидирован, началось восстановление имперской системы. Разумеется, она была восстановлена в иной институциональной оболочке, основой которой стала идея федерализма. Исторически федеральные системы (в Европе и США) формировались как сложные институциональные комплексы, жизнеспособность формальной структуры которых была обусловлена развитой демократической практикой и культурной традицией общественного сотрудничества на основе равноправного договорного взаимодействия. В Советской России вся эта сложная институциональная и культурная логика, разумеется, не была воспринята ни в какой степени. Федерализм просто стал еще одним компонентом в квази-модернизационном фасаде коммунистической системы.

¹ Trogen P. and Felker L. *Regionalization in Russia*, paper presented to the SECOPA'98, January 21-23, 1998; Rowney D. *Center-Periphery Relations in Historical Perspective: State Administration in Russia – Beyond the Monolith*. The Woodrow Wilson Center Press, Washington, D.C., 1997.

Впрочем, любое привнесение определенной институциональной логики, даже и в том случае, когда она имеет чисто формальный характер, не проходит бесследно. Институты действительно имеют значение. Фиктивный советский федерализм оказал существенное влияние на последующую эволюцию центр-периферийных отношений в России. Во-первых, он подтвердил наличие оснований для широкого спектра региональных идентичностей и глубоко сегментированную структуру российского политического сообщества (имперского пространства). Во-вторых, установленные на основе федеративной системы границы, административные структуры, а также формирование региональных элит в значительной степени стимулировали дальнейшее развитие субнациональных (или субимперских) идентичностей на периферии¹. И, в-третьих, традиция советского федерализма и соответствующая практика официальной пропаганды сформировали один из наиболее значимых компонентов политического дискурса, на фоне которого складывалась постсоветская политическая система.

Федерализм был одним из самых привлекательных лозунгов в условиях «новой», постсоветской России. Он получил широкую поддержку в обществе. Задача расширения политических прав регионов позитивно воспринималась не только демократическими реформаторами, либеральной интеллигенцией и организованными сторонниками этнических и других региональных автономий – ее приняли региональные элиты и широкие слои россиян. Федерализация представлялась «естественной» перспективой в построении демократической, «постимперской» государственности. Настолько естественной, что сам факт формального провозглашения России федеративным государством рассматривался почти как констатация успеха государственного строительства в этой сфере. Однако результатом развития центр-периферийных отношений в 90-е годы стала вовсе не федеративная система, а, если использовать предложенный известным британским экспертом по российской политике Ричардом Саквой термин, «сегментированный регионализм»².

Ослабление режима верховной власти в центре, произошедшее на исходе советской эпохи, стало началом очередного цикла централизации/децентрализации. В этих условиях федеральная идея выступала в роли своего рода идеологического и институционального проекта, призванного сохранить единство российской государственности на «новых», демократических основаниях. Однако этот проект столкнулся с огромными трудностями. Среди причин, действовавших против него, прежде всего, следует говорить о том, что на периферии не существовало социально-культурных и институциональных условий, способных обеспечить поддержку жизнеспособной и эффективной федерации. Особое значение в

¹ Гельман В., Хопф Т., ред. *Центр и региональные идентичности в России*. СПб., - М.: Изд-во Европейского ун-та в Санкт-Петербурге; Летний Сад, 2003.

² Sakwa R. *Putin: Russia's choice*. London; New York: Routledge, 2004.

связи с этим имели такие факторы, как отсутствие развитых форм современного гражданского общества, традиций и институциональной структуры местного самоуправления, а также ответственной и эффективной администрации.

В результате фрагментация власти оказалась лишь основанием для существенного укрепления политических позиций региональных лидеров и элитных групп. Отмеченные выше общественно-политические свойства периферийных сообществ позволили лидерам и элитным группам узурпировать право распоряжаться социально-экономическими и политическими ресурсами регионов, что сделало именно их важнейшими игроками на поле центр-периферийных отношений.

Началом процесса формирования системы сегментированного регионализма стал период так называемого «парада суверенитетов». Открылся он летом 1990 года, еще до того, как Советский Союз прекратил свое существование. Его отправным пунктом принято считать провозглашение лозунга о том, что «регионы могут взять столько суверенитета, сколько они способны проглотить». Эти слова произнес Борис Ельцин в ходе своего визита в Татарстан в начале августа 1990 года. В той ситуации лозунги подобного рода призваны были обеспечить решение сразу нескольких задач. Во-первых, разворачивание парада суверенитетов воспринималось оппозицией в качестве инструмента «расшатывания» режима центральной власти. Это оружие оказалось весьма эффективным. Процесс «суверенизации» регионов, входящих в состав РСФСР, несомненно, способствовал обострению политического кризиса в последние годы существования Советского Союза и ускорил крах советской системы. Во-вторых, поддержка стремления региональных лидеров к расширению автономии контролируемых ими регионов должна была обеспечить Ельцину влиятельных сторонников в его борьбе за власть против всесоюзного руководства. Достижение поддержки со стороны периферийных руководителей представлялось не менее важной задачей, чем обеспечение массовой электоральной поддержки за счет популистской риторики.

После распада СССР Б. Ельцин сам оказался на месте столь энергично подрываемого им центрального правительства. Верховная власть в центре должна была приспособиться к сложившемуся положению дел – найти способ упорядочить отношения с регионами, обеспечив хотя бы минимальный уровень политического доминирования и контроля над обществом. Итогом такой адаптации стала система, основанная на практике сделок и компромиссов между центральным руководством и региональными лидерами. Она оказалась наиболее «реалистичным» выходом из неопределенности, возникшей в условиях распада Советского Союза. На ее фоне федеральный проект был лишь отвлеченной возможностью. Он не был подкреплен необходимыми для жизнеспособности этой формы государственного устройства характеристиками российского общества. Поэтому гораздо легче было сделать выбор по линии наименьшего

институционального сопротивления – в соответствии с традиционной моделью построения режима имперской власти в центре, не связанной отчетливыми формальными правилами, изменчивой и зависящей от наличного баланса сил в обществе.

Процедурной основой этой системы сегментированного регионализма стали двухсторонние договоры между центром и субъектами Федерации, в которых определялся особый для каждого случая порядок взаимодействия между данным регионом и федеральным центром. Первым из них стал подписанный в феврале 1994 года договор между Москвой и Республикой Татарстан. Этот договор был подписан через два месяца после принятия Конституции Российской Федерации (декабрь 1993 года). В современных федеративных системах Конституция является институтом, в котором сосредоточен политический суверенитет, порождаемый согласием членов данного государственного сообщества. Именно конституции универсальным образом определяют политический смысл центр-периферийных отношений¹. Они формируют стабильную и прямо связанную с волеизъявлением граждан логику фрагментации публичного авторитета как способа организации политического пространства. Но в условиях постсоветской России Конституция вовсе не означала установления действенной логики федеративного порядка. Она лишь пополнила коллекцию квази-модернизационных заимствований, скрывающих анти-современный характер постсоветской политической системы.

Реально действующая система центр-периферийных отношений не просто игнорировала Конституцию – конституционный порядок организации политического пространства прямо противоречил логике построения режима неформального доминирования и контроля. Поэтому он был отодвинут в сторону, а его место заняла непубличная практика сделок и компромиссов, закрепляемых в двухсторонних договорах между Центром и регионами. Двухсторонние договоры сформировали сложную политическую иерархию регионов (систему «асимметричного федерализма»). Неравнозначность политических статусов регионов была связана с тем, что каждый из них обладал неодинаковым объемом ресурсов разного рода, а от этого зависел уровень политической автономии и характер прав и предпочтений, которые можно было получить в ходе торга с верховной властью.

Следует отметить, что таким образом была воспроизведена неравномерно фрагментированная структура Российской империи. Еще сравнительно недавно общепризнанным считалось представление о том, что все части (территории) Российской империи находились в одинаковых условиях жесткого политического контроля со стороны всемогущего центра. Такая точка зрения в значительной степени оправдана, поскольку она отражает преобладающую в имперской истории России тенденцию к политической централизации. В то же время нельзя не согласиться и с теми

¹ Kahn J. What is New Russian Federalism? – Brown A., ed. *Contemporary Russian Politics: A Reader*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2001.

исследователями, которые указывают на то, что эта характеристика является несколько упрощенной и подменяет действительное положение дел внешними формально-правовыми определениями.

В действительности, российское имперское пространство в политическом отношении никогда не было однородным. Входящие в его состав территориальные образования обладали разными политическими статусами. Многим из них предоставлялись весьма широкие права самоуправления и разного рода привилегии (налоговые, связанные с порядком отбывания воинской повинности и т.п.). Унитарная модель последовательно применялась лишь по отношению к метрополии – великорусским губерниям. Не случайно земская реформа проводилась примерно в границах этого имперского ядра – за его пределами системы местного и регионального самоуправления уже существовала. А.М. Салмин подсчитал, что земские учреждения – «этот специфически русский вариант местного самоуправления» - существовали на территории, составлявшей 17% площади империи, на которой, правда, проживало 66% ее населения¹.

В условиях коммунистического тоталитаризма верховной власти удалось добиться очень высокой степени унификации имперского пространства. Но и в этих условиях полного устранения территориально-политической неравномерности не произошло. Даже крайне жесткая и репрессивная советская система не могла игнорировать фундаментальную характеристику российского имперского пространства – высокий уровень его сегментированности. Поэтому она всегда предполагала неформальную иерархию регионов, выстраиваемую с точки зрения их общественно-политической и экономической значимости, а также характера отношений с центром.

Постсоветский федеральный проект включал стремление к равноправию субъектов Федерации. Но эта цель оказалась недостижимой. Очень быстро стало ясно, что регионы обладают неодинаковым объемом ресурсов разного рода. Поэтому те, кто «побогаче» посчитал себя вправе получить в системе двухсторонних договоренностей особые преимущества по сравнению с другими, не столь значимыми участниками центр-периферийного торга. Разумеется, одним из наиболее острых вопросов в этот период стал вопрос этнических республик (бывших автономий). Они и в советское время *de facto* имели более высокий, чем области и края, политический статус. Это позволило многим из них сформировать внушительный социально-экономический и культурный потенциал. Кроме того, политическим ресурсом огромной силы стали националистические движения, которые, так или иначе, затронули все республики. Этнические территории (прежде всего, территории с мусульманским титульным

¹ Салмин А.М. Либеральный импульс и российская почва. Территориально-государственное устройство Российской Федерации: опыт и перспектива реформирования. Доклад, представленный на 1-ой конференции «Либерализм для Новой России». Оренбург, 21 марта 2001.

населением – Татарстан, Башкирия, Северный Кавказ) были источником самой острой угрозы раннего постсоветского периода – угрозы сепаратизма¹.

Псевдо-федеральная практика сегментированного регионализма (или асимметричного федерализма) породила многочисленные проблемы². Выделим самые значительные из них. Одной из наиболее серьезных проблемных зон в отношениях между центром и регионами стал конфликт по поводу юрисдикции. Он определялся борьбой региональных элит за право самим определять правила игры в экономической и политической жизни своих территорий. Напряженные дебаты разгорелись вокруг таких вопросов, как электоральное законодательство, правила, регулирующие приватизацию, налогообложение и права собственности. Они нашли свое отражение в соответствующих положениях двухсторонних договоров и местном законодательстве. И то, и другое часто оказывались в более или менее остром противоречии с законами, которые принимались на федеральном уровне, и даже с Конституцией. Многие наблюдатели использовали для характеристики сложившегося положения термин «война законов», в условиях которой центральное правительство объявляло законодательные акты, принимаемые в регионах недействительными, а региональные власти прилагали все усилия для того, чтобы не допустить реализации этих решений на местах. По некоторым оценкам, примерно треть регионального законодательства нарушало законодательство федеральное³.

Еще одним компонентом системы асимметричного федерализма стала проблема распределения ресурсов. Эта проблема имела множество измерений. Прежде всего, с ней была связана борьба за особое положение в системе бюджетных отношений. Регионы стремились к тому, чтобы, с одной стороны, удерживать у себя как можно больше налогов, собираемых на их территории, а с другой – получать максимально большие субсидии из центра. В силу того, что регионы имели неодинаковые «стартовые позиции» в этой борьбе, российская бюджетная система приобрела асимметричный характер. Наибольшее количество преференций получили этнические субъекты Федерации. Но даже и в их среде выделились некоторые регионы, занявшие по-настоящему привилегированное положение (таблицы 1 и 2).

Таблица 1. Бюджетные расходы субъектов РФ с различным конституционным статусом (1996)

	Бюджетные расходы на душу населения (тыс. руб.)	Доля федеральной помощи в бюджетным расходах (%)	Доля федеральных налогов, предоставляемых субъекту РФ (%)

¹ Alexseev M.A. Introduction: Challenges to Russian Federalism. – Alexseev M.A., ed. *Center-Periphery Conflict in Post-Soviet Russia: A Federation Imperiled*. Basingstoke: Macmillan, 1999

² Lapidus G. Asymmetrical Federalism and State Breakdown in Russia – *Post-Soviet Affairs*, 15:1, 1999.

³ Sakwa, 133.

Субъект РФ, в среднем	1536	11.7	56.8
Республики	1750	17.9	70.1
Края, области	1242	12.7	61.0
Федеральные города	2635	3.9	44.4
Малые автономные единицы	6225	5.9	50.0

Источник: Lavrov A.M. *Budgetary federalism – Conflict and Consensus in Ethno-Political and Center-Periphery Relations in Russia*. Santa Monica, CA: RAND Center for Russian and Eurasian Studies, 1998.

Таблица 2. Доля налоговых отчислений в бюджеты некоторых «привилегированных» регионов (в % от всех налогов, собираемых в данном регионе)

	1992	1993	1994	1995	1996
Татарстан	99.9	100.0	83.8	77.3	80.3
Башкирия	99.9	100.0	87.5	73.8	71.9
Якутия	98.9	99.8	100.0	99.5	70.8
Субъекты РФ, в среднем	48.3	62.9	64.8	59.1	57.3

Источник: там же.

Вторым измерением этой проблемы был конфликт по поводу вопроса о том, в какой степени регионы могли контролировать находящиеся на их территории природные ресурсы. Другие проблемные зоны здесь были связаны с предпринимаемыми региональными правительствами попытками установить ограничения на движение товаров между регионами, а также поползновениями ввести местные денежные эквиваленты разного рода.

Еще одна группа конфликтов провоцировалась стремлением регионов играть роль автономных субъектов в международных экономических и иных отношениях. По свидетельству некоторых экспертов, только в 1991-95 годах регионы заключили более 300 прямых международных договоров, связанных с экономическим, торговым и гуманитарным сотрудничеством¹. Падение железного занавеса открыло Россию для широкого сотрудничества с внешним миром. У российского общества появилась возможность присоединиться к сложившейся в современном мире сети международного взаимодействия в рамках экономических, гражданских, образовательных, религиозных и иных институтов. В условиях высокого уровня экономической централизации, а также политического и административного контроля над всеми формами общественной деятельности в регионах наиболее значимые направления такого сотрудничества были

¹ Sakwa, 134.

монополизированы региональным руководством. Региональные лидеры рассматривали международную деятельность как еще один важный инструмент, позволяющий, во-первых, повысить уровень экономической эксплуатации своих территорий и, во-вторых, укрепить свой политический статус. Контакты с зарубежными партнерами, связи в международных экономических и политических кругах могли существенно повысить статус отдельных руководителей в их отношениях с центром.

Наконец, серьезное напряжение вызывало стремление региональных лидеров установить контроль над территориальными подразделениями федеральной администрации и, прежде всего, над так называемыми «силовыми» ведомствами. В число последних входили подразделения МВД, органы прокуратуры, суды (которые в духе советского времени воспринимались не иначе как часть «правоохранительной» системы) и местные управления ФСБ. Основными инструментами контроля выступало предоставленное региональным лидерам право принимать участие в назначении руководителей силовых органов на местах и финансирование деятельности их организаций из региональных бюджетов. Большое значение имело также и то, что была прекращена существовавшая в советское время практика замещения должностей руководителей региональных структур «чужаками»-назначенцами, которые до этого проходили службу в других регионах и были свободны от груза местных неформальных связей. Отказ от этой практики облегчил процесс инкорпорации «силовиков» в состав региональной элиты и установление политического контроля над соответствующими структурами со стороны губернаторов и президентов. В стороне от этого процесса удалось остаться лишь секретным службам – наследницам коммунистического КГБ.

Асимметричность в организации межбюджетных отношений и неравноправный порядок распределения иных ресурсов углубляли экономическое неравенство регионов, способствуя закреплению основ общественно-политической сегментированности российского государственного сообщества. Столкновения в сфере юрисдикций и административного контроля также разрешались по-разному и часто приводили к возникновению квази-суверенных территорий, буквально разрывающих российское государственное пространство.

Финансовый кризис августа 1999 года и последовавший за ним острый политический кризис в центре имели чрезвычайно серьезные последствия для отношений между центром и периферией. Центр продемонстрировал крайнюю степень своей политической и административной слабости. В значительной степени он перестал восприниматься как эффективный старший партнер в системе сделок и компромиссов. В свою очередь, усилия, которые предприняли региональные правительства, оставшиеся в ходе преодоления последствий финансового кризиса безо всякой поддержки и руководства из центра, во-первых, повысили уровень легитимности притязаний, за осуществление которых боролись региональные элиты, а, во-

вторых, способствовали расширению их контроля над ресурсами регионов. Региональные лидеры превратились в ведущую силу в структуре российской политики. В этой ситуации многие полагали, что Россия, по примеру СССР, оказалась на пороге территориального распада и краха государственности. Автор не берется судить о том, насколько реальными были наиболее пессимистические прогнозы из этого ряда. Однако вряд ли кто-то будет оспаривать то, что тогда действительно сложились основания для преобразования общенациональной политической системы на основах своего рода «феодальной» (или, если угодно, «неофеодальной») децентрализации.

Персонифицированный режим верховной власти первого российского президента, как казалось многим, доживал последние дни. Ему на смену должен был прийти режим, в котором верховная власть играла бы почти номинальную роль. Реальное политическое влияние было бы сосредоточено в руках группы наиболее влиятельных региональных «баронов». Инструментом консолидации такого режима в условиях электоральной демократии должны были стать созданные для политической поддержки региональных «тяжеловесов» партии «Отечество» и «Вся Россия», а его публичным представителем (в качестве Президента Российской Федерации) – Евгений Примаков. Такой сценарий, действительно, нес в себе элементы государственной катастрофы. То обстоятельство, что его реализация стала вполне возможной, сформировало в обществе атмосферу крайней неуверенности и ожидания еще больших потрясений. Перед россиянами, большинство которых болезненно перенесло распад Советского Союза как мировой державы, возникла еще более унижительная перспектива – стать свидетелями и участниками окончательного исторического краха российского государства, «русского» национально-государственного сообщества. Именно в этой атмосфере и появляется «проект» по спасению режима, разработанный в окружении Б.Н. Ельцина. Политической основой реализации этого проекта стало выдвижение во второй половине 1999 года фигуры «преемника» – будущего российского президента В.В. Путина.

Авторитарная программа преобразования российского федерализма

По замыслу тех, кто обеспечил избрание нового Президента, он должен был способствовать преодолению политического кризиса, с которым столкнулся прежний режим. Но сделать это нужно было таким образом, чтобы не были затронуты ни общая конструкция режима, ни его прежняя персональная ориентация. Обновление общественно-политической жизни России, символическим воплощением которой должен был стать Путин, мыслилась лишь как пропагандистское прикрытие. За его покровом все должно было остаться по-старому.

Время показало нереалистичность этих ожиданий. Логика укрепления (или воссоздания) политического авторитета в центре была несовместима с готовностью следовать скромной роли марионетки в руках закулисных

кукловодов. Модель режима верховной власти требовала ее отчетливой персонификации. Эта задача оказалась легковыполнимой, так как, несмотря на то, что новый российский Президент занял свой пост в качестве явного преемника прежнего непопулярного руководства, он сумел за короткий срок завоевать самую широкую электоральную поддержку. Отчасти эта поддержка была обеспечена инструментами манипулирования общественным мнением, которые были выработаны еще в 1996 году в контексте режима так называемой «управляемой демократии». Особую роль здесь играли массивная пропагандистская кампания, осуществляемая подконтрольными «кремлевским» олигархам телеканалами, и создание эффективной электоральной машины в виде «партии власти» – «Единой России». Но не в меньшей степени успех Путина был обеспечен совпадением принесенной им политической ментальности и существующих общественных ожиданий. Обещания «порядка» и «стабильности», «восстановления российской государственности» и т.п. были неопределенными в плане практической политики, но они были легко узнаны на эмоциональном уровне и встречены с облегчением и даже энтузиазмом. Такое состояние общества упростило отказ от ельцинской модели политического режима, основанной на принципах либерализации, в пользу политической централизации авторитарного типа.

Помимо прочего, выстраивание нового режима верховной власти было связано с восстановлением контроля над периферией. Необходимо было найти способы более эффективного (по сравнению с предшествующим периодом) построения единого публичного пространства в рамках российского государственного сообщества. На уровне политической риторики эта задача формулировалась в оговоренных Конституцией федералистских терминах. Однако пришедшее в Кремль руководство не было готово к осуществлению программы подлинной федерализации. Выбор в пользу федерализма означал бы также и выбор в пользу демократии. Только развитая структура демократических институтов могла обеспечить консолидацию государственного сообщества в условиях политической фрагментации федерального типа. И то, и другое было скомпрометировано неудачным опытом первого постсоветского десятилетия. Очевидным казалось то, что российское общество к этому еще просто не подготовлено. В этих условиях отказ от ельцинской политики сделок и компромиссов с региональными лидерами в пользу системы централизованного контроля над регионами воспринимался как единственно правильный выход из сложившейся ситуации.

Основой путинской программы восстановления российской государственности стала концепция так называемой «федеральной вертикали». Ее «построение» предполагало создание системы эффективного политического контроля над периферией в рамках централизованной структуры исполнительной власти. Институциональной сердцевиной федеральной «вертикали» исполнительной власти стала организация

структуры федеральных округов. 13 мая 2000 года, менее чем через два месяца после своего избрания, Президент Путин подписал Указ, в соответствии с которым вся территория Российской Федерации была разделена на семь административных округов.

Система федеральных округов заменила существующий с начала 90-х годов в субъектах Федерации институт *представителей президента*. Этот институт, сыгравший в свое время определенную роль в поддержании связи между центром и периферией, впоследствии утратил всякое значение. В тех условиях, когда региональным губернаторам и президентам были предоставлены самые широкие политические и административные полномочия на подведомственных им территориях, президентские представители лишились влияния на ход дел в регионах. В большинстве случаев они были инкорпорированы в состав региональных элит на правах бенефициариев и младших партнеров региональных «баронов». Вставшие во главе федеральных округов *полномочные представители* (полпреды) Президента и назначаемые ими в регионах *федеральные инспекторы* должны были занять принципиально иное положение в структуре центр-периферийных отношений. Президентский указ предоставил *полпредам* широкие административные полномочия, позволявшие им стать значимыми акторами в данной сфере. Но, пожалуй, еще большее значение имело содержание тех важных политических задач, которые были перед ними поставлены.

Во-первых, руководители федеральных округов должны были устранить сложившийся ранее конфликт между центром и регионами по поводу юрисдикции – прекратить «войну законов». Концептуальной основой для этой деятельности стала идея восстановления на территории России «единого правового пространства». Юрисдикция центрального правительства над периферией устанавливалась на основе непрерываемого главенства федеральной Конституции и федерального законодательства. *Ассиметричный* федерализм, основанный на системе двухсторонних внеконституционных договоров, должен был, в терминах новой политики, уступить место федерализму *конституционному*, обеспечивающему, во-первых, однородность политических статусов регионов и, во-вторых, институциональную унификацию под контролем из центра. Конституционность нового порядка вещей виделась именно в устранении фрагментации на уровне юрисдикций в принципе. На ее место должна была прийти унитарная, по существу, структура политического авторитета, действующего в однородном и иерархизированном институциональном поле, образованном системой «диктатуры закона».

В течение первого президентского срока В. Путина эта задача была в определенной степени решена. Особенно активные усилия по преодолению противостояния центра и регионов в этой сфере пришлось предпринять экс-премьеру Сергею Кириенко, назначенному полпредом в Приволжском федеральном округе. В состав этого округа вошли несколько этнических

регионов (прежде всего, Башкортостан и Татарстан), занимавших в системе ассиметричного федерализма наиболее привилегированное положение. В их Конституциях и местном законодательстве содержалось значительное количество положений, не совпадавших или входивших в прямое противоречие с российской Конституцией и федеральным законодательством. Меры, направленные на искоренение автономных институциональных практик, встречали здесь существенное сопротивление. Для того, чтобы добиться своего, Кириенко пришлось проявить себя в качестве виртуозного переговорщика, мастерски владеющего искусством компромиссов.

Вторым направлением деятельности, связанной с укреплением исполнительной (президентской) «вертикали», стало восстановление контроля над «силовыми» ведомствами. В 90-е годы контроль центра над ними существенно ослабел. В условиях программы консолидации российской государственности такое положение дел более не могло быть терпимым. Полпредам было вменено в обязанность установление контроля над силовыми структурами. Ключевую роль в этом процессе должна была сыграть ФСБ. Эта структура, как мы уже говорили выше, сохранила независимость от регионального руководства. В изменявшейся ситуации она стала инструментом, позволившим полпредам вести успешную борьбу за восстановление политических и административных позиций в этой сфере, как, впрочем, и по другим направлениям строительства исполнительной «вертикали». Именно в ФСБ была собрана информация о разных, в том числе и теневых, сторонах деятельности руководителей регионов и представителей региональных элит в период становления «нового русского капитализма», о коррупции в регионах. Угроза уголовного расследования и судебных преследований в связи с злоупотреблениями региональных лидеров и отдельных представителей региональной элиты стала широко используемой разменной монетой в процессе устранения нежелательных фигур из силовых органов.

Особое внимание уделялось укреплению позиций центра в «правоохранительных» органах. Армия в этом отношении представляла меньший интерес, поскольку ее использование для решения внутриполитических проблем представлялось гораздо более сложным делом. Для того, чтобы вывести прокуратуру и милицию из-под административного влияния регионального руководства, полпредам были даны широкие полномочия. В аппараты полпредов были включены высокопоставленные представители соответствующих ведомств, которые курировали эти структуры и должны были провести большую работу, прежде всего, по кадровой «чистке». Была возрождена практика, когда начальниками региональных управлений милиции и руководителями региональных прокуратор становились назначенцы «со стороны». Она осуществлялась на фоне сопротивления со стороны периферийных «баронов», которое в отдельных случаях принимало открытый характер.

Восстановление «единого правового пространства» и строительство президентской «вертикали» происходили на фоне коренной реорганизации федеративных отношений. Установление юрисдикции центра и централизованного административного контроля должно было быть дополнено и политической консолидацией российского государственного пространства – максимально возможным устранением элементов пространственной фрагментации в структуре российской политики. Основным препятствием на пути достижения этой цели являлся статус, достигнутый региональными лидерами в условиях ельцинской системы сегментированного регионализма. Этот статус был обусловлен механизмами участия субъектов Федерации (фактически, их руководителей) в процессах принятия публичных решений на федеративном уровне. Поэтому, чтобы решить поставленную задачу, необходимо было провести институциональную перестройку в этой сфере.

Первым шагом в этой связи стала реформа Совета Федерации. В июле 2000 года обе палаты Федерального Собрания РФ одобрили инициированный Президентом Путиным закон о новом порядке формирования Совета Федерации¹. Законодательный дизайн в этой сфере приобрел существенное значение и стал весомым фактором, оказывающим влияние на выстраивание модели центр-периферийных отношений в постсоветской России. Начиная с 1994 года, в состав Совета Федерации входили главы исполнительной власти регионов (губернаторы и президенты), а также главы региональных законодательных органов. Верхняя палата российского парламента превратилась в политический клуб региональных руководителей и, учитывая ее конституционный статус, в мощный инструмент участия в процессах принятия решений на федеральном уровне. Причем подчеркнем, что речь шла не о представительстве региональных сообществ, а именно о персонифицированном политическом ресурсе, укреплявшем положение руководителей регионов.

Новый закон, формально оставаясь в рамках конституционных требований, коренным образом изменил политическое положение верхней палаты. Региональных лидеров заменили их представители – второразрядные чиновники из провинциальных администраций и законодательных органов. Более того, значительная часть относительно менее влиятельных руководителей была лишена даже такого опосредованного представительства своих интересов. Места, закрепленные за соответствующими субъектами федерации, были переданы людям, связанным с крупным московским бизнесом и близким к окружению Президента. Своего рода завершением политической реорганизации Совета Федерации стала отставка с поста ее председателя регионального «тяжеловеса» и одного из наиболее влиятельных политиков предшествующего периода орловского губернатора Егора Строева. Его сменил петербуржец Сергей Миронов, очень быстро

¹ Федеральный Закон РФ «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» от 05.08.2000 г. №113-ФЗ.

составивший себе репутацию сервильного союзника действующего Президента. В результате Путин устранил сразу два фактора, ослаблявших режим его предшественника: обеспечил контроль над верхней палатой Федерального собрания и нанес сокрушительный удар по политическому статусу региональных руководителей.

В сентябре 2000 года президентским указом был учрежден Государственный Совет – особый консультационный орган при Президенте России, состоящий из руководителей исполнительной власти в российских регионах¹. Госсовет не имеет конституционного статуса и, по сути, является политическим суррогатом Совета Федерации. Участие в его работе дает губернаторам и президентам определенную возможность сохранить прямой доступ к верховному руководству. С другой стороны, внеконституционный статус Государственного Совета и неформальный характер его организации делает порядок такого участия полностью зависимым от Президента. Очень быстро стало ясно, что эта структура не имеет никакого политического значения, а ее учреждение было тактическим приемом, реализованным для того, чтобы сделать процесс удаления региональных лидеров из поля федеральной политики несколько менее болезненным.

Следующим шагом Президента в создании технологии политического контроля над периферией стало принятие в июле 2000 года закона, позволяющего федеральному руководству при определенных условиях отстранять от должности региональных руководителей и распускать региональные legislatures. Этот закон применялся очень редко. Так, в феврале 2001 года он позволил Президенту сместить губернатора Приморского края Николая Наздратенко, завершив, таким образом, длительное противостояние между одиозным региональным лидером и Кремлем, возникшее еще при Президенте Ельцине. Хотя смещение Наздратенко и было практически единственным случаем применения этого закона, сам факт наличия этого инструмента оказал существенное влияние на порядок политических отношений между центром и периферией. Закон стал своего рода «дамкловым мечом», занесенным над губернаторами и готовым к использованию в том случае, если понадобится оказать на них давление из центра.

Кульминацией процесса «борьбы за периферию» стало принятие в декабре 2004 года поправок к федеральному закону о выборах глав исполнительной власти в регионах². По сути дела, речь в новом законе идет о назначении глав регионов из центра. Казенные уверения сторонников президента в том, что принятые изменения не выходят за пределы конституционных правил, не могут скрыть грубейшего нарушения федеративного духа российской конституции. Устранение института всенародных выборов глав субъектов Федерации уничтожает автономные центры формирования политического авторитета и ликвидирует

¹ Указ Президента РФ «О Государственном совете Российской Федерации» от 01.09.2000 г. №1602.

² Закон был подписан Президентом 14 декабря.

субнациональное измерение гражданства, так как лишает членов региональных сообществ одного из наиболее значимых в современном обществе инструментов политического участия.

Снижению политической фрагментации и усилению контроля над периферией должно было служить еще одно направление институциональной реорганизации федеративных отношений – программа укрупнения регионов. Эта идея не раз появлялась в выступлениях федеральных и региональных политиков, а также экспертов, имеющих репутацию людей, которых используют для того, чтобы проверить общественную реакцию на те или иные политические «проекты» (Камышев и Гулько, 2004). Несмотря на всю фантастичность этого проекта, какое-то время казалось, что с ним действительно связаны устремления президентского окружения. В этом направлении даже были предприняты (и сейчас предпринимаются) определенные шаги. Мишенью кремлевских «укрупнителей» стали национальные автономные округа на Урале и в Сибири (в Пермской и Иркутской областях и Красноярском крае). Эти созданные в советские времена образования действительно носили несколько искусственный характер, и полезность их присоединения к материнским регионам было легко обосновать. Однако распространение этой практики на регионы с более выраженным политическим, административным и социально-культурным лицом представляется задачей, выполнение которой чревато большими осложнениями.

После того, как региональные руководители стали назначаться из центра, идея укрупнения ушла куда-то на задний план. Более того, возник вопрос о том, следует ли в новых условиях сохранить систему федеральных округов и президентских полпредов. Какую роль они будут играть теперь, когда исполнительная «вертикаль» наконец достроена до самого низа? С одной стороны, как можно ожидать, назначаемые губернаторы становятся в позицию кремлевских чиновников. И Президент больше не будет нуждаться в полпредах как особом инструменте политического контроля в регионах. С другой – остается целый ряд вопросов, на которые пока нет ясных ответов. В какой степени новый порядок действительно сможет обеспечить контроль над периферийными «баронами»? Позволяет ли растущая напряженность в регионах, причинами которой во многом являются административная некомпетентность, вопиющая коррупция и произвол, отказаться от сложившейся системы контроля над периферией? По-видимому, в ближайшее время полпреды сохраняют свое значение. Особенно в тех, округах, где расположены этнические регионы, все еще не подчинившееся центру в той степени, которая удовлетворила бы отцов вертикали. Показательный пример здесь – Южный федеральный округ, стабильность и порядок в котором в огромной степени зависят от личного участия и авторитета полпреда Дмитрия Козака. Да и в «русских» регионах полпреды и их аппарат остаются удобным инструментом политического влияния из центра, отказаться от которого было бы неразумно.

Завершая рассмотрение тех изменений, которые произошли в структуре федеративных отношений после 2000 года, обратимся к краткому рассмотрению перемен в системе межправительственных отношений. Основой трансформаций в этой сфере стала программа «разграничения полномочий» между центром и субъектами Федерации. Установление контроля над силовыми структурами, российским парламентом и новый порядок «выборов» глав субъектов Федерации создали фундаментальные условия для завершения строительства централизованной системы государственной администрации, которая и должна была протекать в рамках программы «разграничения». Специально для того, чтобы определить, что именно нужно сделать в этой сфере, в июне 2001 года Президентом была сформирована комиссия. Ее возглавил близкий в то время к Путину заместитель руководителя президентской администрации Дмитрий Козак. Подобные комиссии были созданы и во всех семи федеральных округах.

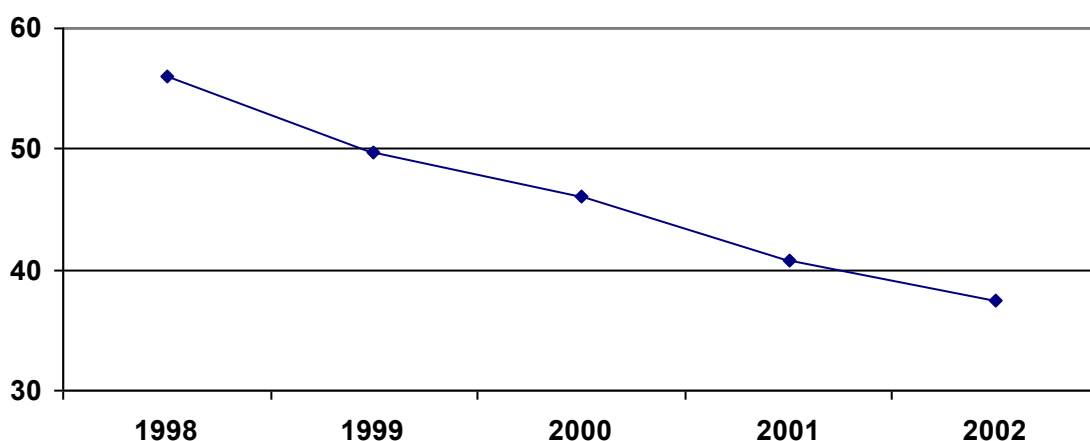
Однако деятельность, связанная с политикой центрального правительства в области межправительственных отношений (отношений между разными уровнями государственной администрации), выходила далеко за пределы работы комиссии Козака. Прежде всего, она была направлена на реорганизацию межбюджетных отношений. Выделим здесь два наиболее значимых компонента. Во-первых, в действиях центральной власти просматривалась отчетливая тенденция к созданию своего рода «налоговой вертикали». Уступки регионам в области налогообложения сменились жесткой позицией по отношению к сбору федеральных налогов, а также постепенным сужением объема налоговых ресурсов, составляющих финансовую основу правительственной деятельности на местах. Из года в год снижались отчисления федеральных налогов в местные бюджеты и уменьшалось число налогов, находящихся в сфере региональной юрисдикции (подробнее см.: Голованова и Андреева, 2002). В результате доля доходов субфедеральных бюджетов в консолидированном бюджете Российской Федерации существенно снизилась (графики 2 и 4). Бюджетная деятельность на периферии осложнялась и тем, что налоговая система все в большей степени приобретала нестабильный и непредсказуемый характер. Налоговое законодательство менялось неоправданно часто, а изменения в нем производились в непрозрачных условиях и целиком зависели от решений, принимаемых в центре.

Во-вторых, на фоне сужения финансовых возможностей субъектов Федерации происходило перераспределение административной и бюджетной ответственности в пользу федерального центра. Центральное правительство последовательно отказывалось (и отказывается) от обязательств в области таких форм социальной политики, как поддержка образования, науки, здравоохранения, социального обеспечения и т.п. Некоторая часть социальных мандатов просто прекращается, но многие из них перекладываются на регионы. В условиях уничтожения автономных центров политического авторитета в регионах такая практика не имеет ничего общего

с федеративной логикой межправительственных отношений – она не может быть определена иначе как политика административной децентрализации унитарного типа, когда решения принимаются в центре, а их выполнение на местах поручается местным подразделениям центрального правительства.

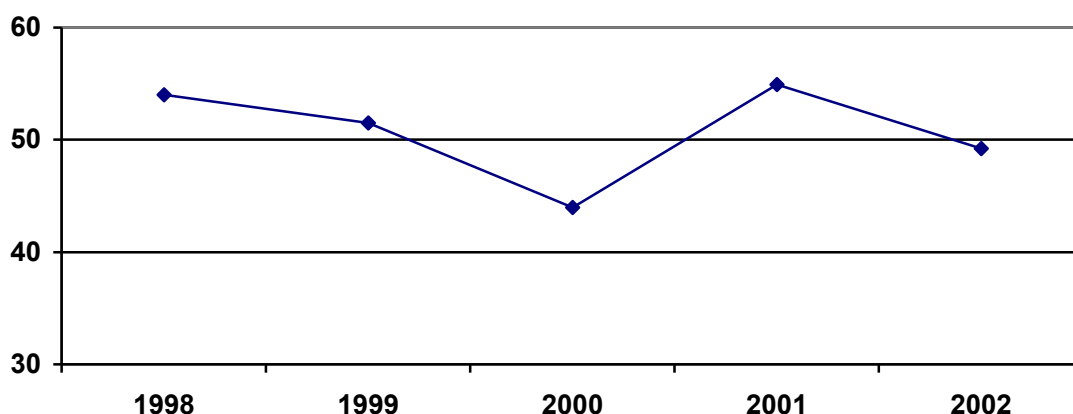
Следствием такого курса становится рост расходной части региональных бюджетов (графики 1, 2 и 3), а также существенный разрыв между расходами и «собственными» (то есть извлекаемыми из автономных по отношению к центру источников) доходами регионов. Этот разрыв заполняется за счет финансовых «переливаний» из федерального бюджета.

График 1. Доля доходов субфедеральных бюджетов в консолидированном бюджете Российской Федерации (%)



Источник: Голованова Н., Андреева Е. *Децентрализация в РФ. Отчет экспертов Центра фискальной политики*. <http://www.ecsocman.edu.ru/db/sect/124/2961.html>, 2002; отчет об исполнении бюджета в РФ за 2002 год (Минфин РФ).

График 2. Доля расходов субфедеральных бюджетов в консолидированном бюджете Российской Федерации (%)

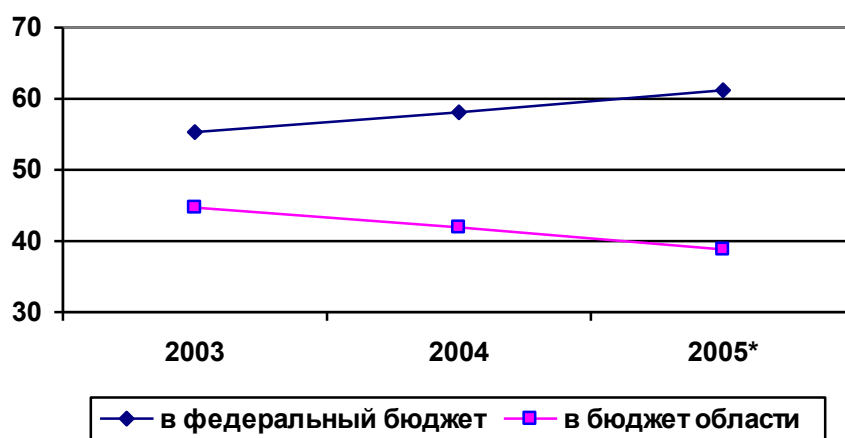


Источник данных: там же.

Однако в силу того, что как в центре, так и на местах отсутствуют условия для ответственного принятия политических решений и их

эффективного обоснования, финансовая компенсация возрастающей административной и бюджетной нагрузки на регионы в значительном числе случаев оказывается нереалистичной. Именно так случилось в ситуации, связанной с принятием закона о монетизации льгот, и в ряде других. Кроме того, столь существенное финансовое участие центра в правительственной деятельности на периферии (и, как следствие, возрастающая зависимость регионов) легко превращается в мощный инструмент политического давления.

График 3. Доля налоговых поступлений, перечисляемых в федеральный бюджет и консолидированный бюджет Оренбургской области, 2003-2005 (%)



* 2005 год – запланировано.

Источник: Данные финансового управления администрации Оренбургской области.

Концентрация административной компетентности в центре проводилась в видах решения политических задач. Уже в начале 2005 года стали появляться признаки того, что федеральное правительство не готово к такому бремени, да и не хочет взваливать на себя ответственность за решение проблем повседневной жизни на периферии. Началось движение в обратном направлении. Федеральный центр стал «возвращать» административные полномочия регионам. Однако это возвращение, по преимуществу, стало возвращением лишь административной ответственности. При этом вопрос о передаче на места инструментов правительственной деятельности, необходимых для реализации передаваемых полномочий, зачастую остается открытым.

Прежде всего, разумеется, речь идет о реальном финансовом обеспечении административных функций. Фискальная централизация стала важнейшей частью политической философии нынешнего кремлевского руководства, поэтому создание действительных условий финансовой автономии региональных правительств для него неприемлемо. Решение проблемы видится в перераспределении средств федерального бюджета. Так,

по словам спикера Государственной Думы Бориса Грызлова, финансирование полномочий будет обеспечено для разных регионов по-разному: «Если регион дотационный, ему будут определяться дотационные средства, а донору будет изменена пропорция налогов»¹. Принципиальным здесь является то, что решения об определении источников финансирования принимаются в центре. Более того, планируется организация системы централизованного бюрократического контроля над расходованием передаваемых регионам бюджетных средств. Вместе с тем, при разработке федерального бюджета 2006 года использовалась разработанная еще в 2004-ом (теперь уже устаревшая) схема распределения полномочий. Поэтому сейчас, буквально в последнюю минуту, в бюджет вносятся временные, промежуточные схемы, которые призваны как-то разрешить сложившуюся ситуацию. Положение, по свидетельству экспертов, осложняется тем обстоятельством, что до сих пор не разработан точный перечень полномочий, подлежащих передаче регионам. Эффективность такой громоздкой, скроенной впопыхах и политически ангажированной системы не может не вызывать сомнения.

МЕСТО И РОЛЬ ГОСУДАРСТВЕННОГО АППАРАТА В УСЛОВИЯХ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ РЕФОРМЫ

Коновалов В.А. – зав. кафедрой административного и финансового права, к.ю.н., доцент

Государственный аппарат (аппарат государства, механизм государства) по мнению многих правоведов и государствоведов, - это «тело», «вещество», из которого состоит государство. Это аппарат власти, государственные органы, учреждения и организации.

Понятие «государственный аппарат» органически связано с понятиями «государство», «государственная власть», «публичная власть», «государственный механизм», «государственное управление», «государственное регулирование». Соотношение этих понятий имеет принципиальное значение для определения дефиниции «государственного аппарата».

Наиболее важным, сущностным признаком государства является власть.

В позитивистском, социологическом понимании государства определяющим выступает элемент публично-политической власти: государство рассматривается как организация власти у данного народа на данной территории.

¹ Попов А. *Россию ждет вторая «монетизация» льгот*. РБК. 01.09.2005 (internet-адрес статьи – <http://www.rbcdaily.ru/news/market/index.shtml?2005/09/01/207668>).

Принципиальное значение для понимания современных проблем формирования и функционирования государственного аппарата имеет доктрина естественных и неотчуждаемых прав человека, которая исходит из того, что свобода индивидов в современном обществе первична по отношению к создаваемой ими государственной власти, а полномочия государственной власти производны от этой свободы. Согласно данной доктрине, устанавливая государственную власть, индивиды отчуждают в ее пользу часть своей естественной свободы и в этих пределах обязуются подчиняться этой власти.

Государственный аппарат (англ. *machinery of government*) – система органов государства, через которые осуществляется государственная власть, то есть функции соответствующего государства.¹

Аппарат государства, охватывающий все государственные органы, непосредственно олицетворяет государство, представляет собой его реальное материализованное воплощение. Вне и без государственного аппарата нет и не может быть государства.

С.С. Алексеев рассматривает государство как организацию политической власти, существующую в определенной стране.² В то же время существует диалектика понятий: в рамках дефиниции «власть» различают власть публичную, политическую, государственную. Публичная власть как разновидность (форма) политической власти означает наличие особого аппарата, единственно представляющего все общество в целом, «весь народ и имеющего свою «публичную материальную» базу – государственные, казенные имущества, свои источники доходов, налоги. С.С. Алексеев довольно точно формулирует понятие «политической власти в государстве». Ему принадлежит весьма точное понятие – **аппаратная власть**, что с нашей точки зрения, довольно удачно характеризует сущность государственного аппарата. Политическая власть, опирающаяся на аппарат принуждения («аппаратная власть»), в обществах с авторитарными и тоталитарными режимами может осуществляться в известных пределах, помимо институтов государства (например, партийная власть при сталинском режиме в СССР, власть штурмовых отрядов в гитлеровской Германии).

В демократическом обществе и правовом государстве политическая власть осуществляется через институты государства, через весь их комплекс и выступает только в качестве «политической власти в государстве», как об этом пишет С.С. Алексеев.

Особенности «политической власти в государстве» состоят в следующем:

- публичный характер: она выступает от имени всего общества, всего народа и имеет «публичную» материальную основу – казенные имущества, свои источники доходов, налоги;
- аппаратная власть;

¹ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. - М.: Юринформцентр, 1997.

² Алексеев С.С. Государство и право. - М.: Юридическая литература, 1996.

- подкреплена силой закона – через законы и иные юридические механизмы она способна проводить государственные веления во всем обществе, делать их обязательными для всего населения;

- суверенная власть, то есть отделенная от иных видов власти – от власти иных государств, и также от корпоративной власти внутри страны (например, партийной, церковной), независимая от иных и имеющая исключительное монопольное положение в сфере государственных дел.

В современной теории государства и права государственная власть рассматривается как важнейший институциональный элемент государства, а государство – как институциональная форма свободы, то есть как политическая институция, обеспечивающая свободу хотя бы части членов общества или организация публичной политической власти правового типа. Такая институционально-правовая природа государственности все больше проявляется по мере исторического прогресса, равенства, свободы и справедливости. Применительно к государству индустриального и постиндустриального общества можно говорить, что государственная власть ограничена естественными и неотчуждаемыми правами и свободами человека и гражданина.

Понятие суверенитета означает качество верховенства власти. Этим качеством обладает лишь государственная власть.

Государственный суверенитет является важнейшим свойством государства и, прежде всего, государственной власти. В англо-саксонской концепции правопонимания, характеризующейся своеобразием подходов к трактовке терминов «власть», «государство», «суверенитет», суверенитет рассматривается как свойство парламента принимать акты высшей юридической силы по вопросам государственной жизни. Таким образом, здесь четко прописывается принадлежность суверенитета парламенту как части государственного механизма. Это важно отметить, поскольку из этого вытекает сущностный принцип деятельности государственного аппарата. В то же время в современных условиях невозможно представить себе полностью неограниченный суверенитет, а стало быть, абсолютно «аппаратную власть». В демократическом правовом социальном государстве такая власть ограничена правами и свободами человека и гражданина, общепризнанными принципами и нормами международного права, наконец, суверенитетом народа, который, согласно Конституции Российской Федерации 1993 года, является носителем суверенитета и единственным источником власти. «В современной юридической трактовке государственный суверенитет означает верховенство и независимость власти, подчиненной праву, монополию на принуждение в рамках государственных правомочий и независимость государства в рамках международного правопорядка».¹

¹ Проблемы общей теории права и государства. Под ред. В.С. Нерсесянца. - М.: Норма-Инфра, 1999.

В романо-германской правовой системе, и это в полной мере относится к России, суверенитет государства принято рассматривать во внутреннем и внешнем аспектах.

Внутренний суверенитет - это право государства на принуждение по отношению к другим субъектам права, ограниченное обязанностью государства соблюдать и признавать права этих субъектов.

В теории государства и права, конституционном праве, политических и правовых документах нередко используется идея народного суверенитета. На этой основе развивается концепция народности государственной власти, производности государственного суверенитета от народа как источника власти. В современной научной юридической литературе высказывается критика концепции народного суверенитета, перекликающаяся по своей мотивации с концепциями буржуазного либерализма (Б. Констан, И. Бентам). В частности, без достаточной аргументации утверждается, что суверенитет не может принадлежать народу, поскольку он принадлежит государству как организации публичной политической власти, не совпадающей с народом. Понятие «суверенитет» означает, по мнению авторов этой концепции, качество верховенства власти, которым обладает государственная власть; и там, где есть государственная власть, возможен только государственный суверенитет, а понимание государства как организации власти не допускает иного суверенитета, кроме государственного. Нам представляется, что эта доктрина, допускающая чрезмерное увлечение теорией буржуазного либерализма, противоречит ныне действующей Конституции РФ, провозглашающей: «Носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ».

«Народный суверенитет, - пишет В.А. Четвернин, - это конструкция из утопического учения Жан Жака Руссо, противопоставлявшего Правительство как аппарат государственной власти и государство как совокупность граждан, решающих в традициях непосредственной демократии швейцарских кантонов все основные политические вопросы. Только в утопии Руссо народ существует как «носитель суверенитета»: когда действует Народное собрание, полномочия государственного аппарата приостанавливаются. Такая конструкция отвергает саму постановку вопроса об ограничении верховной политической власти свободой подвластных, то есть о конституционности власти. «Народный суверенитет» предполагает верховную (народную) власть, ничем не ограниченную. Здесь свобода индивида, действующего в отношениях гражданского общества «снимается» свободой политического коллективного целого – народа»¹.

Помимо несоответствия подобной позиции Конституции Российской Федерации, отметим несостоятельность попыток противопоставления понятий «народ» и «свобода». Безусловно, нельзя клеймить Ж.Ж. Руссо как утописта: нет нужды доказывать значение его учения в концепции свободы, современном учении о свободе, в конституционной доктрине, ибо

¹ Проблемы общей теории права и государства. Под ред. В.С. Нерсесянца. - М.: Норма-Инфра, 1999.

человечество по сей день не придумало ничего лучше гениальной догадки великого французского мыслителя: «Человек рожден свободным». Во всяком случае, мы не приемлем утверждение о том, что «свобода» как нравственно-этическая и политическая ценность выше народа. Отчуждение свободы от народа извращает ее суть. Резонно задать вопрос: кому служит эта свобода, если не народу? Опасность подобной концепции состоит в том, что она порождает еще одну дилемму, способную питать корни политического отчуждения власти от народа.

Государство как организацию можно рассматривать в различных аспектах. В широком смысле слова государство есть иерархическая организация, охватывающая все население определенной страны. В этой организации есть рядовые члены, то есть простые граждане, и государственный аппарат, осуществляющий управление всей организацией.

Государственный аппарат - это совокупность органов государственной власти и иных государственных органов и организаций, управляющих делами государства, а также соответствующих управленческих должностей. В то же время государственный аппарат можно рассматривать как совокупность лиц, замещающих эти должности. Отсюда понятно, что государственный аппарат - то организация, управляющая общими делами широкого объединения людей. Одновременно это, безусловно, более широкое понятие, нежели только те лица, которые служат в государственном аппарате.

Организация власти, в узком смысле слова, есть иерархическая организация, осуществляющая государственную власть; это институциональный элемент государства. Для характеристики данного элемента используются понятия «аппарат государственной власти» («государственный аппарат») и «механизм государственной власти» («механизм государства»).

Понятие «государственный аппарат» и «механизм государства» - практически тождественные понятия. Под «механизмом государства» понимается система его органов, посредством которых оно осуществляет государственную власть и реализует свои функции. Механизм государства можно определить как функционирующую систему государственных органов, обеспечивающих решение общего дела». Есть также и такое определение: «Механизм государства – это совокупность государственных органов, осуществляющих государственную власть и обеспечивающих реализацию функций государства».

Понятия «государственный аппарат» и «механизм государства» тесно взаимосвязаны. «Государственный аппарат» принято употреблять в двух смыслах – широком и более узком. В широком смысле слова понятие «государственный аппарат» как совокупность всех государственных органов и иных государственных организаций совпадает с определением механизма государства, идентично ему. В более узком смысле слова под государственным аппаратом понимают аппарат государственного

управления. Именно в этом значении как совокупности исполнительно-распорядительных, управленческих органов используется термин «государственный аппарат» в науке административного права.

В теории государства и права понятие «государственный аппарат», если иное не оговорено, употребляется в своем широком значении, то есть как адекватное категории механизма государства. В таком же понимании государственный аппарат рассматривается в рамках данной категории. В таком же понимании государственный аппарат рассматривается в рамках данной статьи.

Существует точка зрения, согласно которой понятие «государственный механизм» рассматривается как более широкое, чем понятие «государственный аппарат». В этом контексте субъектный состав государственного аппарата означает только систему органов государственной власти (законодательные, исполнительные и судебные). В то же время механизм государства включает в себя не только государственные органы в данном понимании, но и так называемые силовые структуры, аппарат принуждения, материальные средства государственной власти, государственные учреждения. В частности, В.В. Лазарев дает следующее определение: «Государственный механизм - это совокупность органов, осуществляющих управление общества, реализующих основные направления государственной деятельности. В государственный механизм входят законодательные, исполнительные, судебные и иные органы, а также силовые структуры, осуществляющие в случае необходимости меры принуждения (армия, внутренние войска, тюрьмы)»¹.

Мы полагаем, что термины «аппарат государства» («государственный аппарат») и «механизм государства» являются синонимами. В нашем понимании «государственный аппарат» включает систему государственных органов, соответствующих должностных лиц, а также силовые структуры и иные организации, осуществляющие государственную власть. Отметим, что государственное учреждение, подчиненное государственному аппарату (например, хозяйственная единица, система коммуникации, средства массовой информации, транспорт, научные, образовательные, медицинские и другие социально-культурные учреждения), непосредственно не участвуют в осуществлении государственной власти, но способствуют решению задач государства. Поэтому они включаются в понятие «государственный аппарат».

Термин «государственный механизм» имеет особую смысловую нагрузку. Это в значительной мере функциональная характеристика. Данный термин следует использовать не для структурного описания системы государственных органов, а для выяснения функциональной специфики различных частей (систем) и элементов государственного аппарата. Можно, например, говорить о механизме осуществления государственной власти или о механизме функционирования государства, который строится на основе

¹ Лазарев В.В. Общая теория права и государства.

принципа разделения властей на ветви власти, выполняющие различные функции единой государственной власти, и характеризует существующий в стране политический (государственный) режим.

Механизм государства – это политически организованный механизм осуществления публичной власти.

Государственный аппарат является механизмом государства, механизмом осуществления публичной власти, включающей в себя: основные формы осуществления народом (совокупностью граждан) публичной власти; общие требования к системе органов государственной власти, специально созданных для реализации возложенных на государство функций, закрепляемых в Конституции конкретного государства; строго определенный порядок создания, функционирования и ликвидации системы этих органов; набор установленных законом полномочий (прав и обязанностей) и форм юридической ответственности каждого органа публичной власти; наличие вспомогательного аппарата органа государственной власти.

В связи с понятием «государственный аппарат» представляет интерес понятие «орган публичной власти», который рассматривается как обособленная часть политического общества, предназначенная для осуществления специальной, строго определенной законом функции и наделенная необходимыми для этого полномочиями и юридической ответственностью. Это более широкое понятие, чем орган государственной власти, поскольку сюда входят в то же время и орган государственной власти, и орган местного самоуправления, носящие характер органов публичной власти.

Орган государственной власти как орган публичной власти – это не отвлеченная абстракция, а конкретный коллектив граждан, внутренне структурированный, организованный в систему и нацеленный на выполнение строго определенных задач и функций. Совокупность этих граждан, выполняющих данные функции по сравнению с должностными лицами, то есть теми лицами, которые выступают от имени всего органа публичной власти и несут юридическую и политическую ответственность за эффективное и точное выполнение им его функций, принято именовать аппаратом органа государственной (публичной) власти.

Аппарат публичной власти является неотъемлемой составной частью механизма осуществления публичной власти. Аппарат органа публичной власти подразделяется на государственных служащих и муниципальных служащих.

Особенности правового статуса работников, входящих в аппарат органа государственной власти, характеризуются особым порядком принятия на службу: системой назначения на конкурсной и контрактной основе, периодической переаттестацией, служебными чинами, званиями.

В государственном аппарате существует система строгого административного подчинения; действие в пределах служебных

должностных инструкций; бюрократический характер работы; особый, отличный от обычного гражданина, порядок соблюдения принципа законности. Государственный служащий не только несет обязанность соблюдать Конституцию и законы, но и ведомственные инструкции, приказы и распоряжения вышестоящего руководства. В большинстве европейских стран у государственного служащего имеется возможность отказаться от выполнения незаконного приказа или обжаловать его в суд.

В России, как и во всем мире, публичная власть – это динамичная, развивающаяся система. При этом основная цель развития – оптимизация решения управленческих задач, повышение эффективности защиты прав человека, экономика бюджетных средств.

Короткий период демократических преобразований в России не позволяет пока выработать оптимальную модель механизма осуществления публичной власти. Это пока лишь цель, к достижению которой необходимо стремиться.

Дефиниции «публичная власть», «орган публичной власти», «аппарат органа публичной власти», по нашему мнению, являются перспективными, поскольку позволяют снять противоречия между государственной властью и органами местного самоуправления. В этом отношении, считает автор, несовершенство действующей российской конституционной модели проявляется в том, что она, отделив местное самоуправление от органов государственной, не обозначила моменты связи между ними, что, по нашему мнению, является пробелом правового регулирования, отрицательно сказывающемся на функционировании публичной власти в целом как единого социального института. Например, удачна конструкция ныне действующей Конституции республики Молдова, в которой имеется раздел III «Публичные власти», объединяющий главы – «Парламент», «Президент Республики Молдова», «Правительство», «Отношение Парламента с Правительством», «Публичное управление» (сюда включено и местное публичное управление, основанное на принципах местной автономии, децентрализации общественных служб, выборности властей), судебная власть. Подобная конструкция позволяет объединить различные по своей природе структуры: государственную и муниципальную власть, судебную власть, которая, являясь государственной, значительно отличается от нее неполитическим характером, независимостью и самостоятельностью.

Понятие «государственный аппарат» (аппарат государства) раскрывается через характерные черты или признаки, позволяющие отграничить его как от негосударственных структур в политической системе общества, так и от отдельно взятых государственных органов.

Аппарат государства – это, прежде всего, система государственных органов, основанная на единстве принципов его организации и деятельности, закрепленных в Конституции Российской Федерации, Федеральном законе «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти субъектов Российской Федерации»,

Федеральном законе «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», Законе РФ «Об основах государственной службы Российской Федерации» и других федеральных законах.

Государственный аппарат характеризуется сложной структурой, включающей различные виды и группы (подсистемы) государственных органов, их соотношением и взаимосвязями. При этом необходимо учитывать, каков системообразующий фактор структуры государственного аппарата, который в соответствующих исторических условиях закреплён в Конституции государства. Например, в Конституциях СССР 1977 года и РСФСР 1978 года таким системообразующим фактором было положение о Советах как политической основе государства. В статье 10 Конституции РФ 1993 года в качестве основополагающего закреплён принцип разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, а также самостоятельность органов законодательной, исполнительной и судебной власти. В развитии данного положения в статье 11 Конституции РФ 1993 года определено, что государственную власть в России осуществляют Президент, Федеральное Собрание (Совет Федерации и Государственная Дума), Правительство, суды Российской Федерации. Государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти.

В теории и на практике существует ещё одно понятие «аппарата» как аппарата государственного органа. Например, в работах В.А. Елчева написано об аппарате Государственной Думы¹. Г.В. Атамачук отмечает понимание аппарата как вспомогательного построения, принципиально отличного от самого государственного органа. Этим обусловлен ряд работ данного автора с характерными названиями «Власть аппарата или аппарат власти?».

Государственный аппарат представляет собой сложную иерархическую структуру. «С властью, - пишет Г.В. Атамачук, - связаны только определенные звенья аппарата, так называемые руководящие и, прежде всего, высшего уровня.² В демократическом обществе аппарат не властвует, а управляет, целелеполагает, организует и регулирует общественные отношения и процессы; для этого он, конечно, опирается на власть, но сам ее непосредственно не олицетворяет. Достаточно сказать, что не аппарат принимает законы, хотя соучаствует в их подготовке, и не аппарат формирует представительные органы власти и избирает, в частности, Президента РФ. По отношению к обществу, к представительной власти, к гражданам аппарат реализует обслуживающие функции.

Когда аппарат становится самодовлеющим и подчиняет своим интересам общество, мы имеем дело с авторитарно-бюрократической системой организации жизни и управления в государстве и обществе.

¹ Елчев В.А. Аппарат Государственной Думы и законотворческий процесс. - М., 1999.

² Атамачук Г.В. Управление: всегда есть варианты. - М: РАГС, 1999.

С нашей точки зрения, такое противопоставление друг другу отдельных составляющих единого целого неосновательно. Отсюда – несостоятельность конструкции узкого понимания государственного аппарата как технического элемента органа государственной власти. Таким образом, в организационном отношении государственный орган представляет собой совокупность публично-властной должности или должностей, иерархически связанных между собой, и технического аппарата, обеспечивающего публично-властную деятельность государственного органа.

РОССИЙСКОЕ КАЗАЧЕСТВО И ВОИНСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ ГРАЖДАН

*Кузнецов М.П. – ст. преподаватель кафедры административного и
финансового права*

Вопрос о месте и роли российского казачества в системе воинской обязанности граждан¹ объективно возникает в практической плоскости со времени законодательного закрепления института государственной службы членов казачьих обществ². На наш взгляд, это обусловлено многими факторами, но к основным относятся не все из них. Прежде всего, необходимо отметить, что от степени решения проблемы зависит, в том числе, становление новой разновидности государственной службы³ и занятие казачеством соответствующей ниши в государстве и обществе. До 1917 года войска казачьи входили в состав постоянных войск Военно-сухопутных Сил Российской Империи, и казаки исполняли воинскую повинность в формах, напоминающих современное содержание воинской обязанности⁴.

Важным фактором, свидетельствующим о поиске государством совместно с обществом вариантов восстановления справедливости в отношении исторически сложившейся общности граждан (казачества), явилось принятие в 2005 году Федерального закона «О государственной службе российского казачества». В нем, в частности, предусмотрено, что российское казачество в установленном порядке 1) оказывает содействие государственным органам в организации ведения воинского учета членов казачьих обществ; 2) организует военно-патриотическое воспитание призывников, их подготовку к военной службе; 3) проходит военную службу в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках, воинских (специальных) формированиях и органах; 4) осуществляет вневойсковую подготовку членов казачьих обществ во время их пребывания в запасе.

Теоретическая сложность видения проблемы обусловлена ее пограничным положением между конституционным, административным, военным, казачьим и другими видами законодательства, а также сравнительно долгим отсутствием нормативно-правовой базы государственной службы российского казачества⁵. Видимо, по этой причине современные исследователи отдельных видов исполнения воинской обязанности граждан А.Т. Вахидов (поступление на военную службу по

¹ ФЗ от 28.03.1998 г. № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе». - СЗ РФ. 1998. №13. Ст. 1475.

² ФЗ от 05.12.2005 г. № 154-ФЗ «О государственной службе российского казачества». - СЗ РФ. 2006. №1. Ст. 1137.

³ См., напр.: ФЗ от 27.05.2003 г. № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации». - СЗ РФ. 2003. № 22. Ст. 2063. Однако принятый ФЗ «О государственной службе российского казачества» не соответствует отдельным положениям вышеназванного Федерального закона.

⁴ Военное законодательство Российской Империи. Вып. 10. Военный университет. - М., 1996. С. 71.

⁵ См., напр.: Указ Президента РФ от 16.04.1996 г. №563 «О привлечении членов казачьих обществ к государственной и иной службе». - СЗ РФ. 1996. №17. Ст. 1954.

контракту)¹, А.С. Лопатин (прохождение военной службы)², Ю.И. Мигачев (прохождение военной службы)³, М.М. Мухамадеев (допризывная подготовка)⁴, А.С. Сухарев (воинский учет, призыв на военную службу)⁵, Ю.И. Тихомиров (военная служба) не учитывали особенностей прав и обязанностей членов казачьих обществ в области обороны, особенности форм и методов реализации исполнительной власти в оборонной сфере в отношении казачества. Так, отсутствие исследований проблемы не позволило законодателю предусмотреть в статье 5 ФЗ «О государственной службе российского казачества» функцию оказания содействия органам местного самоуправления в организации и ведении первичного воинского учета членов казачьих обществ. Представляется, что по данной причине не закреплена в законе и механизм реализации задач, возложенных на казачество в области воинской обязанности граждан. Об этом свидетельствует отсутствие в нормативных правовых актах норм, обязывающих Президента РФ и Правительство РФ определить порядок осуществления органами военного управления, местного самоуправления и казачьими обществами первичного воинского учета казаков⁶. Вместе с тем в целях оказания помощи органам местного самоуправления в ведении первичного воинского учета граждан члены казачьих обществ могут: осуществлять сбор информации о членах казачьих обществ, их детей мужского пола (далее - казаков), подлежащих воинскому учету; обеспечивать явку казаков для медицинского обследования при постановке на воинский учет; вызывать казаков по вопросам воинского учета и оповещать их о вызовах (повестках) соответствующих военных комиссариатов; определять порядок оповещения казаков о вызовах в военные комиссариаты; принимать граждан по вопросам воинского учета; вносить в органы местного самоуправления и в соответствующие военные комиссариаты предложения по совершенствованию воинского учета; направлять по запросам органов местного самоуправления необходимые сведения о казаках, подлежащих воинскому учету; обеспечивать контроль за постановкой на воинский учет казаков при смене ими места жительства в пределах территории войскового (отдельческого) казачьего общества.

Для оказания помощи органам внутренних дел по обеспечению исполнения гражданами обязанностей по воинскому учету казачьи общества на договорной основе могут принимать участие в розыске призывников и других граждан, уклоняющихся от воинского учета.

¹ Вахидов А.Т. «Организационно-правовые основы поступления граждан на военную службу по контракту в Вооруженные Силы Российской Федерации». Дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н.: Военный ун-т. - М., 1996.

² Лопатин А.С. «Административная ответственность военнослужащих и порядок ее реализации». Автореферат дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н. - М., 1996.

³ Мигачев Ю.И., Тихомиров Ю.И. Военное право. - М., 2002.

⁴ Мухамадеев М.М. «Социально-педагогические основы деятельности военных комиссариатов по совершенствованию допризывной подготовки молодежи». Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н. - М., 1998.

⁵ Сухарев А.С. «Административно-правовое положение военных комиссариатов». Дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н. - М., 2002.

⁶ См. ФЗ «О государственной службе российского казачества».

Особо важно участие казачьих обществ в военно-патриотическом воспитании граждан, в том числе на военных традициях российского казачества, на боевых традициях воинских соединений и частей, носящих казачьи наименования. Представляется актуальным инициирование создания в этих целях казачьих классов в образовательных учреждениях общего основного (среднего) образования и молодежных казачьих общественных организаций патриотической (военно-патриотической) направленности.

В рамках добровольной подготовки казаков, не пребывающих в запасе, к военной службе казачьи общества могут обеспечить участие молодежи в занятиях военно-прикладными видами спорта, такими как мотоциклетный, парашютный, радиоспорт.

Вне научной разработки оказались вопросы особенностей пребывания членов казачьих обществ в запасе Вооруженных Сил и других войск Российской Федерации, включая особенности их административно-правового статуса (далее - статуса)¹. Вместе с тем актуальность подобной работы очевидна. Она обусловлена, во-первых, повышением роли запаса в системе обороноспособности государства. Во-вторых, существует необходимость дифференцирования запаса и приведения его структуры в соответствие с современными реалиями, а именно выделения в нем Резерва запаса². По нашему мнению, помимо граждан, не прошедших военную службу, за исключением лиц, окончивших военные кафедры, уволенных из правоохранительной службы, членов казачьих обществ, которые вместо военной службы, возможно, будут нести на договорной основе государственную службу по охране Государственной границы Российской Федерации или участвовать в охране общественного порядка, целесообразно зачислять в Резерв запаса без присвоения им воинского звания. Перевод таких лиц в запас из его Резерва возможен для членов казачьих обществ после сдачи экзамена (зачетов) по результатам вневойсковой подготовки. В-третьих, наличие института государственной службы российского казачества требует изучения возможных вариантов специального воинского учета по запасу (бронирование) отдельных чинов казачьих обществ для управления войсковыми, а в некоторых случаях и отдельческими казачьими обществами на период военного положения. В настоящее время названная позиция нормативными правовыми актами не предусмотрена³. Вместе с тем в истории Российского государства прецедент имелся: в 1903 году было утверждено «Учреждение гражданского управления казаков», которым устанавливалась подчиненность гражданского управления «...войска Донского, областей Кубанской, Терской и земель казачьих войск Астраханского, Оренбургского, Уральского, Семиреченского, Забайкальского, Амурского и Уссурийского

¹ Запас ВС РФ предназначен, в первую очередь, для своевременного перевода войск на организацию и состав военного времени, а также является основным источником формирования профессиональной армии. См., напр.: М.П. Кузнецов. Социальный статус граждан, пребывающих в запасе, и проблемы его реализации. Уч. пособие. – Оренбург: «Оренбургская губерния», 2000. С. 23.

² Под Резервом запаса автор полагает считать ту часть граждан, которые зачислены в запас без прохождения военной службы и без военно-учетной специальности.

³ См., напр.: ФЗ «О воинской обязанности и военной службе».

Военному Министерству через Главное управление казачьих войск...» как в мирное, так и в военное время¹. Представляется, что согласование номенклатуры чинов казачьих обществ для постановки на специальный учет необходимо проводить Генеральному штабу Вооруженных Сил РФ при участии соответствующих подразделений Администрации Президента РФ дифференцированно для каждого войскового казачьего войска. На наш взгляд, этот процесс должен повлечь изменения в законодательстве об объединениях граждан, так как иначе общественные организации казаков, внесенные в государственный реестр, будут иметь привилегии от государства по сравнению с другими общественными организациями.

Вопрос о приписке членов казачьих обществ к воинским частям и соединениям, которым присвоены традиционные казачьи наименования, вполне разрешим в рамках законодательства, но сложность видится в том, что их количество ограничено. Поэтому вполне возможно при приписке казаков применение не только территориального, но и экстерриториального принципа².

Запас Вооруженных Сил и других войск Российской Федерации имеет для национальной безопасности не меньшее стратегическое значение, чем факт наличия ядерного, высокоточного оружия и войск постоянной готовности. Его потенциал для перевода войск на штаты военного времени является важным сдерживающим фактором. Представляется, что он достаточно долгое время будет основным источником комплектования профессиональной армии³.

Казачеству в рамках государственной службы и воинской обязанности законом определена задача вневойсковой подготовки членов казачьих обществ, пребывающих в запасе. Это, по нашему мнению, не в полной мере соответствует содержанию пребывания граждан в запасе, а тем более, возможностям казаков. Потенциал запаса определяется качеством подготовленности и количеством граждан, пребывающим в нем, их моральным духом⁴. Представляется, что этот комплексный критерий позволяет понять действительные возможности казачества.

Прежде всего, не определены функции вневойсковой подготовки членов казачьих обществ, пребывающих в запасе, но их можно выявить сравнительным анализом с функциями войсковой (военные сборы) подготовки военнообязанных запаса⁵. К последним относятся: подготовка и переподготовка граждан по военно-учетным специальностям; накопление

¹ СЗ РИ. Кн. 1. Т. 2. С. 1326. В сб. Военное законодательство Российской Империи. Выпуск 10. - М., 1996. С. 121.

² См., напр.: Положение о воинском учете, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 25.12.1998. СЗ РФ. 1999. №1. Ст. 192.

³ Кузнецов М.П. Указ. соч. С. 3-4.

⁴ Кузнецов М.П. Указ. соч. С. 2.

⁵ В настоящее время термин «вневойсковая подготовка» применяется в бюджетном законодательстве (См., напр: ст. 123 ФЗ от 23.12.2004 г. №173-ФЗ «О федеральном бюджете на 2005 год») и в Приказе Минобороны РФ от 03.05.2001 г. №202, которым утверждена инструкция о подготовке граждан к военной службе по военно-учебным специальностям.

военно-обученных специалистов, необходимых для мобилизационного развертывания Вооруженных Сил РФ и их доукомплектования в ходе войны; обслуживание военной техники и вооружения неприкосновенного запаса.

Анализ показывает, что функциями вневойсковой подготовки казаков могут быть: подготовка членов казачьих обществ, пребывающих в Резерве запаса для перевода в запас; подготовка казаков-добровольцев для поступления на военную службу по контракту; подготовка резервистов для казачьих формирований войскового типа, предназначенных для местной обороны; подготовка из запасников, не приписанных к воинским частям казачьих формирований для решения при мобилизации (в том числе и частичной) задач по усилению государственной границы на тех направлениях, где отсутствуют войска прикрытия; подготовка казачьих формирований для гражданской обороны. Кроме перечисленных функций вневойсковой подготовки членов казачьих обществ, по мнению ведущего исследователя истории казачества России, профессора Л.И. Футорянского важным является поддержание казачьих традиций (умение владеть конем, холодным и огнестрельным оружием и т.д.)¹. Следует подчеркнуть, что ни одна из предложенных функций не имеет нормативно-правового закрепления, тем не менее, рассмотрим их подробнее.

Подготовка членов казачьих обществ, зачисленных в запас (именно в Резерв запаса) без прохождения военной службы вполне может быть реализована в форме вневойсковой подготовки по программам, определяемым для них Генеральным штабом Вооруженных Сил РФ. После выполнения казаками программ и сдачи зачетов (экзаменов) военными комиссарами им присваивается воинское звание «рядовой» и они переводятся из Резерва запаса в запас. Свое правовое закрепление эта функция может получить путем внесения дополнений в Постановление Правительства РФ от 31 декабря 1999 г. №1441 «Об утверждении Положения о подготовке граждан к военной службе»² и приказ Министра обороны РФ от 3 мая 2001 г. №202 «Об утверждении Инструкции о порядке подготовки граждан Российской Федерации по военно-учетным специальностям солдат, матросов, сержантов и старшин в общественных объединениях и образовательных учреждениях начального профессионального образования и среднего профессионального образования». В настоящее время они регулируют вневойсковую обязательную подготовку граждан к военной службе по призыву и не распространяются на граждан, пребывающих в запасе (именно в Резерве запаса). Таким образом, дополнения в перечисленные правовые акты управления должны обеспечить: а) закрепление и конкретизацию института вневойсковой подготовки членов казачьих обществ и других граждан, пребывающих в запасе (Резерве запаса); б) закрепление перечня военно-учетных специальностей солдат и сержантов,

¹ Футорянский Л.И. Казачество: взгляд из настоящего в прошлое. // История и культура славян Южного Урала. - Оренбург, 1995. С. 44-46; Он же: Казачество России на рубеже веков. - Оренбург, 1998.

² СЗ РФ. 200. №2. Ст. 225.

по которым казацкие общества могут готовить резервистов; в) закрепление механизма взаимодействия органов военного управления и войсковых (отдельческих) казацких обществ, в том числе и договорного.

Одной из форм повышения воинского статуса членов казацких обществ, пребывающих в запасе, может быть стимулирование прохождения ими аттестации на получение офицерского звания. В настоящее время подобная процедура предусмотрена частью 2 статьи 52 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» для пребывающих в запасе солдат (матросов), сержантов (старшин), прапорщиков (мичманов), которые закончили образовательные учреждения высшего профессионального образования (государственные, муниципальные или негосударственные, имеющие государственную аккредитацию) по специализациям, родственным военно-учетным специальностям (юристы, медицинские работники, ветеринарные врачи и другие).

Внимания заслуживает такая функция российского казачества, как подготовка членов казацких обществ, пребывающих в запасе, для поступления на контрактной основе в Вооруженные Силы и другие войска Российской Федерации. Современное законодательство, как ранее отмечалось, не закрепляет названную функцию в сфере воинской обязанности для казаков. Однако по авторитетному мнению того же профессора Л.И. Футорянского к важнейшим традициям казачества относилась и относится поддержка необходимого уровня готовности казацких войск¹. В соответствии со статьями 32 и 33 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе», а также Положением о призыве на военную службу граждан Российской Федерации², к лицам, поступающим на военную службу по контракту на солдатские и сержантские должности, предъявляются такие требования, как владение государственным языком Российской Федерации, годность к военной службе по состоянию здоровья, профессионально-психологическая пригодность к конкретной военно-учетной специальности, необходимый уровень образования, профессиональной и физической подготовки. Представляется, что реализация названной функции возможна в рамках не только и не столько правовых норм, сколько в границах управления общественных организаций.

Особого внимания заслуживает такая функция вневойсковой подготовки членов казацких обществ, как создание на договорной основе с органами военного управления (включая МЧС РФ и ФСБ РФ) казацких формирований войскового типа для решения задач местной обороны, гражданской обороны и оказания помощи Пограничным войскам ФСБ РФ в охране Государственной границы Российской Федерации как в мирное, так и в военное время. Источником этих формирований могут и должны служить члены казацких обществ, пребывающих в запасе. Принципы, порядок

¹ Футорянский Л.И. Оренбургское казачье войско. // ЭТНОПАНОРАМА. 1999. №1. С. 50-54.

² Постановление Правительства РФ от 01.06.1999 г. «Об утверждении Положения о призыве на военную службу граждан Российской Федерации». СЗ РФ. 1999. №23. Ст. 2857.

образования и вневойсковой подготовки подобных казачьих формирований возможно закрепить Указом Президента РФ, который должен быть принят в соответствии с пунктом 7 статьи 5, либо Постановлением Правительства РФ, которое должно быть принято в соответствии с пунктом 5 статьи 7 ФЗ «О государственной службе российского казачества». Представляется вполне корректным использовать опыт, накопленный органами военного управления в советский период по созданию отдельных формирований, предназначенных для обеспечения мероприятий по переводу Вооруженных Сил на организацию и штаты военного времени.

Реализация перечисленных функций российского казачества на стадии пребывания казаков в запасе Вооруженных Сил и других войск Российской Федерации обуславливает рассмотрение вопроса о соотношении воинских званий по запасу и чинов казачьих обществ. В настоящее время Указом Президента РФ от 24 апреля 1998 года №447 (с изменениями и дополнениями) «О форме одежды, знаках различия и чинах не проходящих военную службу членов казачьих обществ, внесенных в государственный реестр казачьих обществ в Российской Федерации»¹ закреплена административно-правовая норма, согласно которой чины членов казачьих обществ являются специальными званиями, а не квалификационными разрядами государственных служащих (в современном понятии - классными чинами). Этот вопрос, являющийся частью проблемы соотношения воинских званий, классных чинов и специальных званий, Президентом РФ до настоящего времени не урегулирован в системе «казачий чин - воинское звание», но учитывается в системе «воинское звание - казачий чин».

Одним из важнейших аспектов роли и места членов казачьих обществ, пребывающих в запасе, является их административно-правовой статус. В литературе определено два равнозначных подхода к проблеме статуса граждан. Первый заключается в признании общегражданского административно-правового статуса и специальных правовых статусов². Другой подход предусматривает выделение трех его уровней: общего, специального и индивидуального. С учетом позиции А.В. Карепиной и Л.Л. Попова³ комплекс прав и обязанностей, гарантий и ответственности, которыми обладают военнообязанные граждане, является специальным административно-правовым статусом. Однако подобная оценка представляется несколько не завершенной для граждан, пребывающих в запасе (включая казаков), и не совсем соответствует требованиям, предъявляемым к запасу. Запас по своему составу не однороден. По своей сущности он представляет совокупность подготовленных к военной службе в особый период граждан, но на сегодняшний день более половины из них зачислены в запас без прохождения военной службы, а сборовые

¹ СЗ РФ. 1998. № 18. Ст. 2016.

² См., напр.: Бахрах Д.Н. Административное право. 2-е издание. - М.: НОРМА, 2005. С. 148.

³ См., напр.: Административное право. Учебник под ред. Л.Л. Попова. - М.: Юристъ, 2005. С. 603;

Карепина А.В. Административно- правовой статус граждан Российской Федерации. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н. – Вологда, 2002. С. 11.

мероприятия начали проводиться относительно недавно и практически не затронули указанную категорию людей. Следовательно, и административно-правовой статус при несомненных общих чертах имеет особенности для различных групп запасников, включая членов казачьих обществ, не приписанных к воинским частям и другим воинским формированиям.

Анализ показывает, что индивидуальные особенности правового положения казаков на стадии запаса обусловлены теми функциями, которые на них могут быть возложены. Исходя из подобного методологического подхода к проблеме особых обязанностей членов казачьих обществ, пребывающих в запасе, возможно выделить для отдельных чинов ведение первичного воинского учета казаков и оказание помощи государственным органам и органам местного самоуправления в этом вопросе; организация и ведение вневойсковой подготовки членов казачьих обществ; контроль за соблюдением казаками условий договора (контракта), заключенного с органами военного управления по участию в мероприятиях по местной обороне, гражданской обороне и охране государственной границы. Особые права могут состоять в принятии на себя на добровольной основе обязательств по вневойсковой подготовке, в гарантиях защиты со стороны государства жизни и здоровья при выполнении договорных обязательств с органами военного управления в период пребывания в запасе Вооруженных Сил Российской Федерации и при нахождении на военных сборах.

Таким образом, законодатель принятием ФЗ «О государственной службе российского казачества» инициировал появление ряда проблем в области обороны, требующих быстрого решения.

Важнейшая проблема, на наш взгляд, состоит в приведении федеральных законов «Об обороне» от 31 мая 1996 г., «О воинской обязанности и военной службе» от 28 марта 1998 г., «О системе государственной службы Российской Федерации» от 27 мая 2003 г., «Об общественных объединениях» от 19 мая 1995 г.¹ и других в соответствие с Федеральным законом «О государственной службе российского казачества». В свою очередь, эти изменения должны коснуться подзаконных актов Президента РФ, Правительства РФ, Министерства обороны РФ, Министерства образования и науки РФ.

Представляется, что казачьи общества в современных условиях не должны ждать законодателей, а инициировать изменения в законодательстве Российской Федерации. Можно и нужно искать новые формы и методы реализации государственной службы казаков применительно к военной и правоохранительной службе.

¹ СЗ РФ. 1995. №321. Ст. 1930.

ПРИНЦИПЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Курлаева Е.И. – преподаватель кафедры теории государства и права

В настоящее время проблемы юридического образования активно обсуждаются как практикующими юристами, так и представителями вузовской общественности. Однако основное внимание уделяется состоянию практической подготовки и, в частности, внедрению в России юридических клиник. По данному вопросу издаются коллективные работы, проводятся конференции, семинары, диспуты и т.д. Вместе с тем, повышение качества юридического образования нельзя связывать с решением одной этой, пусть и достаточно важной, проблемы. Необходимо создание полноценной концепции юридического образования, учитывающей все аспекты обучения и воспитания будущих юристов. Фундаментом данной концепции должны стать принципы юридического образования, как исходные положения всего учебного процесса.

Всестороннее изучение принципов образования проводится, главным образом, в рамках педагогической науки¹. Задача же юриспруденции состоит, во-первых, в том, чтобы адаптировать результаты педагогических исследований к потребностям юридической практики, а во-вторых – обеспечить их последовательное закрепление в нормативно-правовых актах.

Принципы юридического обучения должны основываться на знании о сущности, содержании, структуре обучения, его законах и закономерностях. Кроме этого, что не менее важно, принципы должны отражать зависимость между объективными закономерностями учебного процесса (педагогическими, социальными, философскими, логическими, психологическими) и задачами, стоящими перед юридическим образованием, иначе они не будут иметь практического значения. Другими словами, принципы – это мост, соединяющий теоретические представления о качествах будущего юриста с практикой его подготовки.

Вместе с тем приходится констатировать, что в юридической литературе данному вопросу не уделяется должного внимания. С.С. Алексеев еще в 70-е годы прошлого века обосновал три основных принципа, положенных в основу построения юридической подготовки, очередности изучения дисциплин, а также их соотношения между собой и с практикой.

¹ Впервые в истории педагогической мысли Я.А. Коменский разработал систему принципов обучения. Он назвал их основоположениями, на которых должен строиться учебный процесс. Со времен Коменского проблема принципов обучения всегда занимала умы многих выдающихся педагогов всего мира (Ж.Ж. Руссо, И.Г. Песталоцци, А. Дистервег, К.Д. Ушинский). Тем не менее, и на сегодняшний день она своего окончательного решения не получила. Одни педагоги выводят принципы из опыта обучения, другие – из философии, теории познания, третьи считают, что основой принципов должны служить закономерности психики детей. Подробнее см.: Дидактика средней школы. Некоторые проблемы современной дидактики / Под ред. М.Н. Скаткина. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Просвещение, 1982. С. 53.

Речь идет о следующих принципах: 1) непрерывность и нарастание сложности обучения; 2) сочетание общего и специализированного в обучении; 3) сочетание в обучении теоретических и прикладных начал¹.

Выделенные принципы являются справедливыми и для современного юридического образования, но не охватывают всего процесса обучения. Считаем, что этот перечень следует дополнить следующими принципами: сочетание обучения с воспитанием и развитием (воспитывающая и развивающая роль обучения), активизация межпредметных связей, научно-обоснованное сочетание традиционных и новых так называемых активных методик обучения.

Каждый из названных принципов заслуживает отдельного внимания. Наиболее часто на страницах юридических периодических изданий обсуждаются вопросы связи теории с практикой, усиление практического обучения при подготовке юридических кадров². Не обойдены вниманием и проблемы сочетания общетеоретической и специализированной подготовки юристов, внедрения активных методов преподавания³. Однако принципы юридического образования как самостоятельная категория учеными практически не исследуются. Отсутствует также и их последовательное нормативное закрепление.

Принципы образования затрагивают все составляющие образовательного процесса, но наибольшее значение имеют исходные начала, определяющие содержание подготовки юридических кадров. Содержание образования отражает конечный результат, к которому стремится личность, общество и государство, а также уровень образованности и достижения, выражающиеся в знаниях, умениях, навыках и личностных качествах. Следовательно, непрофессиональный подход к выработке стратегии развития юридического образования, в том числе содержания обучения, в перспективе не позволит обществу и государству получить квалифицированных юристов, способных самостоятельно решать проблемы правового строительства. Такие принципы, как сочетание общего и специализированного, теоретического и практического начал в обучении, определяют исходные начала содержания юридического образования и, в первую очередь, обучения.

Действующий Государственный образовательный стандарт высшего профессионального образования по специальности 021100

¹ Алексеев С.С. Введение в юридическую специальность. – М.: Юрид. лит.-ра, 1976. С. 221.

² Безрядин В.И., Проценко Е.Д. Профессиональная подготовка юристов: вопросы организации и проведения производственной практики студентов. // Юридическое образование и наука. 1999. №1;

Доброхотова Е. О роли юридических клиник в программах правовых реформ: Как выстроить программу клинического юридического образования в систему традиционных занятий. // Правоведение 2000. №4;

Кузнецов А.П., Париков О.В. Совершенствование качества вузовской подготовки юристов (обзор межвузовской научно-методической конференции). // Юридическое образование и наука. 2002. №3. и др.

³ Батиев Л.В. О методах юридического образования: По материалам семинара юридических вузов Российской Федерации «Современные методы преподавания юриспруденции». Москва, 26-28 мая 1997 г. // Северо-Кавказский юридический вестник. 1997. №3; Невважай И.Д., Пугачева Л.Г., Гнидина Ю.А. Роль активных методов обучения в реализации целей и задач государственного образовательного стандарта высшего юридического образования. // Вестник СГАП. 1999. №4 (19). и др.

«Юриспруденция», утвержденный Министерством образования Российской Федерации 27.03.2000 года¹ (далее - также образовательный стандарт, стандарт, ГОС ВПО), предполагает включение в содержание юридического образования следующих элементов: общенаучные, общеправовые и специально-правовые знания.

Основной проблемой является обеспечение оптимального сочетания и гармоничного взаимодействия всех составляющих. В существующем виде минимум содержания основной образовательной программы подготовки юриста, содержащийся в образовательном стандарте, значительно расширен за счет цикла общих гуманитарных, социально-экономических, а также математических и естественно-научных дисциплин, которые в совокупности составляют 2 200 академических часов. Это составляет более 25% от объема профессиональной подготовки, что, на наш взгляд, искажает юридический профиль образования. Затронутый вопрос, безусловно, имеет более широкое значение, поскольку в настоящее время отсутствуют четкие, выверенные со всех точек зрения рекомендации по сочетанию фундаментальной и профессиональной подготовки в рамках юридического образования. Однако следует помнить, что на юридическое образование нельзя возложить решение всех проблем по воспитанию и обучению всесторонне грамотных культурных индивидов. Очевидно, что большая часть данной работы должна осуществляться средней школой.

Следующим важным моментом является структура самих профессионально-правовых знаний. Образовательный стандарт закрепляет сочетание фундаментальных и специальных правовых знаний². Верный в своей основе подход искажается, на наш взгляд, конкретным содержанием стандарта. Явное предпочтение отдано общепрофессиональной подготовке. Так, время, отведенное ГОС ВПО на изучение цикла общепрофессиональных дисциплин, составляет 6 062 часа, а на освоение дисциплин специализации – 1 620 или приблизительно 27% от объема фундаментальной подготовки. Требования к минимуму содержания имеются только в отношении цикла общепрофессиональных дисциплин. Предметы специализации остались полностью за рамками стандарта и являются сферой заботы исключительно вуза. Подобное состояние дел нельзя признать удовлетворительным. В настоящее время такая автономия вузов только отрицательно сказывается на качестве специализации, которая превращается в простую формальность. Дальнейшее правовое регулирование требует разработки самой концепции специализированного обучения. В этих целях необходимо решить ряд принципиальных вопросов. В первую очередь, чьим интересам оно служит, какое место занимает в системе подготовки юридических кадров и как отражается в процессе итоговой аттестации выпускника.

¹ Текст документа официально опубликован не был. Использован текст, содержащийся в Справочной правовой системе «КонсультантПлюс».

² Мы считаем такой подход наиболее оптимальным. Однако долгое время в юридической общественности не утихали споры относительно предпочтений общепрофессиональной или исключительно специальной подготовке юристов.

Непосредственное влияние на содержание юридического образования имеет проблема сочетания теоретического и практического компонента в процессе подготовки юридических кадров. Необходимо отметить, что критика, обрушившаяся в последнее время на систему юридического образования и ставящая во главу угла недостаточность практической подготовки будущих юристов, имеет и обратную сторону. На наш взгляд, не следует абсолютизировать, преувеличивать роль практического обучения. Во всем должно быть разумное решение, в том числе и в вопросе соотношения теоретической и практической подготовки юристов. При обучении только юридическим навыкам, технике действий, без обогащения студента знаниями обучение неизбежно превратится в профессиональную «дрессировку»¹. Только с усвоения знаний начинается формирование мышления, а само обучение способно оказывать воспитывающее и развивающее воздействие. В то же время знания наилучшим образом закрепляются в процессе их практического использования.

Вместе с тем, очевидно и то, что обучение практическим навыкам в рамках юридического вуза является крайне неудовлетворительным. Основная задача состоит в том, чтобы обеспечить оптимальное сочетание двух важных компонентов юридического образования: теоретического и практического. В настоящее время не существует законодательной базы и методического обоснования гармоничного сочетания этих двух направлений. ГОС ВПО прямо указывает только один путь получения и совершенствования практических навыков: практику. В действительности это порождает ситуацию, когда студент отправляется на практику не как на «один из видов занятий», а как на «первый бал Наташи Ростовской»². Подобное размежевание теоретических и практических форм обучения не приводит к достижению положительного результата в деле формирования профессиональных навыков. Получение теоретических знаний должно осуществляться в непосредственном единстве с их практическим закреплением при использовании всех форм учебных занятий.

Вместе с тем, хотелось бы обратить внимание на отдельные проблемы, касающиеся напрямую практического обучения. На наш взгляд, такая традиционная форма учебного процесса, как практика, требует существенного реформирования правового регулирования. К сожалению, о практике чаще всего говорят как о изжившей себя форме, ограничиваются констатацией факта ее недостаточной эффективности. Да, студенты зачастую являются пассивными созерцателями деятельности тех учреждений, где проходят практику³. Однако отказываться от нее в процессе юридического образования недопустимо, поскольку организация при каждом вузе

¹ Столяренко А.М. Юридическая педагогика. Курс лекций. – М.: Ассоциация авторов и издателей «ТАНДЕМ». Изд-во «ЭКМОС», 2000. С. 7.

² Профессиональные навыки юриста. Опыт практического обучения. / Отв. ред. Л.А.Воскобитова, Л.П. Михайлова, Е.С. Шугрина. – М.: Изд-во «ДЕЛО», 2001. С. 20.

³ Туманова Л. Сделать образование практическим (об опыте «юридических клиник»). // Российская юстиция. 1999. №5. С. 54.

юридических клиник не позволит решить всех вопросов практической подготовки студентов.

На наш взгляд, существует необходимость в решении трех групп задач. Речь идет о правовом регулировании организации практики, методическом обеспечении процесса прохождения практики студентами и формах контроля за результатами практики.

Федеральный закон от 22.08.1996 года №125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» (в ред. от 21.04.2005 года)¹ практически не регулирует вопросы организации и прохождения студентами вузов практики. Пункт 9 статьи 11 Закона указывает только на договорный характер отношений между организацией, принимающей практиканта, и вузом, его направляющим. Положение о порядке проведения практики студентов образовательных учреждений высшего профессионального образования, утвержденное Приказом Министерства образования Российской Федерации от 25 марта 2003 года №1154², устанавливая общие требования к организации практики, отсылает, главным образом, к ГОС ВПО и документам, разрабатываемым самим вузом. Цели и объемы практики, а также требования к организации практики, в соответствии с указанным Положением, определяются образовательным стандартом. Задача вузов состоит в разработке и утверждении документов, непосредственно регламентирующих организацию практического обучения студентов.

Действующий образовательный стандарт вопросам организации и прохождения практики уделяет крайне мало внимания. Пункт 6.5 «Требования к организации практики» состоит всего из трех предложений, определяющих цель и длительность практики в целом. При этом не содержится каких-либо организационных, методических рекомендаций ни в отношении порядка прохождения практики (ее отдельных видов), ни в отношении выбора эффективных способов контроля за действительными результатами практики.

Все указанные вопросы нуждаются в последовательном правовом регулировании. Кроме этого, необходимо законодательно определить правовую природу отношений, возникающих между вузом и организацией, принимающей студента на практику, уточнить предмет и содержание договора о прохождении практики. Для обеспечения оптимального сочетания практических и теоретических занятий следует закрепить в стандарте требования к каждому виду практики, правила распределения времени практики в учебном процессе.

Следующим важным принципом юридического образования является сочетание обучения и воспитания. Легальная дефиниция образования, содержащаяся в Законе РФ от 10.07.1992 года №3266-1 «Об образовании» (в ред. от 21.07.2005 года)³, исходит из единства обучения и воспитания. Однако

¹ СЗ РФ. 1996. №35. Ст. 4135.

² Российская газета от 5 июня 2003 г. №108.

³ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. №30. Ст. 1797.

если вопросам юридического обучения (пусть не всем и не в равной мере) уделяется хоть какое-то внимание, то проблемами воспитательного процесса в рамках юридического образования, смело можно говорить, практически никто из ученых не занимается. Нельзя сказать, что затронутый сегмент образования не исследуется. Государство уделяет воспитанию подрастающего поколения определенное внимание. Доказательством тому служат проводимые под эгидой соответствующих министерств семинары, разрабатываемые программы воспитания и т.д. Однако этого крайне недостаточно, поскольку, во-первых, эта деятельность должна быть более активной, учитывая чрезвычайную важность вопроса, а во-вторых – основная часть проделанной работы ориентирована на дошкольное, общее, реже среднеспециальное образование¹. Что же касается воспитания в рамках высшего профессионального образования в целом и по отдельным специальностям, то эти вопросы не избалованы вниманием ни ученых, ни «государственных мужей».

Все сказанное в полной мере справедливо и в отношении юридического воспитания, которое в рамках юридического образования имеет две составляющие: общее и профессиональное. Последнее более правильно, на наш взгляд, определить как юридическое воспитание. В таком виде данная категория, с одной стороны, будет рассматриваться как составная часть правового воспитания вообще (что является логичным), а с другой – иметь собственное смысловое значение, а, следовательно, особые цели, средства и приемы. Специфика воспитательного процесса, осуществляемого в рамках юридического образования, очевидна и требует самостоятельного изучения. В связи с этим следует обратить более пристальное внимание изучению сущности, методов, целей и других вопросов применительно именно к юридическому воспитанию. От эффективности решения данных вопросов во многом зависит качество выпускаемых юридических кадров.

Образовательный стандарт определяет лишь эталон воспитанности в виде качеств, подлежащих культивированию в процессе юридического образования, которыми в действительности должны обладать все граждане без исключения: гражданская зрелость, общественная активность, нравственное сознание, твердость моральных убеждений, гуманность и т.д. Это позволяет говорить о наличии лишь программы общего, но не профессионального воспитания. Следовательно, никакой оригинальной концепции юридического воспитания в образовательном стандарте не

¹ Программа развития воспитания в системе образования России на 1999-2001 годы, утвержденная Приказом Минобразования РФ от 18 октября 1999 года. // Бюллетень Министерства образования РФ. 1999. №12; Приказ Минобразования РФ от 01 декабря 1999 г. №1025 «Об организации процесса физического воспитания в образовательных учреждениях начального, среднего и высшего профессионального образования». // Бюллетень Министерства образования РФ. 2000. №2; Программа развития воспитания в системе среднего профессионального образования на 2001-2005 годы, утвержденная Приказом Минобразования РФ от 05 марта 2001 г. // Бюллетень Министерства образования РФ. 2001. №5; Письмо Минобразования РФ от 02 апреля 2002 г. № 13-51-28/13 «О повышении воспитательного потенциала образовательного процесса в общеобразовательном учреждении» // Вестник образования. 2002. №14.

заложено. Более того, дальше общих требований к моральному облику будущего юриста составители стандарта не пошли. Другими словами, каких-либо требований к воспитательным программам вуза, рекомендаций по их разработке, реализации и т.д. в образовательном стандарте не содержится. Единственным ориентиром в данной ситуации является Перечень показателей государственной аккредитации высшего учебного заведения, утвержденный Приказом Министерства образования РФ от 29.06.2000 г. № 1965¹. Указанный перечень определяет параметры воспитательной работы вуза. При этом основное внимание уделяется характеристике условий для внеучебной работы с обучающимися (наличие административной структуры, студенческого самоуправления, возможность использования материально-технической базы для внеучебной работы с обучающимися и т.д.). Значение климата в юридическом вузе трудно переоценить. Нельзя не согласиться с тем, что в учебных заведениях царит, зачастую, нездоровая моральная атмосфера, обусловленная системой взяточничества и поборов, проникновения представителей коррумпированных и криминальных структур и т.п.² На состояние воспитательного процесса оказывают влияние и другие факторы: авторитет личности преподавателя, система мотивации абитуриентов при выборе будущей профессии, жизненная позиция студента и многое другое. Безусловно, вуз при разработке концепции воспитательной работы должен отслеживать и учитывать особенности студенческого коллектива. Однако это не умаляет значение собственно профессионального воспитания в рамках юридического образования.

Обязанность по разработке концепции воспитательной работы в образовательном учреждении названным приказом полностью возложена на само учреждение. Рекомендаций по оптимальному сочетанию воспитания и обучения в рамках учебных занятий в настоящее время отсутствуют. Более того, можно сделать вывод, что государство больше обеспокоено общим (гражданским, патриотическим, духовно-нравственным) воспитанием. Что же касается профессионального воспитания будущих юристов, то этим вопросам не уделяется должного внимания.

Первостепенного внимания требует выработка программы воспитания в рамках юридического вуза. Отсутствие последней и составляет основной недостаток современного профессионального образования в целом. Следует полностью согласиться с педагогами в том, что «беспрограммное воспитание плетется вслед случайным обстоятельствам: зависит от погоды, праздников, традиций, событий, случайно родившейся идеи в голове педагога, моды и т.д.»³. С привлечением специалистов в области юриспруденции, педагогики должна быть разработана общая программа воспитания в рамках

¹ Бюллетень Министерства образования РФ. 2000. №12.

² Глазырин Ф.В. Учебно-воспитательный процесс – основной фактор формирования специалиста-юриста. // Проблемы эффективности юридического образования: Материалы научно-практической конференции. – Волгоград: Изд-во ВРО МСЮ, 2002. С. 9.

³ Педагогика. Учеб. пособие для студентов педагогических вузов и педагогических колледжей. / Под ред. П.И. Пидкасистого. – М.: Педагогическое общество России, 2001. С. 437.

юридического образования, положения которой будут конкретизироваться в программах воспитания по дисциплинам и курсам, что обеспечит непрерывность воспитательного воздействия. Научные разработки в области правового воспитания могут быть взяты за основу и переработаны с учетом специфики целей и задач профессионального правового воспитания юристов¹. При этом общие требования к таким программам должны содержаться в образовательном стандарте (тогда как в настоящее время он является лишь стандартом обучения). Статья 5 Закона о высшем образовании (с учетом систематического толкования с преамбулой Закона об образовании) позволяет включать в образовательные стандарты высшего профессионального образования требования к программам воспитания.

При этом критерии оценки полученного результата воспитания остаются наиболее слабым местом в системе образования. Как уже было отмечено, формы контроля легко применить для проверки полученных знаний. Но оценка качеств личности – дело более сложное, поскольку может расцениваться как посягательство на ее автономию. Тем не менее, педагогическая наука не стоит на месте, и в настоящее время наиболее приемлемым признана оценка качества воспитательного процесса, проводимого в отношении всего образовательного учреждения в целом, а не отдельной личности². Однако подобные методики оценки разработаны лишь в отношении образовательных учреждений, реализующих общеобразовательные программы³. На наш взгляд, следует активизировать работу в этом направлении, поскольку в конечном итоге это позволит повысить качество высшего образования в целом.

Предложенные направления правового регулирования отдельных принципов юридического образования, безусловно, не обеспечат решение всех существующих в настоящее время проблем подготовки юридических кадров. Необходимо проведение дальнейшей работы как по исследованию самой категории «Принципы юридического образования», так и формулированию целостной системы принципов, отражающей закономерности учебного и воспитательного процесса в рамках юридического образования.

¹ В юридической литературе вопросам правового воспитания граждан, характеристике основных его направлений уделяется достаточно внимания. См. напр.: Оксамытный В.В. Правовое воспитание – важный фактор формирования социально активной личности. – Киев: Наукова думка, 1979.

² См. например: Подласый И.П. Педагогика: Новый курс: Учеб. для студ. высш. учеб. заведений: В 2 кн. Кн. 2. Процесс воспитания. С. 31-37.

³ См. Письмо Минобразования РФ от 15 октября 2003 г. №24-51-212/13-28-51-793\16 «О направлении для использования в практической работе Методических рекомендаций по аттестационной и аккредитационной оценке воспитательной деятельности образовательных учреждений, реализующих общеобразовательные программы различного уровня и направленности». // Вестник образования. 2003. №23.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ И НАДЗОРА В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ РФ

*Михайлова Е.С. – ст. преподаватель кафедры административного и
финансового права, к.ю.н.*

Контроль – важнейшая функция государственного управления. Наряду с надзором контроль осуществляется органами исполнительной власти Российской Федерации. Несмотря на кажущееся сходство данных понятий, они и по своему значению, и по своему содержанию различны. В настоящее время в связи с сокращением государственного вмешательства в деятельность различных организаций и граждан осуществление надзорных функций увеличивается. Вместе с тем снижается проведение контрольных мероприятий. Это ярко иллюстрирует проводимая административная реформа, в рамках которой были созданы такие организационно-правовые формы деятельности органов исполнительной власти федерального уровня, как федеральные надзоры. Несмотря на название, данные органы призваны осуществлять как надзор, так и контроль в соответствующей сфере деятельности. В этой связи следует разобраться в проблемах взаимоотношения данных понятий.

В теории административного права встречается мнение о тесной взаимосвязи контроля и надзора, вплоть до того, что административный надзор является специфической разновидностью государственного контроля. В законодательстве эти понятия зачастую также не разделяются. Например, Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» от 8 августа 2001 г.¹ дает общее определение понятию государственный контроль и надзор, не разграничивая их: «государственный контроль (надзор) – проведение проверки выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, при осуществлении их деятельности, обязательных требований к товарам (работам, услугам), установленных федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативно-правовыми актами».

В Федеральном законе от 8 августа 2001 г. №128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»² понятие надзора за соблюдением лицензиатом лицензионных требований и условий определяется как система мер, осуществляемых лицензирующими органами, государственными надзорными и контрольными органами, в пределах их компетенции, в целях обеспечения соблюдения лицензиатами при

¹ СЗ РФ. 2001. №33 (ч. 1). Ст. 3436; СЗ РФ. 2002. №44. Ст. 4297; СЗ РФ. 2003. №2. Ст. 169.

² СЗ РФ. 2001. №33 (ч.1). Ст. 3430.

осуществлении лицензируемых видов деятельности соответствующих лицензионных требований и условий. В данном нормативном акте предполагается, что и контрольные, и надзорные органы осуществляют надзор за лицензионной деятельностью, а границы такого надзора определяются только компетенцией соответствующего органа.

Таким образом, из анализа отдельных нормативных актов, устанавливающих правовые нормы по проведению тех или иных видов контроля и надзора, видно, что до сих пор не выработаны универсальные, законодательно закрепленные критерии, позволяющие разграничить контроль и надзор.

Однако есть и другие точки зрения. В теории административного права административный надзор рассматривается как самостоятельный вид контрольно-надзорной деятельности органов государственной власти.¹ А по мнению Д.М. Овсянко, вообще не следует отождествлять понятия контрольной и надзорной деятельности, необходимо определить особенности, назначение и место каждого в системе способов обеспечения законности и дисциплины в государственном управлении². Существует и такое мнение, согласно которому вместо несогласованных трактовок понятий «государственный контроль» и «надзор» предлагается использовать правовой термин «контроль» вместо существующего в законодательстве термина «надзор» применительно к специфической функции в деятельности органов государственного управления, «надзор» же применять только к деятельности прокуратуры.³ В целом проводят разделение понятий «контроль» и «надзор» по следующим основаниям.

Если рассматривать содержание административного надзора, то оно связано с проверкой только законности действий объекта надзора, тогда как контроль осуществляется как за законностью, так и за целесообразностью принимаемых решений подконтрольных субъектов.

Административный надзор осуществляется по определенному кругу вопросов в отношении всех субъектов хозяйственной деятельности. В отличие от этого, государственный контроль проводится только в отношении подведомственных предприятий, учреждений и организаций. Поэтому можно говорить о «ведомственном контроле» и «надведомственном надзоре».

Можно разграничить эти понятия и по объему полномочий органов, их осуществляющих: в отличие от контрольной деятельности, при осуществлении надзора не происходит вмешательства в оперативно-хозяйственную производственную деятельность подконтрольного субъекта, органы административного надзора не могут применять дисциплинарную ответственность. Органы надзора, в отличие от органов контроля, не несут

¹Административное право: Учебник / Под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. - М.: Юристъ, 1999. С. 455-457; Овсянко Д.М. Административное право: Учебное пособие / Под ред. проф. Г.А. Туманова. - М.: Юристъ, 1997. - С. 148.

² Овсянко Д.М. Административное право. - М., 2001. С. 81.

³ Ерицын А.В. Государственный контроль за соблюдением законодательства субъектами предпринимательской деятельности (теоретический аспект). // Государство и право. 2002. №2. С. 105.

никакой ответственности за результаты хозяйственной деятельности поднадзорных предприятий и организаций, не указывают конкретные способы устранения правонарушений, хотя и могут давать рекомендации. Органы надзора только фиксируют правонарушение и дают предписание по его устранению в определенный срок под угрозой применения санкций.

Кроме всего вышеизложенного, органы административного надзора имеют возможность самостоятельно применять меры административного принуждения в случаях обнаружения правонарушений или возникновения угроз безопасности различным объектам.

Вместе с тем, надзор, как и контроль, - исполнительно-распорядительная деятельность. Может быть, поэтому их практически не различают в повседневной деятельности. Назрела необходимость унифицировать понятие «государственный контроль». Для этого рассмотрим данную категорию подробнее.

В определении сущности контроля среди ученых нет единства. Авторы определяют его и как средство, как фактор, форму, элемент, функцию, деятельность, систему, обратную связь, условие, регулятор, гарант, явление, институт, метод, правомочие, атрибут и т.д. Однако эти подходы преследуют цель не столько дать универсальное определение контроля, сколько говорят о рассмотрении данной дефиниции через различные научные направления (философское, управленческое, правовое, политическое и т.д.) В этой связи можно согласиться с позицией каждого автора, признать за контролем особую многогранность и емкость, но постараться выработать универсальное понятие контроля для его правового закрепления.

Контроль сам по себе не представляет первичной деятельности, он касается действий, осуществляемых независимо от контроля.¹ Вместе с тем, контроль является и самостоятельным видом работы. Его сущность состоит в наблюдении за соответствием деятельности подконтрольного объекта тем предписаниям, которые объект получил от управляющего органа или должностного лица.²

Государственному контролю присущи определенные функции. Можно выделить информационную, предупредительную, регистрирующую и правоохранительную функции контроля.

Информационная функция выражается в сборе, обобщении, анализе и оценке информации о состоянии подконтрольных объектов и передаче ее соответствующим органам управления для принятия, обеспечения или корректировки управленческих решений, а также предприятиям, учреждениям, организациям, общественным объединениям и гражданам для обеспечения соблюдения их законных прав и интересов.

Предупредительная функция государственного контроля выражается в проверке соблюдения разнообразных норм, правил и нормативов на проектной стадии хозяйственной деятельности, когда может быть выявлена

¹ Старосьцяк Е. Элементы науки управления. – М.: Прогресс, 1965. С. 197.

² Студеникина М.С. Государственный контроль в сфере управления. – М.: Юрид. лит-ра, 1974. С. 7.

потенциальная опасность какой-либо деятельности. Цель предупредительного контроля - недопущение причинения такого вреда.

Корректирующая функция заключается в выявлении и фиксации нарушений действующего законодательства, отклонений от требований управленческих решений с последующим принятием мер по корректировке деятельности подконтрольного объекта или способов воздействия на него.

Правоохранительная функция государственного контроля в области охраны атмосферного воздуха состоит в применении за совершение правонарушения мер административного или иного воздействия.

Следует отметить, что функции государственного контроля часто трактуются излишне широко, что затрудняет разграничение контрольной деятельности и деятельности по управлению, в целом, органов государственной власти.

Так, М.С. Студеникина, наряду с «проверкой исполнения», относит к его функциям и «принятие мер по устранению вскрытых недостатков и упущений в работе»¹. Однако следует иметь в виду, что, с одной стороны, принятие мер к соблюдению требований, заявленных в ходе контрольной деятельности входит в функцию контроля. С другой стороны, устранение недостатков и упущений – функция не контролирующего, а подконтрольного субъекта. Контролирующий орган может потребовать устранить недостатки в работе подконтрольного субъекта, приняв по этому вопросу свое решение. Однако для их устранения требуется принятие решения самим подконтрольным субъектом (или вышестоящим над ним органом управления). Таким образом, как отмечает в своей работе Г.А. Ларионов², конечный предел (граница) контрольной деятельности заключается в изложении самого требования, предписания контрольного органа устранить нарушение. Сам же процесс устранения недостатков в работе осуществляется непосредственно подконтрольным субъектом (хозяйством) или компетентным органом хозяйственного управления.

В этой связи интересно высказывание Ф. Кетлера, специалиста по управлению и маркетингу. Он пишет, что значение контроля в выводах, в «подсказке», как исправить положение, как устранить ошибки, упущения³. Это верно, но только отчасти. Действительно, органы государственного контроля не могут навязывать свою абсолютную волю подконтрольному субъекту, командовать, руководить любыми его действиями, если эти действия субъект осуществляет в рамках закона. Но если в ходе проверки органы государственного контроля обнаружат нарушения или угрозу нарушения законности, они вправе действовать в отношении таких нарушителей всеми имеющимися у них законными способами - проводить экспертизу, приостанавливать или аннулировать действие разрешения, привлекать к административной ответственности.

¹ Студеникина М.С. Государственный контроль в сфере управления. – М.: Изд-во Юрид. лит-ра, 1974.

² Ларионов Г.А. Правовое регулирование земельного контроля в Российской Федерации: Дисс... кандидат юрид. наук. – М., 1997. С. 18.

³ Кетлер Ф. Основы маркетинга. Перевод с английского языка. – Новосибирск: Наука, 1992. С. 590-596.

В целях унификации форм и методов государственного контроля в 1953 г. была создана Международная организация высших контрольных органов (ИНТОСАИ). В Лимской декларации руководящих принципов контроля, принятой данной организацией, говорится, что контроль является не самоцелью, а неотъемлемой частью системы регулирования, целью которой является выявление отклонений от принятых стандартов и нарушений принципов законности, эффективности использования материальных ресурсов на ранней стадии с тем, чтобы иметь возможность принять корректирующие меры, а в ряде случаев и привлечь виновных к ответственности, получить компенсацию за причиненный ущерб или осуществить мероприятия по предотвращению или сокращению таких нарушений в будущем¹.

В Российской Федерации в связи с утверждением новой структуры и системы федеральных органов исполнительной власти и введением нового вида федерального органа – федеральной службы, призванного осуществлять специальные контрольно-надзорные полномочия, некоторые функции контроля нашли свое законодательное закрепление.

Так, согласно Указу Президента РФ «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» от 9 марта 2004 г. №314, под функциями по контролю и надзору понимаются:

- осуществление действий по контролю и надзору за исполнением органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами, юридическими лицами и гражданами установленных Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами, федеральными законами и другими нормативными правовыми актами общеобязательных правил поведения;

- выдача органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами разрешений (лицензий) на осуществление определенного вида деятельности и (или) конкретных действий юридическим лицам и гражданам;

- регистрация актов, документов, прав, объектов, а также издание индивидуальных правовых актов.

Вместе с тем следует иметь в виду, что контрольные органы осуществляют в рамках своей деятельности и иные специфические функции (на которые обращалось внимание выше), вытекающие из самой сущности контрольной деятельности государства. Поэтому в перечне функций федеральной службы следовало бы закрепить и иные функции данного ведомства.

Помимо функций государственного контроля, следует сказать и о его принципах. Принципы государственного контроля во многом схожи с общими принципами государственного управления. Однако, так как функция контроля занимает в управленческом цикле самостоятельное место, отличаясь от других функций управления своим назначением, содержанием,

¹ Государственный контроль в зарубежных странах: Сборник материалов. – М., 1999. С. 5.

формами и методами осуществления, то и применение общих принципов управления к контрольной деятельности имеет свои особенности, которые надо выявить и изучать. С другой стороны, наличие общих принципов не исключает возможности наличия специфических принципов контроля.¹

Хотя принципы осуществления контрольной деятельности государственных органов нормативно не закреплены, анализируя действующее законодательство, можно выделить общие принципы государственного контроля. При рассмотрении общих принципов контроля следует опираться на общие принципы управления, с учетом специфики той или иной контрольной деятельности. К общим принципам государственного контроля можно отнести соблюдение законности при его осуществлении; гласность; универсальность контрольной деятельности; систематичность; действенность и результативность контрольных мероприятий; объективность.

Принцип законности осуществления государственного контроля предполагает его проведение только уполномоченными на то государственными органами в пределах компетенции и полномочий, определенных нормативно-правовыми актами.

Принцип гласности выражается в обладании полной и достоверной информацией о деятельности подконтрольного субъекта. Кроме того, принцип гласности может реализовываться через широкое обсуждение результатов контроля в средствах массовой информации, на предприятиях, среди населения и т.д. Через этот принцип, например, реализуется провозглашенное Конституцией Российской Федерации право каждого человека на достоверную информацию о состоянии окружающей среды (ст. 42 Конституции Российской Федерации).

Принцип универсальности государственного контроля предполагает охват контрольной деятельностью наиболее важных сторон хозяйственной деятельности человека. Такой принцип контроля иногда называют разносторонним, массовым.

Систематичность контрольной деятельности со стороны государственных органов выражается в регулярных, постоянно проводимых проверках, заслушивании отчетов, наблюдении и других действиях по осуществлению контроля. Системный подход позволяет вовремя реагировать на допущенные нарушения и позволяет предупреждать правонарушения.

С систематичным характером контрольной деятельности тесно связан принцип действенности и результативности такой деятельности, т.е. своевременное выявление каких-либо нарушений и своевременное их устранение.

Объективность (независимость) государственного контроля выражается в обеспечении установления реальных и достоверных данных о контролируемом объекте в ходе контрольной деятельности. Такая

¹ Шорина Е.В. Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР. - М.: Изд-во Наука, 1981. С. 62.

деятельность не должна зависеть от подконтрольных предприятий, организаций, учреждений, от ведомственной подчиненности хозяйственных объектов, от внутриведомственных интересов. Соответственно, недопустимо сосредоточение в одном органе хозяйственно-эксплуатационных и контрольных функций.

Что же касается специальных принципов контроля, то их следует рассматривать в контексте специфики осуществления государственного контроля в различных сферах хозяйственной или иной деятельности юридических и физических лиц (например, в финансовой сфере, в области экологии, в сфере предпринимательства и т.п.).

Повседневное руководство в своей деятельности органов, осуществляющих государственный контроль, указанными принципами позволило бы обеспечить более эффективное проведение контроля, повысить его качество. Для этого необходимо законодательно закрепить указанные принципы.

Все изложенное позволяет сделать вывод о необходимости принятия Федерального закона, устанавливающего общие принципы государственного контроля и надзора, разграничивающего данные понятия, закрепляющего основные функции, присущие контрольной и надзорной деятельности органов исполнительной власти. На актуальность данного вопроса указывается и в литературе, например, Ю.А. Тихомиров пишет о необходимости разработки и принятия Федерального закона «О государственном контроле в Российской Федерации»¹.

Вместе с тем стоит отметить, что попытки разработки такого закона предпринимались. Например, в 1997-1998 гг. Правительством Российской Федерации принимались определенные меры по разработке концепции государственного контроля, однако они не были доведены до конца.

Существующее в настоящее время смешение понятий позволяет произвольно трактовать понятия «контроль» и «надзор» как законодателью, так и государственным органам, проводящим различного рода проверки. Такая ситуация способствует злоупотреблениям со стороны представителей органов государственной власти, создает административные барьеры на пути развития хозяйственной деятельности.

¹ Президентский контроль. // Информационный бюллетень. 2002. №8. С. 7.

ВЫБОРЫ ДЕПУТАТОВ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО СОБРАНИЯ ОРЕНБУРГСКОЙ ОБЛАСТИ: ПОРЯДОК ФИНАНСИРОВАНИЯ

Рыбкина О.В. – доцент кафедры конституционного и международного права, к.ю.н.

Контроль за финансированием избирательных кампаний кандидатов, избирательных объединений, за источниками финансирования этих кампаний является одним из важнейших компонентов обеспечения законности проведения выборов.

В мире существуют различные подходы в финансировании выборов. В основном их суть сводится к определению круга субъектов, которые имеют право принимать участие в соответствующем финансировании. В ряде стран, как отмечает Т.А. Васильева, государство не может участвовать в финансировании избирательной кампании (Польша, Эстония), но в большинстве стран государственные субсидии закрепляются в качестве одного из основных источников финансирования¹. Вместе с тем, негативно сказывается на эффективности избирательного процесса и полное государственное финансирование². В России законодательство о выборах устанавливает сочетание как государственного, так и негосударственного начала в финансировании выборов.

Вопросу финансирования выборов в целом, а также отдельным составляющим этого процесса посвящаются отдельные главы в любом законе о выборах. Закон Оренбургской области «О выборах депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области» (далее – Закон о выборах депутатов) не является исключением и содержит главу 9, нормы которой регулируют вопросы финансирования выборов депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области³. Безусловно, процесс модернизации избирательного законодательства коснулся и норм о финансировании выборов. Как показывает анализ Закона о выборах депутатов нормы, закрепляющие порядок финансового обеспечения подготовки и проведения выборов в целом не изменились, но были дополнены.

Законом о выборах депутатов в первую очередь предусмотрено финансовое обеспечение из областного бюджета подготовки и проведения выборов, включающее расходы, связанные с подготовкой и проведением выборов, обеспечением деятельности избирательных комиссий в течение срока их полномочий, использованием и эксплуатацией средств автоматизации, а также с повышением правовой культуры избирателей и

¹ См.: Сравнительное конституционное право. М., 1996. С. 395.

² См.: Новый шаг в совершенствовании избирательного процесса. Материалы круглого стола. // О выборах. 2002. №3. С. 9.

³ Бюллетень Законодательного Собрания Оренбургской области. 2 часть. 9 ноября 2005 г.

обучением организаторов выборов. Денежные средства перечисляются на счета, открываемые избирательными комиссиями в учреждениях Центрального банка Российской Федерации, а в случае их отсутствия в филиалах (отделениях филиала) Сберегательного банка Российской Федерации.

По общему правилу Избирательная комиссия Оренбургской области не позднее чем за 60 дней до дня голосования распределяет поступившие в ее распоряжение средства, выделенные из областного бюджета на подготовку и проведение выборов, между окружными избирательными комиссиями и не позднее чем за 40 дней до дня голосования между территориальными избирательными комиссиями. В то же время законом установлено право Избирательной комиссии Оренбургской области установить иной порядок распределения указанных средств.

Не израсходованные избирательными комиссиями средства, выделенные из областного бюджета на подготовку и проведение выборов, возвращаются в областной бюджет.

Избирательные фонды кандидатов и избирательных объединений

В соответствии с законом о выборах депутатов кандидаты и избирательные объединения обязаны создавать ***собственные избирательные фонды*** для финансирования своей избирательной кампании, под которыми понимаются денежные средства на специальном избирательном счете. Эта обязанность кандидатов и избирательных объединений призвана упорядочить избирательный процесс, обеспечить контроль за финансированием выборов и обеспечить равенство кандидатов перед законом независимо от их материального положения¹.

Характерные черты избирательного фонда:

- строго целевое назначение;
- временный характер;
- особый порядок создания и расходования, регулируемый нормами избирательного права.

Статьей 57 Закона о выборах депутатов установлены общие требования по созданию избирательного фонда.

Кто создает избирательный фонд?

¹ Требование об обязательном создании избирательного фонда всеми кандидатами неоднократно подтверждалось в решениях Конституционного Суда РФ. Например, в Определении Конституционного Суда РФ от 1 октября 1998 г. по жалобе гражданина В.В. Тетельмина на нарушение его избирательных прав рядом положений Федерального закона от 19 сентября 1997 г. «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» была подтверждена правомерность создания избирательных фондов для обеспечения контроля за финансированием выборов; в Определении Конституционного Суда РФ от 24 мая 2005 г. об отказе в принятии к рассмотрению запроса Государственной Думы Ярославской области о проверке конституционности положений подпункта «ж» пункта 23 статьи 38 и пункта 1 статьи 58 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» закрепляется право законодателя устанавливать специальные предварительные условия, в частности требование о создании кандидатами избирательных фондов, необходимы для регистрации кандидата.

- кандидаты, баллотирующиеся по одномандатному избирательному округу;

- избирательные объединения, выдвинувшие областные списки кандидатов.

Не имеют права создавать собственные избирательные фонды кандидаты, баллотирующиеся только в составе областного списка кандидатов, выдвинутого избирательным объединением. В этом случае кандидат пользуется средствами выдвинувшего его избирательного объединения.

Период создания избирательного фонда

Для кандидата, выдвинутого по одномандатному избирательному округу: после письменного уведомления окружной избирательной комиссии о выдвижении (самовыдвижении) до представления документов для их регистрации этой избирательной комиссией.

Для избирательного объединения, выдвинувшие областные списки кандидатов: после регистрации их уполномоченных представителей по финансовым вопросам Избирательной комиссией Оренбургской области до представления в Избирательную комиссию Оренбургской области документов для регистрации областного списка кандидатов.

Избирательные фонды формируются из *строго определенных* законом источников и в *строго определенных* размерах.

Кандидат – предельная сумма всех расходов не более 2 миллионов рублей.	Избирательное объединение – предельная сумма всех расходов не более 60 миллионов рублей.
Собственные средства – не более 50% от предельной суммы всех расходов, то есть не более 1 миллиона рублей.	1. Собственные средства – не более 50% от предельной суммы всех расходов, то есть не более 30 миллионов рублей.
Средства, выделенные кандидату выдвинувшим его избирательным объединением – не более 50% от предельной суммы всех расходов, то есть не более 1 миллиона рублей.	2. Добровольные пожертвования граждан – не более 0,07% от предельной суммы всех расходов для каждого гражданина, то есть не более 42 тысяч рублей.
3. Добровольные пожертвования граждан – не более 5% от предельной суммы всех расходов для каждого гражданина, то есть не более 100 тысяч рублей.	3. Добровольные пожертвования юридических лиц – не более 50% от предельной суммы всех расходов для каждого юридического лица, то есть не более 2 миллионов 100 тысяч рублей.
4. Добровольные пожертвования юридических лиц – не более 50% от предельной суммы всех расходов для каждого юридического лица, то есть не более 1 миллиона рублей.	

Запрещается вносить пожертвования в избирательные фонды кандидатов, избирательных объединений:

- иностранным государствам;
- иностранным организациям;
- иностранным гражданам;
- лицам без гражданства;

- гражданам Российской Федерации, не достигшим возраста 18 лет на день голосования;
- российским юридическим лицам с иностранным участием, если доля (вклад) иностранного участия в их уставном (складочном) капитале превышает 30 процентов на день официального опубликования (публикации) решения о назначении выборов (для открытых акционерных обществ – на день составления списка акционеров за предыдущий год);
- международным организациям и международным общественным движениям;
- органам государственной власти, иным государственным органам, органам местного самоуправления;
- государственным и муниципальным учреждениям, государственным и муниципальным унитарным предприятиям;
- юридическим лицам, в уставном (складочном) капитале которых доля (вклад) Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и (или) муниципальных образований превышает 30 процентов на день официального опубликования (публикации) решения о назначении выборов (для открытых акционерных обществ – на день составления списка акционеров за предыдущий год);
- организациям, учрежденным государственными органами и (или) органами местного самоуправления (за исключением акционерных обществ, учрежденных в порядке приватизации); организациям, учрежденным юридическими лицами, указанными в пунктах 6 и 10 настоящей части;
- организациям, имеющим в своем уставном (складочном) капитале долю (вклад) юридических лиц, указанных в пунктах 6 и 10 настоящей части, превышающую (превышающий) 30 процентов на день официального опубликования (публикации) решения о назначении выборов (для открытых акционерных обществ – на день составления списка акционеров за предыдущий год)¹;
- воинским частям, военным учреждениям и организациям, правоохранительным органам;
- благотворительным и религиозным организациям, а также учрежденным ими организациям;
- юридическим лицам, зарегистрированным менее чем за один год до дня голосования на выборах.
- анонимным жертвователям.

¹ В Приложении к постановлению Центральной избирательной комиссии РФ от 31 августа 2004 г. №115/868-4 «О работе по обобщению практики проведения федеральных выборов, выборов в органы государственной власти субъектов Российской Федерации в 2002-2004 годах и подготовке предложений по изменению и дополнению отдельных положений законодательства Российской Федерации о выборах и референдумах» указывалось на возможность создания скрытых схем государственного (муниципального) финансирования кандидатов, избирательных объединений, избирательных блоков и на необходимость в связи с этим скорректировать избирательное законодательство.

*Под **анонимным жертвователем** понимается гражданин, который не указал в платежном документе на внесение пожертвования любое из следующих сведений: фамилию, имя и отчество, адрес местожительства (или указал недостоверные сведения) либо юридическое лицо, о котором в платежном документе на внесение пожертвования не указано любое из следующих сведений: идентификационный номер налогоплательщика, наименование, банковские реквизиты (или указаны недостоверные сведения).*

Порядок внесения добровольных пожертвований:

<p>Добровольное пожертвование гражданина вносится в отделение связи, кредитную организацию лично гражданином из собственных средств по предъявлении паспорта или документа, заменяющего паспорт гражданина. При внесении добровольного пожертвования гражданин указывает в платежном документе следующие сведения о себе: фамилию, имя и отчество, дату рождения, адрес местожительства, серию и номер паспорта или документа, заменяющего паспорт гражданина, сведения о гражданстве.</p>	<p>Добровольное пожертвование юридического лица осуществляется в безналичном порядке путем перечисления средств на специальный избирательный счет кандидата, избирательного объединения, выдвинувшего областной список кандидатов. При внесении добровольного пожертвования юридическим лицом в платежном поручении указываются следующие сведения о нем: идентификационный номер налогоплательщика, наименование, дата регистрации, банковские реквизиты, отметка об отсутствии ограничений.</p>
---	--

Кандидат, избирательное объединение, выдвинувшее областной список кандидатов, вправе возратить жертвователю любое пожертвование в избирательный фонд, за исключением пожертвования, внесенного анонимным жертвователем. Если добровольное пожертвование в избирательный фонд внесено гражданином или юридическим лицом, не имеющими права осуществлять такое пожертвование, либо пожертвование внесено с нарушением требований закона, либо пожертвование внесено в

размере, превышающем максимальный размер такого пожертвования, кандидат, избирательное объединение обязаны не позднее чем через 10 дней со дня поступления пожертвования на соответствующий специальный избирательный счет возвратить его жертвователю в полном объеме или ту его часть, которая превышает установленный максимальный размер пожертвования (за вычетом расходов на пересылку), с указанием причины возврата.

В законодательстве осталась прежней норма о том, что пожертвования, внесенные в избирательный фонд *анонимными жертвователями*, не позднее чем через 10 дней со дня поступления на соответствующий специальный избирательный счет должны быть перечислены кандидатом, избирательным объединением в доход областного бюджета.

Право распоряжаться средствами избирательного фонда принадлежит кандидату, избирательному объединению, создавшему этот фонд. По поручению кандидата и избирательного объединения финансовые вопросы, связанные с проведением избирательной кампании, решаются *уполномоченным представителем по финансовым вопросам*



назначается кандидатом, избирательным объединением



регистрируется в избирательной комиссии (окружной, областной)



действует на основании нотариально удостоверенной доверенности и удостоверения, выданного избирательной комиссией



срок полномочий уполномоченного по финансовым вопросам кандидата начинается со дня регистрации и заканчивается через 40 дней со дня голосования или со дня вступления в силу судебного решения (если ведется судебное разбирательство с участием кандидата) или в любое время по волеизъявлению назначившего его кандидата



срок полномочий уполномоченного по финансовым вопросам избирательного объединения начинается со дня их регистрации и заканчивается с момента утраты своего статуса всеми кандидатами, включенными в областной список кандидатов или через 60 дней со дня голосования или со дня вступления в силу судебного решения (если ведется судебное разбирательство с участием кандидата) или в любое время по волеизъявлению назначившего его избирательного объединения.

Как и в ранее действовавших законах о выборах, *запрещаются* без документально подтвержденного согласия кандидата или его уполномоченного представителя по финансовым вопросам, уполномоченного представителя по финансовым вопросам избирательного объединения и без оплаты из соответствующего избирательного фонда выполнение оплачиваемых работ, реализация товаров, оказание платных услуг, прямо или косвенно связанных с выборами. Также *запрещаются* бесплатные или по необоснованно заниженным (завышенным) расценкам выполнение работ, оказание услуг, реализация товаров юридическими лицами, прямо или косвенно связанных с выборами и направленных на достижение определенного результата на выборах.

Любая материальная поддержка кандидата, избирательного объединения, направленная на достижение определенного результата на выборах, может быть оказана только при ее компенсации за счет средств соответствующего избирательного фонда.

В то же время на всех стадиях избирательного процесса по выборам депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области допускаются добровольное бесплатное личное выполнение гражданином работ, оказание им услуг по подготовке и проведению выборов без привлечения третьих лиц.

Например, на практике получили распространение такие формы бесплатного выполнения работ, как: работы по распространению агитационных печатных материалов, по организации встреч с избирателями, сбору подписей и т.д.

Кроме этого, избирательное объединение, выдвинувшее областной список кандидатов, *вправе* для целей своей избирательной кампании *использовать без оплаты* из средств своего избирательного фонда недвижимое и движимое имущество (за исключением ценных бумаг, печатной продукции и расходных материалов), находящееся в его пользовании (в том числе на правах аренды) на день официального опубликования (публикации) решения о назначении выборов.

Средства избирательных фондов имеют целевое назначение. Они могут использоваться только:

1	на финансовое обеспечение организационно-технических мероприятий по сбору подписей избирателей, в том числе на оплату труда лиц, привлекаемых для сбора подписей избирателей;
2	проведение предвыборной агитации, а также оплату работ (услуг) информационного и консультационного характера;
3	оплату других работ (услуг), выполненных (оказанных) гражданами или юридическими лицами, а также иных расходов, непосредственно связанных с проведением кандидатом, избирательным объединением своей избирательной кампании;
4	внесение избирательного залога.

Договоры (соглашения) с гражданами и юридическими лицами о выполнении определенных работ (об оказании услуг), связанных с

избирательной кампанией кандидата, избирательного объединения, **закключаются лично** кандидатом либо его уполномоченным представителем по финансовым вопросам, уполномоченным представителем по финансовым вопросам избирательного объединения. Расчеты между кандидатом, избирательным объединением и *юридическими лицами* за выполнение указанных работ (оказание услуг) осуществляются **только в безналичном порядке**.

Избирательный фонд кандидата считается созданным с момента открытия **специального избирательного счета**. Порядок открытия специального избирательного счета регулируется статьей 58 Закона о выборах депутатов. Законодатель закрепляет следующий императив – кандидат обязан открыть в одномандатном избирательном округе, где он баллотируется, специальный избирательный счет для формирования своего избирательного фонда. Срок открытия специального избирательного счета не позволяет начинать избирательные действия, требующие финансовых затрат, минуя избирательный фонд. В то же время следует уточнить, что обязанность кандидатов, избирательных объединений по открытию специального избирательного счета не порождает обязанности пополнения этого счета. Кандидат обязан **открыть** специальный счет после принятия окружной избирательной комиссией уведомления от кандидата о его выдвижении.

Аналогичное правило закреплено и в отношении избирательного объединения. Избирательное объединение, выдвинувшее областной список кандидатов, обязано **открыть** на территории Оренбургской области специальный избирательный счет для формирования своего избирательного фонда после получения копии областного списка кандидатов, заверенного Избирательной комиссией Оренбургской области.

Четкий контроль за своевременным и целевым расходованием средств избирательного фонда невозможен без установления требований к порядку открытия специального избирательного счета и порядку расходования находящихся на нем средств. Правовое регулирование этих вопросов осуществляется по следующим правилам:

- *счет может быть открыт только в филиале Сберегательного банка (а при его отсутствии – в другой кредитной организации), расположенном на территории соответствующего избирательного округа;*

- кандидат, избирательное объединение вправе *открыть только один специальный избирательный счет;*

- *документ для открытия счета* выдается соответствующей комиссией кандидату, *в течение трех дней после получения уведомления о выдвижении* кандидата или регистрации уполномоченного представителя по финансовым вопросам;

- *избирательное объединение открывает счет после заверения* Избирательной комиссией Оренбургской области *списка кандидатов,*

одновременно с регистрацией уполномоченных представителей по финансовым вопросам;

- за нарушение порядка финансирования избирательной кампании предусмотрена личная ответственность кандидата;

- в случае изменения избирательного округа кандидатом по решению избирательного объединения открывается счет в новом округе. В данном случае в соответствии с пунктом 6 статьи 58 Закона о выборах депутатов после открытия специального избирательного счета кандидат обязан возвратить остатки средств на этом счете гражданам и юридическим лицам, осуществившим пожертвования (перечисления) в избирательный фонд, пропорционально вложенным ими средствам за вычетом расходов на пересылку, а также средства, внесенные в качестве избирательного залога. После этого кандидат обязан представить итоговый финансовый отчет в окружную избирательную комиссию данного избирательного округа, а копию финансового отчета - в окружную избирательную комиссию нового избирательного округа. Открытие специального избирательного счета в новом избирательном округе осуществляется в установленном законом порядке.

Не изменился порядок и основания прекращения финансовых операций по оплате расходов со специальных избирательных счетов и продления срока проведения финансовых операций. Все финансовые операции по оплате расходов со специальных избирательных счетов зарегистрированных кандидатов, избирательных объединений **прекращаются в день голосования**. Финансовые операции по оплате расходов со специальных избирательных счетов кандидатов, избирательных объединений, которые не представили в установленном законом порядке в соответствующую избирательную комиссию документы, необходимые для регистрации, либо получили отказ в регистрации, либо отозвали свое заявление о согласии баллотироваться, либо сняли свою кандидатуру, либо были отозваны избирательным объединением, либо отозвали областной список кандидатов, либо в отношении которых было принято решение об отмене или аннулировании регистрации, **прекращаются** филиалами Сберегательного банка Российской Федерации **по указанию** соответствующей избирательной комиссии.

Срок проведения финансовых операций **может быть продлен** соответствующей избирательной комиссией на основании ходатайства кандидата, избирательного объединения при наличии определенных оснований:

1) кандидату, избирательному объединению – по оплате работ (услуг, товаров), выполненных (оказанных, приобретенных) до даты отказа им в регистрации, отзыва кандидата избирательным объединением, снятия кандидатом своей кандидатуры, отзыва избирательным объединением областного списка кандидатов, до установленного законом срока

представления подписных листов и иных документов для регистрации соответственно;

2) зарегистрированному кандидату, снявшему свою кандидатуру, отозванному избирательным объединением, регистрация которого была аннулирована или отменена, избирательному объединению, зарегистрировавшему областной список кандидатов, отозвавшим этот список или регистрация которого была аннулирована или отменена, – по оплате работ (услуг, товаров), выполненных (оказанных, приобретенных) до даты принятия решения об аннулировании или отмене регистрации, снятия кандидатуры, отзыва зарегистрированного кандидата, областного списка кандидатов соответственно;

3) иным зарегистрированными кандидатам, избирательным объединениям, зарегистрировавшим областные списки кандидатов, – по оплате работ (услуг, товаров), выполненных (оказанных, приобретенных) до дня голосования.

Специальный избирательный счет закрывается кандидатом, избирательным объединением **до дня представления** ими итогового финансового отчета.

Избирательный залог

Избирательный залог получил распространение во многих странах, но в советский период он оценивался негативно, «как средство исключения из политической борьбы партий трудящихся и кандидатов»¹.

Современное российское законодательство предусматривает для кандидата на этапе выдвижения возможность внесения избирательного залога как альтернативу процедуре сбора подписей.

Правила внесения и размер избирательного залога отчасти изменены действующим Законом о выборах депутатов. В основном эти правила закреплены в статье 59 названного закона.

Для внесения избирательного залога требуется открытие *специального счета*. Открываются специальные счета в филиалах Сберегательного банка, **с просьбой об открытии счета** в данные учреждения обращаются *Избирательная комиссия Оренбургской области и окружные избирательные комиссии*. Законом о выборах депутатов 2005 года изменена норма, устанавливающая срок обращения - **не позднее чем в пятидневный срок со дня официального опубликования решения о назначении выборов** (в прежнем законе устанавливался десятидневный срок).

Филиалы Сберегательного банка, как и раньше, открывают счета в пятидневный срок со дня обращения комиссии.

Не изменилось в новом законе и положение о том, что *плата за услуги банка по открытию и проведению операций по счету не взимается*.

Соответствующая избирательная комиссия незамедлительно после открытия счета **сообщает** кандидату, избирательному объединению

¹ См.: Сравнительное конституционное право. - М., 1996. С. 389.

реквизиты специального счета избирательной комиссии для внесения избирательного залога в филиале Сбербанка.

Законодательно устанавливается **размер** избирательного залога, который, как и размер избирательного фонда, в соответствии с действующими нормами определен в процентном отношении от расходов из средств избирательного фонда.

Кандидат	Избирательное объединение
15% от предельного размера фонда - 300 тыс. руб.	15% от предельного размера фонда – 9 млн. руб.

Как и любое избирательное действие, внесение избирательного залога – строго определенная временными рамками процедура. В действующем законе предусматривается внесение избирательного залога **не позднее чем за 45 дней** до дня голосования. Избирательный залог вносится *единовременно и в полном объеме, исключительно из средств избирательного фонда* на специальный счет соответствующей избирательной комиссии.

При внесении избирательного залога требуется указать ряд *обязательных сведений*: для кандидата - ФИО, дата рождения, номер избирательного округа; для избирательного объединения - свое наименование.

Установлены жесткие требования, касающиеся указания источника средств в том случае, если *для внесения избирательного залога использованы средства, перечисленные в избирательный фонд с указанием их назначения* для внесения избирательного залога. Кандидат, избирательное объединение **обязаны представить** в письменной форме избирательной комиссии, осуществляющей регистрацию кандидата, списка кандидатов, **сведения об источнике (источниках) поступления этих средств**: для гражданина требуется указать ФИО, дату рождения, для юридического лица - наименование, идентификационный номер налогоплательщика.

Строго целевое использование средств избирательного фонда дополнительно подкрепляется установлением *права* граждан и (или) юридических лиц, направляющих средства в избирательный фонд *указать, что данные средства или обозначенная часть этих средств предназначены для внесения избирательного залога*. В этом случае соответствующие *денежные средства запрещается использовать на иные цели, а при неиспользовании их необходимо вернуть* (за вычетом расходов на пересылку) не позднее чем через десять дней со дня истечения срока подачи документов для регистрации. Кроме этого, целевой характер использования любых средств, предназначенных для проведения избирательной кампании, дополняется и в действующем Законе о выборах депутатов нормой о том, что в случае внесения залога в большем размере *излишек средств возвращается избирательной комиссией в фонд в десятидневный срок*.

В Законе о выборах депутатов сохранена норма о возврате перечисленных средств не позднее чем через 20 дней со дня их зачисления в случаях: 1) *внесения денежных средств в меньшем размере;* 2) *после истечения срока подачи документов для регистрации;* 3) *в случае внесения избирательного залога из средств фонда, сформированных с нарушением настоящего закона;* 4) *поступления на специальный счет в качестве избирательного залога средств после представления в соответствующую избирательную комиссию подписных листов;* 5) *поступления на специальный счет в качестве избирательного залога средств без представления в избирательную комиссию копии соответствующего платежного документа с отметкой кредитной организации.*

Залог возвращается избирательной комиссией в соответствующий избирательный фонд *не позднее чем через десять дней* со дня подачи соответствующего заявления (уведомления) *в случаях* снятия кандидатом своей кандидатуры по вынуждающим к тому обстоятельствам, отзыва избирательным объединением кандидата, областного списка кандидатов (за исключением случаев, когда указанный отзыв осуществляется без вынуждающих к тому обстоятельств и влечет за собой дополнительное выдвижение кандидатов, областных списков кандидатов или назначение повторных выборов), изменения избирательным объединением одномандатного избирательного округа, в котором выдвинут кандидат.

Если кандидат набрал по результатам голосования не менее 5 процентов голосов избирателей либо был избран, а областной список кандидатов набрал не менее 3 процентов голосов или допущен к распределению депутатских мандатов, ***избирательный залог возвращается*** не позднее чем через пять дней со дня официального опубликования результатов выборов.

Не изменился и порядок возврата внесенного избирательного залога *гражданам и юридическим лицам*, он осуществляется *в течение десяти рабочих дней со дня его поступления.*

Принцип гласности выборов предполагает открытость любой стадии избирательного процесса, любого избирательного действия. Не является исключением и финансирование выборов. Нормы, регулирующие финансирование избирательной кампании, устанавливают **правила отчетности по средствам избирательных фондов.**

Законом о выборах депутатов предусмотрена обязанность кандидатов, избирательных объединений *представлять в соответствующую избирательную комиссию следующие виды финансовых отчетов:*

1) ***Первый финансовый отчет*** - *одновременно с представлением документов, необходимых для регистрации.*

2) ***Итоговый финансовый отчет*** *сдается не позднее чем через 30 дней со дня официального опубликования результатов выборов.*

Ряд норм Закона о выборах депутатов действует без изменений. В частности, нормы *о передаче копий финансовых отчетов соответствующей*

избирательной комиссией в средства массовой информации в течение пяти дней со дня их получения; о представлении филиалов Сберегательного банка соответствующей комиссии сведений о поступлении и расходовании средств на специальных избирательных счетах кандидатов, избирательных объединений; о периодическом, но не реже чем один раз в две недели до дня голосования направлении избирательной комиссией информации о поступлении и расходовании средств избирательных фондов в средства массовой информации для опубликования.

В Законе о выборах депутатов содержится норма о том, что **по требованию** кандидата, избирательного объединения соответствующие **комиссии обязаны** по соответствующему избирательному фонду **в трехдневный срок, а за три дня до дня голосования немедленно представить заверенные копии первичных финансовых документов**, подтверждающих поступление и расходование средств избирательных фондов.

В ходе контроля за целевым использованием средств избирательных фондов избирательные комиссии взаимодействуют с органами регистрационного учета граждан РФ по месту пребывания и месту жительства и органами, осуществляющими регистрацию юридических лиц по вопросам проверки сведений при внесении добровольных пожертвований в избирательные фонды.

В новом Законе о выборах депутатов установлены правила возврата денежных средств кандидатами, избирательными объединениями.

В соответствии с пунктом 1 статьи 61 установлена **обязанность** кандидата, избирательного объединения **после дня голосования перечислить неизрасходованные денежные средства гражданам и юридическим лицам**, пропорционально вложенным ими средствам за вычетом расходов на пересылку. **Избирательные объединения, не набравшие более 2 процентов голосов избирателей и не допущенные к распределению депутатских мандатов, избирательное объединение, регистрация областного списка кандидатов которого была отменена или аннулирована, за исключением случая аннулирования регистрации областного списка кандидатов в связи с его отзывом избирательным объединением по вынуждающим к тому обстоятельствам, обязаны возместить в полном объеме** государственным организациям телерадиовещания и редакциям государственных периодических печатных изданий **стоимость предоставленных им бесплатного эфирного времени и бесплатной печатной площади.**

Финансовое обеспечение избирательных комиссий

За счет средств областного бюджета финансируются расходы избирательных комиссий на дополнительную оплату труда (вознаграждение) членов избирательных комиссий с правом решающего голоса, изготовление печатной продукции и осуществление издательской деятельности, транспортные и иные расходы¹. В действующем Законе о выборах депутатов

¹ П. 2 ст. 62 Закона Оренбургской области «О выборах депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области».

установлены сроки представления отчетов о поступлении и расходовании средств областного бюджета избирательными комиссиями: *участковой комиссией - не позднее чем через десять дней* со дня голосования; *территориальной и окружной комиссией - не позднее чем через 35 дней* со дня официального опубликования результатов выборов; *избирательной комиссией Оренбургской области - не позднее чем через 3 месяца* со дня официального опубликования общих результатов выборов.

Контроль за процессом финансирования выборов осуществляется в различных формах, в том числе и в форме деятельности контрольно-ревизионных служб (КРС) при избирательных комиссиях. Статус контрольно-ревизионных служб начал формироваться в 1995 году, «сейчас они действуют при всех комиссиях субъектов Российской Федерации и почти 50 процентах окружных и территориальных комиссий»¹.

В новом Законе о выборах депутатов статус контрольно-ревизионных служб при избирательных комиссиях регулируется статьей 63.

В соответствии с пунктом 1 статьи 63 Закона о выборах депутатов контрольно-ревизионная служба осуществляет следующие полномочия:

1) проверяет финансовые отчеты кандидатов, избирательных объединений, нижестоящих избирательных комиссий;

2) организует проверку достоверности сведений о доходах и имуществе кандидатов, источниках этих доходов, о денежных вкладах и ценных бумагах кандидатов, в том числе об акциях, и об ином участии кандидатов в капитале коммерческих организаций;

3) контролирует соблюдение кандидатами, избирательными объединениями установленного порядка финансирования, проведения предвыборной агитации, осуществления иных мероприятий, непосредственно связанных с выборами;

4) запрашивает и получает от кандидатов, избирательных объединений, а также от избирательных комиссий информацию по всем вопросам, входящим в ее компетенцию, и осуществляет иные полномочия, предусмотренные законом².

КОНЦЕПЦИЯ РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ: ТЕОРИЯ И РОССИЙСКИЕ ДИЛЕММЫ

Скуратов И.В. – доцент кафедры теории государства и права, к.и.н

¹ О статусе КРС см.: В непростых делах нет простых решений. Контроль финансирования выборов.// О выборах, №2, 2001.

² О проблемах организации и деятельности контрольно-ревизионных служб при избирательных комиссиях см., например: Полев В.А. Организация деятельности контрольно-ревизионных служб при избирательных комиссиях. // О выборах. 2005. №1.

Концепция теории разделения властей была сформулирована Джоном Локком (XVII в.), а затем более полно и в существенно ином варианте – Шарлем Монтескье (XVIII в.). Возникновение и развитие идеи разделения властей было связано с борьбой за власть крепнувшей буржуазии, которая в то время в политическом отношении была бесправна и входила в третье сословие. В борьбе за власть буржуазия выступала от имени народных масс. Локк и Монтескье предложили достигнуть политический компромисс между буржуазией и либеральным дворянством путем разделения между этими сословиями государственно-властных функций.

Основное различие между теориями Локка и Монтескье состоит в том, что Монтескье выделял судебную власть в качестве самостоятельной и независимой, а Локк нет. По Монтескье, законодательная власть вручалась избираемому народом парламенту, исполнительная – главе государства (монарху) и его правительству, судебная – независимым судам с участием населения. Для Монтескье разделение властей было не столько разграничением полномочий между органами власти, сколько разграничением соотношений социальных сил в обществе. Он считал, что борьба за власть между различными сословиями приводит к нарушению свободы, экономических и социальных прав, безопасности граждан. Чтобы обеспечить политическую свободу и права для всех граждан, необходимо разделить власть между различными социальными силами. Монтескье не видел политической свободы там, где разделение властей проведено по формальному, внешнему признаку как разграничение функций государственных органов, тогда как все основные должности в них занимают лица одного и того же сословия. В качестве примера он приводит Венецию, где «Большой совет обладает законодательной властью, прегадия – исполнительной, а кванттии – судебной. Все эти трибуналы состоят из должностных лиц одного и того же сословия, вследствие чего они представляют собой в сущности одну и ту же власть».¹

Таким образом, условием политической свободы является равновесие социальных сил, их взаимное сдерживание, а не техническое разделение властей в условиях, когда фактически государством управляет (определяет его политику) одна социальная сила (группа, партия) в ущерб другим классам, большинству общества.

В условиях, когда буржуазия еще не располагала подавляющим перевесом сил для полного отстранения феодальной знати от власти, теория разделения властей выступала обоснованием компромисса между ними. По мере укрепления буржуазии у власти и втягивания в политику все более широких слоев народных масс теория разделения властей стала использоваться для усиления власти буржуазии путем обоснования парламентаризма, выделения особой роли представительной ветви власти. Когда для буржуазии возникла угроза потери контроля над государственным механизмом, появилась тенденция ограничения функций и роли парламента

¹ Монтескье Ш.Л. Избранные произведения. – М., 1955. С. 291.

и усиления исполнительной власти. Об этом свидетельствует опыт 30-х годов в США, Англии, ФРГ, Франции (Конституция 1958 года), России в 1993 году.

Когда же политические режимы западных стран достигли значительной прочности и стабильности, в теории разделения властей акцент сместился в сторону разграничения функций разных ветвей власти. Идея равного и справедливого распределения власти и возможностей между различными социальными слоями общества «отошла» на второй план и стала идеей оптимального разграничения и соотношения властных полномочий разных ветвей единой государственной власти. Современная трактовка этой теории становится все более технологичной. Речь идет о чистой технологии власти, ее более рациональной организации, взаимосвязи различных элементов и структур.

Несмотря на столь противоречивую историю практического развития идеи разделения властей, можно выделить общие для всех вариантов концепции постулаты.

Первое. Законодательная, исполнительная и судебная власти не только тесно связаны между собой единым государственным механизмом, но и относительно самостоятельны в пределах своей компетенции и не могут вмешиваться в компетенции друг друга.

Второе. Существует баланс властей, система сдержек и противовесов, который выражается в том, что каждая из ветвей находится под контролем другой и одни ветви власти удерживают другие в рамках компетенции (идея контроля получила дальнейшее развитие в виде создания четвертой контрольной ветви власти. По мнению В.Е. Чиркина, необходимость этой ветви вытекает из существа государственной власти, использование которой требует контроля со стороны общества, но без применения права контролирующих органов принимать какие-либо нормативные акты или осуществлять исполнительно-распорядительные полномочия.¹ Однако, по мнению В.А. Четвернина, существование таких органов свидетельствует о том, что в этих странах либо вообще нет разделения властей, либо оно принципиально нарушено)².

Третье. Все три ветви власти действуют на постоянной правовой основе. Существует правовая база, система законодательства, касающаяся именно разделения властей.

Четвертое. Принцип верховенства законодательной власти, который заключается в следующем. Парламент принимает законы, а президент (правительство) их исполняет. Малейшее нарушение этого принципа ставит крест на разделении властей. Так, в Германии по закону от 23 марта 1933 года «О ликвидации бедственного положения народа и государства» органам исполнительной власти в лице правительства предоставлялось право издавать акты имеющие силу закона. Согласно статье 2 этого закона,

¹ Чиркин В.Е. Современное государство. – М., 2001. С. 384.

² Проблемы общей теории права и государства. Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М., 2002. С. 579.

подобные акты могли не соответствовать Конституции.¹ Закончилось все это для Германии очень печально. В мае 1945 года.

Пятое. Разделение властей должно существовать на трех уровнях - функциональном, институциональном и персональном.² Это означает: функции каждой из ветвей власти не могут исполняться или передаваться другой; их осуществление не может быть соединено в одном учреждении; один и тот же чиновник не может быть одновременно депутатом Парламента и членом Правительства.

Необходимо подчеркнуть, что формальное разделение властей не является гарантией утверждения и существования демократического политического режима. Эффективность и ценность системы основанной на принципах разделения властей, имеет свои пределы и зависит от множества факторов. История Франции, Германии, Италии, России свидетельствует о том, что при определенном стечении обстоятельств и соотношении политических сил подобная система может быть фактически ликвидирована (хотя внешне формально сохранена). Например, в национал-социалистической Германии продолжала действовать демократическая по своей природе Веймарская конституция, а в ней принцип разделения властей.³ Ключевыми факторами, условиями реального разделения властей являются: сильное гражданское общество; формирование правового государства; верховенство правового закона. Независимость и самостоятельность властей возможна только на фоне равно одинакового для всех закона. В этом основа единства и независимости властей.

Перечисленные выше условия настолько взаимосвязаны и взаимозависимы, что ослабление одного из них приводит к фактической ликвидации всех. Так, сильное гражданское общество выступает той силой, которая обеспечивает постоянный контроль за балансом властей. Это означает наличие общественных механизмов, способных в случае узурпации власти одной из ветвей (правлящих сил), поднять все общество на защиту свободы. Создание таких механизмов, организаций очень кропотливый и долгий путь. На примере новейшей истории Германии, Франции, США мы видим, что это возможно и дает очень хороший результат. Главное условие сильного гражданского общества – сплоченность всех граждан, единение, осознание своей общей силы, способность действовать солидарно. В настоящий момент этот ключевой фактор отсутствует в России.

Современное гражданское общество в России крайне разобщено, разрозненно. Каждый пытается выжить в одиночку, забившись в щелочку. Более того, агрессия, озлобленность, возникающие в психике людей как реакция на политику правительства, вместо того, чтобы вылиться в совместные действия солидарной защиты своих прав, переводиться на

¹ Мельников Д., Черная Л. Преступник номер 1. Нацистский режим и его фюрер. - М., 1981. С. 174.

² Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов/ Под общ. ред. В.С. Нерсесянца – М., 2002. С. 576-579.

³ См.: Веймарская республика: от правового государства к фашизму. Соколов А.Н. Правовое государство: от идеи до ее материализации. – Калининград, 2002. С. 64.

ближайшее окружение. Идет не созидательная, а саморазрушительная реакция гражданского общества, очень умело направляемая средствами массовой информации. Во многом это связано с отсутствием традиций, опыта совместных групповых, партийных, классовых действий и неверием в свою способность влиять на власть. Такое состояние гражданского общества во многом обусловило возможность исполнительной власти в сентябре-октябре 1993 года произвести полный демонтаж существовавшего до того механизма государственной власти и превратить принцип разделения властей в пустую формальность.

В настоящий момент необходимо признать, что в соответствии с Конституцией РФ 1993 года принцип разделения властей функционирует лишь номинально. Фактически же существует принцип технического распределения между разными государственными органами предметов ведения, сферы деятельности, функций. Мы видим, что значительно доминирует президентская, а точнее, исполнительная власть.

Во взаимоотношениях с судебной властью это предопределяется тем, что Президент обладает огромными конституционными возможностями оказывать влияние на кадровый состав судебных органов. Так, в соответствии со статьями 83 и 128 Конституции РФ Президент представляет кандидатуры Совету Федерации для назначения на должности судей Конституционного Суда Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда. Кроме того, он назначает судей других федеральных судов.

В отношениях с законодательной властью доминирование исполнительной власти во многом предопределяется тем, что Президент обладает правом роспуска Государственной Думы, правом назначения выборов в Государственную Думу, правом назначения референдумов, правом на внесение законопроектов в Думу, подписывания и обнародования федеральных законов. Президент обладает также правом наложения вето на принимаемые законы (статьи 84, 107).

Согласно Конституции РФ, законодательная власть имеет возможность обратного воздействия («сдерживания») на исполнительную власть. Среди них наиболее действенными считаются, например, такие как: полномочия Государственной Думы на решение вопроса о доверии Правительству РФ (п. «б» ч. 1 статьи 103), право Совета Федерации на основе выдвинутого Государственной Думой обвинения против Президента на решение вопроса об отстранении его от должности и др. Однако по своей силе эти полномочия заметно уступают средствам воздействия исполнительной власти на законодательную и нейтрализуются потенциальной возможностью применения обратных, более сильных мер. Например, статья 103 Конституции РФ представляет Государственной Думе в качестве одного из средств влияния законодательной власти на исполнительную право давать (или не давать) согласие Президенту на назначение Председателя Правительства РФ, а также право решать вопрос о доверии Правительству. Однако в связи с выражением недоверия Правительству или в связи с

отказом Государственной Думы утвердить предлагаемую Президентом кандидатуру Председателя Правительства может возникнуть вопрос о дальнейшем существовании самой Думы в данном составе.

Так, в соответствии с Конституцией, в случае выражения Думой недоверия Правительству и несогласия с этим решением Президента Дума вправе повторно выразить в течение трех месяцев свое прежнее мнение о Правительстве. Однако в данном случае она может быть распущенной Президентом, если он сочтет невозможным объявить отставку Правительства (ч. 3 ст. 117).

Государственная Дума может быть распущена Президентом и в другом случае. А именно - если она трижды отклонит представляемые ей на рассмотрение кандидатуры Председателя Правительства РФ. В этом случае Президент сам назначает Председателя Правительства, распускает Думу и назначает новые выборы (ч. 4 ст. 111).

Таким образом, право законодательной власти в лице Государственной Думы давать или не давать согласие на назначение Председателя Правительства, так же, как и право на выражение недоверия Правительству как средство влияния на исполнительную власть, является весьма относительным и довольно легко нейтрализуемым со стороны исполнительной власти.

В противоречие принципу функционального, институционального и персонального разделения властей статья 90 Конституции РФ позволяет Президенту РФ – главе исполнительной власти – издавать указы не на основании и во исполнение законов, а всего лишь не противоречащие Конституции и законам. Это означает конкурирующую нормотворческую компетенцию номинального законодателя (Федерального Собрания) и Президента. Так, если вопрос не урегулирован законодательно, Президент имеет право издавать по этому вопросу свой нормативный акт. Президент может внести законопроект, а в случае отклонения законопроекта – издать по этому вопросу указ. Президент может реализовать свое право отлагательного вето, отклонить федеральный закон и издать по этому вопросу указ. Следовательно, в России возглавляемая Президентом исполнительная власть выполняет функцию законодательной власти. Нормативные указы Президента, не противоречащие Конституции, имеют силу закона до тех пор, пока иное не установлено вступившим в силу федеральным законом. Конституционный Суд РФ признал такое положение не противоречащим Конституции: Президент РФ вправе издавать указы, восполняющие пробелы в законодательном регулировании, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законов.¹ Между тем такое нарушение разделения властей несовместимо с конституционным идеалом правового государства.

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 апреля 1996 г. №11-П. // СЗ РФ. 1966. №19. Ст. 2320.

Общественной основой утверждения принципа разделения властей может быть только плюрализм хозяйственной и общественной жизни, наличие свободных (в обусловленной историческими обстоятельствами степени) товаропроизводителей, имеющих свои особые интересы и признающих за другими право также иметь свои, отличные от других, интересы и ценности и отстаивать их всеми дозволенными средствами, в том числе и на политическом уровне. В России последствия проведенных реформ сузили возможности формирования достаточно широкого слоя самостоятельных товаропроизводителей и среднего слоя общества в целом. Наоборот, усилилась монополизация российской экономики. Рыночные механизмы, о необходимости которых нам так долго говорили, на российском рынке не работают. Утверждаются формы и методы государственного управления, обслуживающие, прежде всего, интересы одного лица или группы лиц. По мнению академика РАН, доктора юридических наук, профессора В.С. Нерсесянца, складывается неофеодальная ситуация, то есть мы перешли фактически к весьма неразвитым, докапиталистическим социальным, экономическим, политическим и правовым формам и отношениям. Мы видим такие типично феодальные явления, как отсутствие в стране единого правового пространства, общего правопорядка и единой законности, девальвацию роли закона, бездействие общих правовых принципов и норм, корпоративный «сословно-цеховой» характер различных правомочий и правовых статусов. Общее для всех право реально отсутствует. Вместо него действует право-привилегия, разного рода правовые исключения и льготы в пользу отдельных лиц, групп, территорий и т.д. Каждый субъект и объект собственности живет и действует не по единому общему правилу, а в виде исключения из него, в определенном для данного конкретного случая статусе и режиме.¹

Естественно, что в такой ситуации говорить о четких, определенных целях движения государства не приходится. Общество не знает, каков должен быть характер государственной власти в России. Логика исторического опыта показывает необходимость утверждения буржуазной по характеру власти. Это означает, что большинство (!) общества должен составлять средний класс, то есть самая массовая социальная база стабильной и демократической власти. Среднего класса в России нет. Наоборот, идет жестокий и циничный процесс поляризации общества на ничтожное меньшинство собственников средств производства и гигантское большинство несобственников. Так, 60% граждан России живет за чертой бедности, а на долю 5% населения приходится 75% всех текущих денежных доходов, включая вклады за рубежом. Причем, данная ситуация искусственно создана самим государством. Доля ВВП, идущая в России на оплату труда составляет всего 25%, в то время как в США, Европе, Японии - 60-70%.²

¹ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. - М., 2001. С. 361-365.

² Нигматулин Р. Главный инвестор рыночной экономики – сам народ. Izvestia.ru – 2005, 24 февраля.

Неопределенность жизненных перспектив, бедность приводит граждан к различным формам правового нигилизма. Фактически идет медленный процесс разрушения государства, деградации общества. Нормой жизни в России стала повальная коррупция. Материальной базой коррупции являются сверхдоходы богатых за счет природных ресурсов. Коррупция проникла в правоохранительную и судебную системы, о независимости которых сейчас можно говорить только очень относительно.

Все это усиливает раскол и конфронтацию в значительной части общества. Социально-экономический кризис сохраняется, что предвещает длительную полосу социального напряжения. В этих условиях стремление максимально усилить президентскую власть вряд ли можно признать за окончательное решение всех проблем, в том числе и проблемы разделения властей. Это не усилит, а наоборот, ослабит структуры власти, так как будет нарушена обратная связь с обществом, экономикой. Правящая элита оказывается в иллюзорном состоянии благополучия, утрачивается реальное ведение ситуации. Данная проблема уже не раз в истории России сыграла свою роковую роль.

Сейчас же необходима постепенная эволюция, притирка друг к другу всех ветвей власти, обретение ими таких прав и полномочий, которые обеспечат действительное равновесие, а, следовательно, и эффективность действий этих властей. Процесс этот не может быть быстрым. Зарубежный опыт свидетельствует, что он растягивается на годы и основывается на постепенном приспособлении элементов старой политической системы к новым формам политической жизни, на целой серии компромиссов. Нынешняя правящая «элита» должна найти в себе силы и поделиться с большинством общества хотя бы малой частью своих властных полномочий и экономических возможностей. Для сохранения своей власти и капитала. Для выживания государства Российского. Ведь на граждан России этой «элите» уже давно наплевать.

ФИЛОСОФИЯ И НАУКА, ИЛИ О КАНДИДАТСКОМ ЭКЗАМЕНЕ «ИСТОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ НАУКИ»

Стрелец Ю.Ш. – доктор философских наук, профессор

Эта статья родилась как ответ на теоретический вызов темы конференции «Вызовы XXI века и образование». Практическим же «вызовом» стала модернизация в России философской подготовки специалистов самых разных научных направлений, готовящихся к сдаче нового квалификационного экзамена «История и философия науки». («История науки») Этот экзамен будет сдаваться и приниматься в 2006 году по программам, подготовленным специалистами ведущих университетских и академических научных центров. Они были рассмотрены профильными

учебно-методическими объединениями (УМО), подкорректированы экспертными советами Высшей аттестационной комиссии и утверждены приказом Минобразования России №697 от 17.02.2004 года.

Таким образом, определен единый минимум требований к уровню знаний по истории и философии избранного научного профиля. Теперь поздно обсуждать, необходимо исполнять. И тем не менее, споры не утихают, если не в отношении необходимости самой модернизации подготовки соискателей ученой степени кандидата наук, то хотя бы в отношении ее содержания, критериев соответствия провозглашенной цели формам и способам ее практической реализации. Разброс мнений достаточно велик: от приветственных откликов типа «Давно пора преодолеть метафизику и схоластику, мелочное копание в деталях историко-философского и специально-философского материала...» до оценки нововведения как сциентистского реванша, как низведения философии до уровня «служанки науковедения...» (Чьей только «служанкой» не побывала уже философия: и богословия, и идеологии, и «практического гуманизма»...).

Сама попытка «обращения» философии в какую-либо «веру» не нова, и это свидетельствует, кроме всего, о ее вечной востребованности, о ее роли высшего эксперта, совести культуры, как это понимали немецкие классики (И. Кант, Г. Гегель, И. Фихте и др.). В самом деле, специалисты любого научного направления нуждаются в фундаментальной мировоззренческой подготовке, в систематической критике (в духе Канта) своих базовых аксиом, постулатов, методов и приемов исследования. Это не освобождает их от практики, от гуманитарных оснований деятельности на благо живых людей, а, наоборот, вводит в контекст жизни, не позволяя «окукливаться» или, подобно черной дыре, захлопнуться на самой науке, сделав ее целью самой себя. Несомненно, полезно и обращение к истории науки, к анализу изменений ее парадигмальных установок, принципов осмысления своего предмета. Этого требует современная практика, ставящая вечный вопрос «камо грядеши?», но она же заставляет задуматься: за счет чего происходит изменение, что будет вынесено за жесткие «скобки» часов, отводимых на подготовку аспирантов и соискателей ученой степени? Очевидно, за счет истории философии и собственно самой философии. Можно подумать, что история философской мысли не есть история ее настоящего очеловечивания, окультурования вообще, что она может быть заменена историей ее специального самосознания и оформления в проблематике соответствующего профиля – естественнонаучного или гуманитарного.

Может представиться также, что философия, исследующая базовые проблемы человеческой культуры, занимается только чем-то своим, специфическим и лишь в конечном итоге выходящим на отраслевые разделы науки и культуры.

На самом деле, у философии практически нет ничего такого, что не имело бы смысла в контексте физики или физиологии, психологии или

педагогике, химии или астрономии. Она располагается на горизонтах, общих для любой отрасли знания, для любой конкретной «скважины», пробуренной в толще естественной или человеческой природы. Когда говорят о различиях и взаимоотношениях разных религиозных конфессий, часто используют фразу: «До Бога наши перегородки не доходят». Возможно, что и доходят... «Внизу» же, в том горизонте, который питает разные науки, таких перегородок нет точно. Поэтому самые метафизические, на первый взгляд, проблемы философии, самые схоластические подходы, как считают позитивистски настроенные исследователи, образуют мировоззренческие каркасы, ценностно-вкусовые фильтры, механизмы «вопрошания о мире и о себе», которые и отличают ученого (всегда философа внутри своего предмета) от исследователя, не интересующего тем, кто и зачем его создал, а в основном – «как он работает?».

В процессе осмысления истории и сущности взаимоотношений философии и науки выкристаллизовались три основные позиции (многообразие других, при всей их специфичности, не выходят за рамки данных трех).

Первая заключается в присвоении философии статуса науки, так что она трактуется, например, как «наука о наиболее общих законах функционирования и развития природы, общества и человеческого мышления». Философия – одна из наук, и специфика ее – лишь в фундаментальной широте, глубине охвата мировых явлений, т.е. больше в количественном, чем качественном отношении.

Вторая позиция состоит в разведении в сторону этих «кругов Эйлера», мало чем связанных и чем можно пренебречь для наглядности. Философия здесь, скорее, не наука, а искусство, производство «штучных» мыслей исключительным существом – философом по жизни или от Бога. Философии нельзя учить и невозможно научиться, это дар природы или Бога.

Третья, вероятно, более реалистичная, позиция передается пересекающимися кругами с символами «Ф» и «Н», т.е. у них имеется и общее поле и специфические части. К общему часто относят: 1) стремление проникнуть в сущность вещей, видение за различным единства, за случайным – необходимости, за совпадением – закономерности и т.д.; 2) использование достаточно строгих понятий, определений; терминологическая точность, близость лингвистических конструкций и т.п.; 3) применение общелогических методов исследования – анализа и синтеза, индукции и дедукции, моделирования, аналогии и т.д.

Кроме общего, имеются и существенные различия, не позволяющие отождествлять науку и философию и, прежде всего, здесь надо сказать о том, что первая дает человеку объективированное (не путать с объективным!) знание, а вторая – философия – субъективированное знание (которое также не равно субъективному). Когда ученый, особенно естествонаучного профиля, изучает свой предмет, он стремится вынести «за скобки» человеческие ценности, идеалы, пожелания, интересы и т.п., боясь исказить

объективную картину исследуемого явления. Человеческое начало, разумеется, присутствует и здесь, однако, по большей части, оно имеется в виду на выходе исследования в практику, в технологию жизни. Наука может быть уподоблена увеличительному стеклу, настроенному на глубокое проникновение в сущность предмета, и человеческое содержание здесь создает нежелательную «дымку», искажающую объективные свойства вещи, явления.

Напротив, философское исследование можно сравнить со взглядом в зеркало мира, где его вещи соотносятся с человеком, проходят через призму его интересов и ценностей, убеждений и идеалов. Философия не стесняется своей первородной ангажированности человеческим наполнением культуры. Отсюда получаемое ею знание имеет субъективированный характер. И еще одна аналогия: когда мы желаем увидеть, допустим, березку в ее собственном образе, то используем фотографию, но когда нас интересует ее видение человеком, мы приходим в картинную галерею и на полотнах различных художников, от, условно говоря, Сальвадора Дали до Шишкина, созерцаем ту же березку, но в ее многомодельном отображении. Нас как раз интересует эта разность, обусловленная принципиальной уникальностью внутреннего мира художников, их техники и принципов эстетической деятельности вообще. Неудивительно, поэтому, что философия не стесняется того, что «ее много», что существуют и паритетны философия русская и французская, древнегреческая и новоевропейская, американская и китайская. Можно ли тогда говорить о том, что философия одна из наук, делать акцент на их родственных признаках, не видя принципиального отличия? Такой акцент на близости и лежит в основе предлагаемого квалификационного экзамена. Интеллектуальное поле при этом не расширяется, а сужается до методологического обслуживания «позитивной» науки. Пафос же модернизации подготовки будущих ученых состоит в обратном – расширении и углублении, чего в действительности не произойдет, если мы не будем относиться к ученому как философу в его предмете.

Движение вглубь, в самую сущность того, что называется наукой, неизбежно предполагает раздвигание ее специфических рамок и скобок; решение любой задачи невозможно без ее формулирования в контексте сверхзадачи. Можно ли, например, достичь счастья, вопрошал великий философ (и потому великий писатель) Л.Н. Толстой, если сделать его своей прямой целью? Можно ли, продолжал он, подвести лодку точно к кусту на противоположном берегу реки с быстрым течением, если не направлять лодку выше, чем этот куст? То же самое можно сказать и о подлинно научном исследовании, всегда философски направленном и наполненном. Как часто, пытаясь достичь какой-то заманчиво-практической цели, мы действуем по принципу «вместо», отбрасывая вечно плодотворный принцип «наряду». «Так вы же сами сказали о жесткости рамок учебных часов», – возразит кто-то. Действительно, приходится выбирать, однако, квалификационный экзамен по специальности существует, его никто не

думает отменять, и в нем, как нам кажется, надо предусмотреть возможность оценки профильно-методологической подготовки будущего ученого, включая ее исторические аспекты. Экзамен же по философии, очевидно, должен модернизироваться в направлении не профильной, а культурно-смысловой концепции человеческой мысли, наработанной веками и многими поколениями.

Проблема смысла жизни человека издавна принадлежит к числу наиболее специфичных для философии в целом и философской антропологии в особенности. Дело в том, что в контексте этой проблемы, в поле ее разрешения пересекаются все векторы человеческого существования, все его экзистенциалы. Экзистенциал, скажем так – это понятие, характеризующее ценностное основание человеческого бытия, конституирующее человека именно как такового и в этом качестве. По словам известного теоретика смысложизненной проблематики Виктора Франкла («Человек в поисках смысла», М., 1990), самолет может двигаться и по земле, но лишь поднявшись в воздух, он доказывает, что он самолет. Если человек не трансцендирует, выходя за пределы собственно биологического и социального существования, он не реализует себя в полной мере, не решает проблему смысла своей жизни.

Экзистенциалы – не просто важные составляющие жизни всех людей, или универсальные, такие как Бог, любовь, труд, Родина, папа, мама, дружба, свобода и т.д., а то, что воспринято как свое, как то, что идентично тебе и не характеризует тебя, а является тобой. Экзистенциал – то, чем жив человек, и отсутствие чего приводит к «экзистенциальному вакууму» (В. Франкл). «Смысл жизни» представляет собой проблематическое поле, в котором пересекаются все экзистенциальные линии, взятые в модусах модальности: «хочу», «могу», «есть», «должен». Отсюда, условно говоря, смыслом жизни является желание («хочу») стать тем, кем ты должен стать и реализация этого желания («могу») свободно, по доброй воле и с любовью. Особое значение смысложизненной проблематики обнаруживается в исследовании нравственных сторон и аспектов человеческого бытия, история которого достаточно обширна и глубока.

Смысл жизни – понятие, раскрывающее самоценное значение человеческой жизни, ее нравственную оправданность. Смысложизненная проблематика связана с поиском «истины бытия» (смысл – от «с-мысл», т.е. «быть с мыслью»), которая одновременно выступает как «благо бытия», обладает безусловной обязывающей силой.

Тема смысла жизни всегда присутствовала в моральных рассуждениях: как разумное содержание «искусства жить» — у Сократа, идея высшего блага — у Платона, безусловная цель целей совершенной деятельности — у Аристотеля, атараксия — у Эпикура, божественное совершенство — у Иисуса Христа. Осмысление основополагающих норм и законов поведения (как, например, золотое правило нравственности) также было связано с ответом на вопрос о том, какая жизнь является наилучшей. Однако особым

термином и острой теоретической проблемой смысл жизни становится только в Новое время. Это было обусловлено как социокультурными, так и гносеологическими причинами. Первые заключались в кризисных состояниях общественного сознания, порождавшихся переходом от приоритета религиозного культа к культу разума, а также последующим разочарованием в культе разума и идеалах Просвещения. В гносеологическом плане поздняя проблематизация и терминологическое оформление темы смысла жизни обусловлено тем, что она в структуре этики имеет итоговый, синтетический характер — ее адекватная постановка возникла после и на основе рефлексии критериев достойной, добродетельной жизни индивида (в античности) и высшего предназначения человека (в Средние века), т.е. в результате совмещения рефлексии имманентного и трансцендентного, индивидуального и надиндивидуального планов человеческой жизни. Поиск возможности такого совмещения при постоянном различии самих уровней бытия составляет нерв этических размышлений Нового времени.

Р. Декарт исходил из самодостаточности разума и предлагал доверять его представлениям о смысле жизни, действуя так, как если бы жизнь действительно имела смысл: сегодняшней смысл жизни имеет перспективу стать полным в результате развития человеческого разума до его абсолютного господства. Пафос понимания смысла жизни Б. Спинозой состоял в утверждении задачи максимального слияния субъективной воли и объективной необходимости (в свободе) или познании жизни с точки зрения вечности. По Т. Гоббсу, Дж Локку и др. представителям эмпиризма, «конечная цель» и «высшее благо» — результат общественного согласия: смысл жизни сводился к балансу «естественности» и цивилизованности, к технике общения и жизни в сообществе, предотвращающей «войну всех против всех». Все большая «приземленность» трактовок смысла жизни свела его к правильно понятому интересу.

Чистый принцип нравственности как фундамент смысложизненного отношения человека к миру выявляет И. Кант. На место «жизни» встает нравственная автономия воли, и смысл жизни оказывается понятием, не прошедшим горнила критической процедуры разума, но сохраняющим практическое регулятивное значение. «Быть достойным счастья» — квинтэссенция смысла жизни и результат безусловного уважения к нравственному закону. Смысл жизни связывается с сознательно родовым поведением, возможность которого, в свою очередь, обусловлена «трансцендентальным царством целей» по ту сторону эмпирического опыта. Посюсторонность смысла жизни утверждал Г.В.Ф. Гегель; для него это «субстанциальная цель разума», требующая «сращения особенной и всеобщей воли». В этом случае человек реально, до глубины души, обновляет свою жизнь, соединяет цель и содержание жизни, обнаруживая свое метафизическое «единобытие» с другими людьми, «тождество субъективных душ». Смысл жизни и назначение человека, по Гегелю,

состоит в том, чтобы свободно жить содержанием и целями Субстанции. Для Л. Фейербаха субстанцией жизни выступает деятельная родовая сущность человека, стремящегося к счастью и устанавливающего не абстрактную, а практически реальную межчеловеческую гармонию. Основанием такой гармонии является «сердце», любовь, которая соединяет Я и Ты и, одновременно, возвращает человеку его собственную сущность.

Существенные изменения в понимании смысла жизни произошли в XIX в., когда философия вступает так называемый постклассический период, связанный с резким поворотом в сторону мировоззренческого пессимизма и акцентированного персонализма. Более того, проблематизация смысла жизни, когда было поставлено под сомнение само его наличие, является одним из важных признаков, обозначающих границу между философской классикой и современностью. Наиболее рельефно это изменение обнаружилось в философии А. Шопенгауэра и С. Кьеркегора. С точки зрения Шопенгауэра, мир в своей основе есть слепая воля к жизни, дробящаяся на поверхности (в представлении) на множество объективаций. В случае человека, наделенного разумным познанием, объективация воли оборачивается беспредельным эгоизмом. Его уделом оказывается вечная неудовлетворенность, поскольку страдание неотвратимо, а счастье иллюзорно. Шопенгауэр называл существующий мир «наихудшим из возможных», обозначив тем самым разрыв с предшествующей эпохой, исходившей из убеждения, что мир является в своей основе разумным, «наилучшим из возможных» (Г.В. Лейбниц). Кьеркегор резко выступил против панлогизма и объективизма Гегеля, за человеческую личность в ее конкретности и неповторимой индивидуальности, которая раскрывается в отношении личности к Богу. Новое понимание смысла жизни, обязывавшее человека брать на себя всю ответственность за свое осмысленное существование, лишавшее его в этом отношении возможности спрятаться за объективные основания, по сути дела, предельно его этизировало. При таком подходе смысложизненная проблематика становится по преимуществу вопросом моральной решимости. Эту позицию можно понять так, что человек сам должен наполнить жизнь смыслом, которого она лишена в своих объективных измерениях. Наиболее цельно ее выразил А. Камю своей философией абсурда, заявив, что «абсурд имеет смысл, когда с ним не соглашаются».

Проблематика смысла жизни имела особое значение для русской философии конца XIX – начала XX веков, которая стремилась осуществить целостный когнитивно-ценностный подход к жизни человека, различая при этом ее эмпирический и метафизический уровни; например, С.Л. Франк в сверхэмпирическом и абсолютном в человеке усматривал то «неизъяснимое высшее начало», к которому, собственно, и приложимо специфическое русское слово «правда». Русские философы рассматривали смыслополагание и целеполагание как органически близкие жизненные задачи человека, а по критерию абсолютности выделяли цели естественные (первозданные) и

искусственные, относительно и абсолютно ценные цели. Суть вопроса о высшей цели жизни состояла не столько в том, что она собой представляет (здесь преобладала негативная оценка гедонистической и утилитаристской трактовок смысла жизни), сколько в том, где она находится: в самой жизни или вне ее? Связь трансцендентного и имманентного планов смысла жизни мыслилась как основная, определяющая все содержание нравственности (Е.Н. Трубецкой, В.С. Соловьев Л.Н. Толстой, Н.О. Лосский, С.Л. Франк и др).

Попытаемся более пристально взглянуть на проблему в ее освещении в трудах выдающихся русских мыслителей конца XIX - начала XX веков.

Общим для многих мыслителей русского «Серебряного века» является отождествление целеполагания и смыслополагания: ставится вопрос об абсолютно ценной цели, о том, что она есть по существу и «где лежит»? В жизни или вне ее? От знания истины им представлялось возможным перейти к вопросу о том, какими средствами она утверждается в жизни.

По мнению философа-неокантианца, психолога и логика А.И. Введенского, надо, во-первых, различать понятия «цель» и «ценная цель»: «Чтобы та цель, для достижения которой назначена и пригодна или даже действительно служит данная вещь, была способна осмыслить эту вещь, для этого надо, чтобы сама-то эта цель была более или менее ценной в наших глазах, чтобы за ней следовало гнаться».¹

Степень ценности цели, очевидно, обуславливает ее императивность и смысловое содержание. Во-вторых, смысложизненная цель – это «абсолютно ценная цель», которую мы преследуем «ради нее самой» и, в-третьих, она лежит вне жизни: «Верить в смысл жизни логически позволительно только в том случае, если мы верим, что наша жизнь есть путь, ведущий нас к абсолютно ценной цели, лежащей вне нашей жизни и осуществляющейся через посредство жизни».²

А.И. Введенский знал о критике такого подхода историком и социологом Н.И. Кареевым, который считал, что вынесение цели жизни за ее рамки превращает жизнь только в средство по отношению к некоему абсолюту. Далее, в полном соответствии с принципом Д. Юма, Кареев пишет, что «...Из моего знания (т.е. квази-знания) о том, что существует такой абсолют, отнюдь еще не следует, что я должен целью своей жизни сделать осуществление целей этого «абсолюта».³ Он согласен подчиниться «абсолюту» в случае, если «тот» не требует ничего такого, чего бы он не признал сам. «С одним я, однако, никогда не примирюсь – с тем, чтобы смотреть на себя лишь как на орудие или средство для достижения совершенно мне посторонних целей».⁴

¹ Введенский А.И. Условие позволительности веры в смысл жизни. / Смысл жизни в русской философии. кон. XIX – нач. XX вв. – С.-Пб.: Наука, 1995. С. 43.

² Там же. С. 47.

³ Кареев Н.И. Мысли об основах нравственности. // Там же. С. 86.

⁴ Там же. С. 86-87.

Истинная цель, по Карееву, – достижение действительного блага – лежит в самой жизни человека, «ставится ему им самим» и заключается в «высшем удовлетворении и наслаждении в деятельности, направленной на увеличение добра в мире». ¹ Верховным нравственным критерием объявляется общее благо и счастье: «Я не могу осуществить всеобщего счастья, но могу достигнуть сознания, что я делаю все, что от меня зависит, для осуществления всеобщего счастья, и это сознание может доставить мне величайшее наслаждение». ²

В этих рассуждениях видна четкая логическая цепь, связывающая интенцию к разделению сущего и должного (основываться на опытном сущем и считать должное только полезным идеалом), эвдемонистический утилитаризм и психологизм гедонистического типа.

Критика этой цепочки суждений Введенским не менее логична. В отличие от Кареева, он отождествляет не «цель» и «ценность» жизни, а «цель» и «смысл». Деятельность, направленная на осмысленную и абсолютно ценную цель должна быть абсолютно обязательна. «Но есть всего только одна деятельность, имеющая абсолютно обязательный характер. Это – деятельность, предписываемая нравственным долгом». ³ (Условие позволительности веры в смысл жизни). Наша нравственность, продолжает Введенский, запрещает относиться к человеку как только орудию или как всего только средству. Если понимать под жизнью лишь земное существование человека, он действительно обращается в средство при вынесении цели за пределы жизни. Однако постулат о личном бессмертии как необходимой основе веры в наличие смысла жизни оставляет за человеком статус цели самой по себе. Человек, пребывающий в земном и посмертном существовании, есть и средство, и цель своей жизни, взятой как целое.

Для критики эвдемонистической цели Введенский обращается к опыту и делает вывод о том, что она вполне неосуществима в пределах земной жизни, которыми ограничивается Кареев. А психическое «удовольствие» от погони за неосуществимой целью кажется ему совершенно иллюзорным: «...Разве можно найти человека, который, понимая всю бесплодность попыток поймать свою собственную тень, все-таки находил бы величайшее наслаждение в сознании, что он по мере сил посвящает свою жизнь подобным попыткам?..». ⁴ В конце работы Введенский напоминает о ее задаче: научиться находить не то, что способно наполнить наслаждением жизнь, а то, что способно ее осмыслить и нацелить.

Анализ целевой дилеммы – нравственный долг или счастье – занимал философа и психолога Н.Я. Грота. Третьего решения, как он полагал, ни логически, ни психологически быть не может. Если считать нравственным

¹ Там же. С. 88.

² Там же. С. 117.

³ Там же. С. 58-59.

⁴ Мень О.А. «Богословие» Льва Толстого и христианство. / Толстой Л.Н. Исповедь. В чем моя вера. – Л.: Худ. лит-ра, 1991. С. 22.

долгом служение счастью других людей, то откуда выведена необходимость этого долга? Чем оправдать необходимость самопожертвования при столкновении цели моего счастья с целью счастья других людей? Решение данных вопросов возвращает к первоначальной дилемме, то есть либо лишает идею нравственного долга ее безусловности, либо роняет достоинство идеала чужого счастья.

Такой упрек вряд ли оправдан, так как любое этическое учение, претендующее на нормативную и всеобщую значимость, доктринально, представляет собой жизнеучение, опирающееся на постулаты разной степени абсолютности. Этика Толстого базируется на авторитете Христа как учителя мудрости, которая, по его мнению, единственно пригодна для земного бытия человека. Толстой пытался преодолеть разрыв между должным и сущим, рассматривая первое как возможное во втором. Шаг от возможности к действительности изображался Толстым как наличествующий, возможность и действительность, по сути, отождествлялись. Жажда земного осуществления идеала привела мыслителя к выводу, что идеал только должен быть растолкован, изъяснен во всей его простоте. Напротив, «...оппоненты Толстого ясно видели, что личная этика неизбежно опережает социальную, которая вынуждена следовать более примитивным законам. Если отдельный человек лично может простить того, кто причинил ему зло, то социальный закон в этом несовершенном мире должен оставаться на принципах справедливости».¹ Толстой отвергал не только противопоставление должного и сущего, которое мешает осмыслить путь к сближению личной и социальной этики, но и более онтологически глубокое несовпадение в нравственной жизни возможного и действительного. В этом, по-настоящему содержательном аспекте мораль принципиально двусоставна, что выражается в ее личностной и индивидуальной определенности. Эта сфера и представляется наиболее плодотворной в дальнейшем исследовании смысложизненной проблематики.

Таким образом, прорывная тенденция в развитии гуманитарного отношения человека к себе и миру видится в его этическом наполнении: в выявлении смысложизненного содержания морали человека как кардинальной проблемы философии нравственности, претендующей на статус жизнеучения, а не только науки о морали, т.е. желающей быть одновременно ценностно-практической, по Аристотелю, и теоретически основательной, по Канту.

Осмысление парадокса в отношении практической (до невозможности) редкости «чистой морали» и ее такой же реально-аспектной «вездесущности» составляет суть этики как вершинной проекции всех философских усилий понять сущность и существование человеческого бытия.

Человек живет либо так, как если бы его моральные основания были удостоверены природой, социумом или Богом, либо как аутентичное существо, самостоятельно оправдывающее свое существование.

¹ Там же. С. 70.

Онтологический план рассмотрения проблемы позволяет снять эту дистинкцию в том, что сущность морали определяет ее существование. Отсюда мораль - это не только грань человеческой жизни, средство облагораживания человеческой сущности или усовершенствования общественных отношений и даже не цель духовного совершенствования человека и человечества. Она - абсолютное начало его индивидуально-целостного бытия.

Философско-антропологический контекст, базирующийся на принципе диалога человека с Абсолютом, позволяет совместить аспекты поведения человека и его жизненного самоопределения.

Абсолютная весть, идентифицируемая совестью, а в отвечающей рефлексии (ответственность), морально должное и могущее оправдать для человека жизнь, порождает сущий нравственный смысл его жизни.

Таким образом, моральная специфика диалога человека с абсолютным содержанием его собственного бытия задана соотношением трех основных модусов бытия: сущего, должного и возможного. Иначе говоря, смысл жизни человека в этическом контексте предстает как возможность осуществления должного, т.е. индивидуально принятый синтез основных модальностей человеческого бытия, с учетом такого экзистенциального «кармана», как предательство /совести/, негативно вносящего культурно-сакральную динамику во взаимоотношения совести и ответственности человека и человечества.

Один великий физик XX века сказал: «Найти – значит искать рядом», имея в виду и межпредметные связи, и то, что, наряду с научным знанием, имеется вне – и ненаучное, приносимое художественными, политическими, религиозно-теологическими и другими типами исследований. Философия, обращенная к своему, принципиально нелокализованному, предмету, подобна искусству, которое также охватывает весь мир, питаясь соками всех вещей («Когда б вы знали, из какого сора растут стихи, не ведая стыда», - сказала Анна Ахматова). Подобно теологии, философия пытается постичь и сверхъестественное, трансцендентальное начало естественного мира, используя не только рациональные, но и иррациональные каналы получения о нем информации. Нравственное начало также пронизывает все поле философских исследований, что особенно характерно для работ отечественных мыслителей, предпочитавших оперировать не позитивно очищенным понятием «истина», а нравственно нагруженным понятием «правда». Таким образом, философия превращает «мертвую» воду знания как такового в ее живую субстанцию, которая пригодна не только для мытья машин и механизмов, но и для питья, роста органического мира, призванного венчать собой мир неорганический. Вполне понятна и оправдана цель нынешней модернизации подготовки специалистов поднять на высший мировой уровень технологическую жизнь современной России, ибо избран цивилизационный путь ее развития. Однако путь в современную культуру, как заметил наш выдающийся философ В. Межуев, идет не через экономику,

а через философию, которая выявляет традиционные преимущества России, ее национально-исторические особенности бытия в культуре всего мира. Задачей должна стать подготовка не специалистов, а культурной элиты (естественной модификацией которой является и технико-технологическая элита), существующей сразу в трех культурных временах: в античности, увенчанной философией, в средних веках, пронизанных религиозным мироощущением, и в Новом времени, пестовавшем науку. Вызов XXI века – это вызов всех времен, призыв к сбору урожая всех культурных «сезонов». Это многообразие плодов и должно, по-видимому, стать содержанием современного образования и технологии оценки его эффективности на экзамене.

НЕКОТОРЫЕ СУЩНОСТНЫЕ АСПЕКТЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Ярыгина Ю.В. – доцент кафедры теории государства и права, к.ю.н.

Правовая абстракция «правоотношение» – одна из наиболее глубоких и сложных абстракций, характеризующих правовую форму общественной жизни в целом. С момента введения в категориальный аппарат теории государства и права понятия механизма правового регулирования правовые отношения рассматривались как стадия в процессе реализации права. Первые соображения на этот счет были высказаны в связи с обсуждением вопроса о понятии правового воздействия, где правоотношение занимало свое место вслед за нормами права.¹ Впоследствии, когда был поставлен вопрос о возможности осуществления права как через правоотношения, так и помимо них², правоотношение также рассматривалось как особая стадия в процессе правового регулирования. Н.Г. Александров проявлением правового воздействия считал: правовые запреты, правоспособность (или правовой статус), правовую компетенцию и, наконец, правовые отношения.³ В настоящее время, когда проблема механизма правового регулирования всесторонне рассмотрена в ряде монографических работ, правоотношение выделяется как основной элемент, звено правового регулирования. В частности, С.С. Алексеев считает, что правоотношения возникают вслед за стадией общего действия юридических норм, т.е. занимают самостоятельное место в процессе правового воздействия.⁴ Этой позиции придерживаются все ученые, рассматривающие проблему механизма правового регулирования и непосредственно проблему правоотношения.

¹ См. Стальгевич А.К. Некоторые вопросы теории социалистических правоотношений. // «Советское государство и право» 1957, №2, С. 24-25.

² См. Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. - М., 1961. С. 107.

³ См. Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. - М., 1961. С. 188-196.

⁴ См. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 1. - Свердловск, 1972. С. 156.

Вместе с тем, следует отметить, что судьба общего понятия правового отношения в отечественном правоведении сложилась неудачно. В первую очередь потому, что оказалась поставленной в зависимость от господствовавших в советский период философских представлений об общественных отношениях. Марксово указание о том, что правовые отношения не могут быть поняты из самих себя, поскольку их сущность коренится в материальных жизненных отношениях, ориентировало исследователей правоотношений в методологическом плане на учет в большей степени общесоциологических закономерностей, проявляющихся в правоотношениях, а не специально-юридических. Также понятие правоотношения оказалось зависимым и от расширительной трактовки понятия права. Данная трактовка предполагает включение в понятие права, кроме системы норм, и системы правоотношений. Такое понимание права было предложено А.А. Пионтковским, Б.Н. Назаровым, Л.С. Явичем и др., которые считали, что такое определение синтезирует, дополняет и развивает иные определения. Указанная зависимость привела к тому, что на правовое отношение постепенно стали переносить признаки как общественного отношения, так и юридической нормы. Данное обстоятельство усложнило и запутало представление о юридическом отношении, сделало понятие о нем абстрактным, поскольку отношение отрывалось от интересов и устремлений сторон такого отношения — людей. Место и роль человека в самом возникновении правовых отношений игнорировались - они подменялись либо материальными отношениями, либо нормой права или юридическими фактами. Вместе с тем, являясь разновидностью социального отношения, правовое отношение в своем возникновении и развитии подчиняется общим принципам, законам жизни этого социального отношения. Такие признаки накапливаются в правовых отношениях уже за счет того, что они (как и всякая разновидность социальных отношений) устанавливаются между людьми и самими людьми и в этом смысле представляют собой реальное социальное явление. Правовые отношения неотделимы от людей, в первую очередь, от их намерений, интересов. Важно отметить, что само возникновение правового отношения, его качество, результативность могут в значительной, нередко в решающей степени, зависеть от поведения его сторон — людей, движимых определенными потребностями, преследующих те или иные цели.

Следует констатировать, что традиционная отечественная юридическая наука мало обращала внимания и на такое полезное свойство юридических отношений, как способность обозначать, «высвечивать» уровень реального пользования правами и свободами в обществе, а также указывать на декоративность либо недостаточную гарантированность объявленных в действующем законодательстве прав и свобод. Чтобы использовать такое свойство правовых отношений, достаточно проследить факты возникновения этих отношений или зафиксировать их невозникновение тогда, когда они, согласно нормам объективного права, должны возникать. Например, если в

стране ее граждане активно вступают между собой в правовые отношения, это свидетельствует об одном уровне правовой жизни, ее качестве. Если же круг юридических отношений между людьми узок и беден, более того, если граждане стремятся уклониться от установления между собой таких отношений, в этом случае можно признавать утверждения иного правопорядка.

Актуальность исследования правовых отношений определяется также фактом их понимания как стадии, которая соединяет общие нормативные предписания с деятельностью субъекта права и тем служат укреплению правовой основы общества. Данную стадию принято называть индивидуализацией правовых норм. Ее назначением является установление, констатация индивидуальных субъективных прав и юридических обязанностей у персонально определенных субъектов в соответствии с нормами права. Ни судебная, ни правоприменительная деятельность без такой индивидуализации невозможна, как невозможна и иная правомерная деятельность субъектов права. Поэтому рассмотрение вопроса об индивидуализации норм права, которую применительно к себе осуществляют субъекты, в конечном итоге всегда имеет практическую значимость.

Для правильного понимания сущности и особенностей правоотношения как социального явления, необходимо исследовать его как часть в общественном целом, обозначить, какое место в системе общественных отношений они занимают.

Анализ системы общественных отношений может осуществляться в двух аспектах: гносеологическом и социологическом. С точки зрения гносеологии общественные отношения делятся на два вида — материальные и идеологические. Первые возникают без участия общественного сознания, а вторые предварительно через него проходят. Анализ деятельности и отношений, а также рассмотрение отношения как формы деятельности свидетельствуют о выходе за пределы гносеологического аспекта и решение вопроса в плане социологическом.¹ Социологическое исследование, раскрывающее содержание отдельных видов общественных отношений, в свою очередь, может осуществляться как минимум в двух направлениях. С одной стороны, учитывая, что общественные отношения взаимообусловлены и взаимодействуют друг с другом, а потому существуют не вообще, а только в связи с другими отношениями, их можно рассматривать в системном единстве. В этом случае связь общественных отношений проявляется, например, в том, что одни их виды (как сущность) реализуются, облекаясь в форму других отношений. С другой стороны, можно пытаться вычленив наиболее существенные связи, характерные в данных условиях для развития тех или иных сфер жизнедеятельности людей (экономика, политика, право). В указанном случае и выделяют экономическую, политическую, правовую, моральную, религиозную и т.д. сферы общественной жизни, которым соответствуют экономические, политические, правовые, моральные и

¹ См.: Актуальные проблемы теории общественных отношений. - М., 1978. С. 81.

религиозные отношения как самостоятельные виды общественных отношений.

Таким образом, существует не только правовая форма различных видов общественных отношений, но и правовые отношения как самостоятельный вид общественных отношений. Отказываясь от традиционного отождествления индивидуальных действий людей и тех конкретных связей, в которые они вступают в своей предметной деятельности, при рассмотрении правоотношения в единстве с другими видами общественных отношений становится возможным более четко определить механизм правового регулирования общественных отношений и последовательность срабатывания всех его основных звеньев. В этом случае возможно констатировать, что право в целом, как и каждая его отрасль, порождено системой общественных отношений, в которой определяющую роль играют производственные отношения, и что конечная цель права — регулировать общественные отношения в соответствии с их собственной природой. В этом смысле право представляет собой и механизм согласования интересов, и механизм контроля, в частности, механизм корректировки в случаях отклонения от заданной цели. Оно нормативно не только потому, что за ним стоит сила, способная принуждать к соблюдению его велений, но и потому, что «представляет собою идеал организаций, модель, которая предписывает, какой должна быть организация для того, чтобы она работала эффективно».¹

Процесс регулирования правом общественных отношений осуществляется двойственным образом. Право может воздействовать на них непосредственно — как материальная сила (деятельная форма материальных отношений), практически чувственная, целенаправленная деятельность людей по созданию правовых норм и обеспечению их правильного применения. Регулирование правом общественных отношений может осуществляться и опосредованно — как идеальное отношение (форма общественного сознания), идеологическая (идеально-деятельная) форма материальных отношений, через посредство других видов социальной деятельности (экономической, политической и т.д.) органически пронизывающая все виды общественных отношений. Полная реализация норм права имеет место тогда, когда все и каждый, находясь в условиях, предусмотренных нормами права, выполняют их требования. В той мере, в какой реальная действительность приближена к этому идеалу, упорядочены общественные отношения.

Данное обстоятельство означает, что первый, рабочий цикл механизма правового регулирования, после того, как создана сама правовая норма, — установление программы действий субъектов права (конкретных людей) или наделение их правами и обязанностями. В этот момент появляются правовые связи, независимо от того, с какими конкретными обстоятельствами (юридическими фактами) закон связывает их возникновение. Названные связи между субъектами права, как аспект, правовая сторона фактических

¹ Афанасьев В.Г. Общество: системность, познание и управление. - М., 1981. С. 236.

отношений и одновременно мера их юридического совершенства, и есть индивидуальные правоотношения сторон, обладающих корреспондирующими друг другу правами и обязанностями, цель которых — обеспечить деятельность, необходимую для общества.¹

Правовое требование может стать действительной программой деятельности лишь тогда, когда каждый адресат нормы права знает это требование, понимает его, воспринимает как должное. Поэтому второй цикл механизма правового регулирования — реализация прав и обязанностей субъектов правоотношения, находящихся в сфере действия нормы права. Правоотношение обеспечивает не только «первичный толчок», приводящий в движение участников правоотношения, но и «ведет», направляет их деятельность таким образом, чтобы предупредить возможные отклонения от заданной программы, а если таковое произойдет, внести необходимые коррективы. Таким образом, на уровне реализации правоотношений в индивидуальной деятельности людей достигается конечная цель правового регулирования: в общем массиве множества человеческих действий устанавливается тот порядок, который был смоделирован в правовой норме. Это и есть процесс регулирования общественных отношений, т.е. внесение в них устойчивости, четкости, гарантированности от произвола. Иначе говоря, это и есть правопорядок.

Правовые общественные отношения, как и все другие виды идеологических отношений, есть форма (результат) надстроечной, внеэкономической деятельности людей. Подобно тому, как отдельные виды общественных отношений осуществляются лишь в правовой форме, так и правовые общественные отношения, безусловно, могут проявляться и развиваться при помощи и посредством других видов общественных отношений. В то же время относительная обособленность правовой жизни в реальной действительности обуславливает реальную автономность правовых отношений и позволяет на понятийном уровне выделить правовые отношения как самостоятельный вид общественных отношений. Если отказаться от отождествления правовой формы индивидуальных отношений или их совокупности с правовыми общественными отношениями, то тогда одной из главных связей, определяющих природу конкретных видов общественных отношений, является связь общественной деятельности и общественных отношений.

Данные категории являются парными категориями исторического материализма: общественные отношения есть результат и форма деятельности людей. Единство и соотносимость этих категорий не только позволяет утверждать, что научное объяснение каждой из них с необходимостью предполагает анализ другой, но и требует определять их друг через друга. Деятельность и общественные отношения в определенном аспекте также можно рассматривать как предельно широкие категории,

¹ Кудрявцев В.Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. 1980. №2. С. 12.

которые «не только взаимосвязаны и предполагают друг друга... но и при определенных условиях могут переходить одна в другую. Так, деятельность в сфере производства, политики, науки, взятая в аспекте связей, сотрудничества между людьми, выступает как их определенные отношения, а сами экономические, политические и другие отношения, взятые с точки зрения их воздействия на тот или другой объект, — как определенная деятельность».¹

Именно поэтому в философской литературе справедливо указывается, что основанием дифференциации общественных отношений на виды являются объективно существующие сферы жизнедеятельности людей. Обращаясь к гносеологическому аспекту исследования различных видов общественных отношений, Г.В. Мокроносов отмечает, что идеологические отношения являются формой выражения материальных отношений в практической деятельности людей, сознательным выражением тех способов деятельности индивидов, которые обособились в результате разделения труда в самостоятельные профессии, либо сознательным выражением существующей для индивидов, классов и наций необходимости утверждать свое положение посредством какой-нибудь определенной деятельности.²

В теории права исследование правоотношений, исходя из понимания общественных отношений как массивной структурной совокупности постоянно повторяющихся конкретно-исторических социальных связей, зависимостей и разграничение субъектов, последовательно проводилось Ю.Г. Ткаченко. По ее мнению, с которым следует согласиться, особенность этих отношений в том, что они моделируются социальными нормами и опосредуются соответствующими учреждениями.³ Вместе с тем автор приходит к выводу, что для выделения правовых отношений в качестве самостоятельного вида общественных отношений нет основания, потому что ни одна из возможных классификаций (ни по общности, ни по сфере деятельности) не позволяет их выявить. В свою очередь, это обусловлено тем, что не существует деятельности, которую с точки зрения содержания можно назвать правовой: «не существует правовых в собственном смысле отношений, а есть лишь правовой способ регулирования общественных отношений».⁴

Как представляется, организация и поддержание правопорядка есть правовая деятельность в ее собственном смысле. Вместе с тем, как и иная общественно значимая деятельность, правовая деятельность сама нуждается в порядке. В жизни общества значительная масса людей, профессионально или на общественных началах обслуживает потребность людей в правовом порядке. Очевидно, что вся эта массовая деятельность осуществляется посредством соответствующих учреждений (законодательные и

¹ Общественные отношения. Вопросы общей теории. / Под ред. П.А. Рачкова. - М., 1981. С. 36-38.

² Мокроносов Г.В. Диалектика содержания и формы общественных отношений. - Свердловск, 1975. №237. С. 12.

³ Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М., 1980. С. 84.

⁴ Там же. С. 92.

правоохранительные органы, органы контроля и т.д.) и регулируется правовыми нормами. Очевидно, что данная целенаправленная деятельность непосредственно связана с определенной формой общественного сознания (правосознанием). Поэтому, констатируя, что имеется особый круг субъектов деятельности, особая сфера деятельности — создание правовых норм и обеспечение их правильного применения, особый предмет деятельности — правопорядок, и особая форма общественного сознания — правосознание, следует признать существование особых правовых отношений — общественных отношений, стоящих в одном ряду с другими идеологическими отношениями.

Итак, правовые общественные отношения вполне органично вписываются в общую структуру общественных отношений. Они образуют определенную сферу общественной жизни, в рамках которой создается и регулируется сам механизм внедрения правовых норм в жизнь общества. В связи с чем правовые общественные отношения можно определить как устойчивые, закономерно функционирующие в масштабах общества связи людей по созданию правовых норм и обеспечению их правильного применения в целях организации и поддержания правопорядка в различных областях общественной жизни.

В настоящее время проблема правоотношений продолжает оставаться в юридической науке одной из центральных. Широкая дискуссия, которая ведется по вопросам, так или иначе связанным с теорией правоотношения, несомненно содействует выявлению разногласий спорящих сторон. Вместе с тем, следует признать, что коренные проблемы теории правоотношения до сих пор не могут считаться окончательно решенными. Едва ли не самым сложным среди них остается вопрос о понятии правоотношения.

Учитывая философско-социологические разработки, следует рассмотреть предлагаемые в юридической литературе подходы к определению правоотношения.

В теории права наиболее распространено определение правового отношения как общественного отношения, урегулированного объективным правом, участники которого выступают как носители субъективных прав и обязанностей. Его сторонники считают, что, во-первых, действительным содержанием правоотношения не может быть ничего, кроме взаимодействия субъектов, права и обязанности которых это взаимодействие формирует; во-вторых, общественное отношение — индивидуальная связь, по крайней мере, между двумя лицами: в-третьих, правоотношение может быть как идеологическим, так и материальным. Общеизвестность такого понятия четко выразила Р.О. Халфина в своей монографии, указав, что, несмотря на различие словесных формулировок, сущность правоотношения видится в том, что оно представляет собой общественные отношения, урегулированные нормой права¹. Несомненно, такое объяснение соответствует смыслу термина «правоотношение», т.е. отношения, урегулированного правом. Если

¹ Халфина Р.О. Общее учение о правоотношениях. - М., 1974. С. 23.

остановиться на этом смысловом объяснении термина «правоотношение», то следует признать, что употребление понятия «отношение» закономерно.

Общественные отношения, писал Г.В. Плеханов, являются отношениями, устанавливаемыми самими людьми в процессе их деятельности, поэтому они не могут ни существовать, ни изменяться независимо от человеческой деятельности. Это важная характеристика общественного отношения, имеющая принципиальное значение для понимания правовых отношений.

В свою очередь, без общественных отношений «человеческая деятельность не может обходиться нигде и никогда. Она неизменно включается в систему этих отношений, осуществляется в тесной связи с ними, приобретает благодаря им конкретно-исторический характер. При этом зависимость общественных отношений от деятельности не следует понимать только как связь причины и следствия: вначале возникает деятельность, а потом, вслед за ней, отношение. И то, и другое не может существовать само по себе, друг без друга.

В данном аспекте понимания правоотношений представляется необходимым обозначить общие признаки социальных (общественных) отношений:

а) эти отношения имеют две конкретные стороны, на каждой из них может быть несколько субъектов;

б) субъектный состав таких отношений не столь широк, как в общественных связях. В ряде случаев стороной общественного отношения может стать лицо, обладающее определенными признаками, в том числе занимающее определенную социальную позицию, выполняющее социально значимые функции; например, чтобы стать субъектом юридического отношения, лицо должно обладать право- и дееспособностью;

в) зрелое общественное отношение представляет собой устоявшийся, «затвердевший», типичный образец взаимодействия; можно говорить об определенном единообразии поведения в рамках того или иного вида общественных отношений. М. Вебер считал, что последнее объясняется отнюдь не ориентацией людей на какую-либо считающуюся «значимой» норму и даже не на обычай, а просто тем фактом, что данный тип социального поведения, по существу, больше всего в среднем соответствует, по субъективным оценкам индивидов, их естественным интересам и что на это они ориентируют свое повседневное поведение¹. Вместе с тем определенный тип социального поведения, будучи вызванный к жизни естественными интересами, нуждается затем в нормативном закреплении. Это необходимо с целью удержания его на социальной арене взаимодействий, а также сделать типичную форму социального взаимодействия доступной не только для данного, но и для будущего поколений. Именно с этим обстоятельством можно связывать следующий признак общественного отношения;

¹ Вебер М. Избранные произведения. - М., 1990. С. 635.

г) это форма общественного отношения, которая формирует его, упорядочивает, то есть устанавливает определенный порядок развертывания содержания отношения (взаимодействия). В этом смысле при характеристике общественного отношения заметное место принадлежит по праву нормативу. Не столько по причине, что последний как бы исходно предписывает, навязывает или рекомендует определенный образ действия в социальном пространстве, сколько потому, что в нормативе складывается и удерживается соответствующий интересам индивида (общества, государства) тип взаимодействия, которое и приводит его к желаемым результатам.

Итак, общественное отношение — это способ стабилизации и универсализации ценных, значимых для людей, общества, государства моделей (типов) взаимодействия, способных привести к предполагаемым результатам. Признаком именно социальных (общественных) отношений можно считать и то, что они устанавливаются и реализуются в ходе взаимодействия (или противодействия) сторон. В общественном отношении люди, то есть его стороны, нуждаются друг в друге, зависят друг от друга, и добиться желаемого, или того, в чем они заинтересованы, они могут, только опираясь на взаимное содействие. При этом нередко одна из сторон осознает себя в качестве «самости», только «вглядываясь» в другую сторону как в себя (видя себя в ней как в зеркале). Общественное отношение в самом себе содержит возможность контроля за поведением сторон. В том смысле, что каждая из сторон такого отношения контролирует поведение второй стороны, в соответствии с чем и корректирует свое поведение. Нередко в этом ей помогает норматив, который содержит основной алгоритм поведения в рамках общественного отношения, ведущий к достижению желаемой цели.

Другим важным признаком социального отношения (не исключая юридического) является то, что люди вступают в данное отношение с целью добиться каких-то результатов, в том числе и социально значимых последствий.

Вместе с тем, следует указать следующие признаки правового отношения в качестве самостоятельной разновидности общественных отношений.

Правовое отношение устанавливается только между самостоятельными и равными (с точки зрения закона) сторонами. Отношение, одна из сторон которого в одностороннем порядке определяет поведение другой, не может быть юридическим в принципе. Однако тонкость этой стороны дела состоит, конечно, не в том, чтобы равное положение сторон понимать абсолютно. Когда говорят, что правовое отношение возможно только между равными и самостоятельными сторонами, то имеют в виду равенство в смысле наличия у каждой из этих сторон прав и обязанностей, а не прав у одной и только обязанностей у другой. Равенство и самостоятельность сторон в правовом отношении означают также, что у каждой из них есть реальная возможность вернуть другую сторону в русло закона, договора всякий раз, как только последняя вознамерится из него выйти, нарушая тем самым какие-то права

другой стороны отношения. Наконец, равенство сторон юридического отношения означает, что сам факт его установления в равной мере зависит от обеих сторон, то есть каждая из них может вступить, а может и отказаться от вступления в правовое отношение.

Таким образом, в большинстве случаев для правового отношения, его развития характерно правило, согласно которому каждая из сторон рассматривает себя как равную и самостоятельную. Однако это исходное основание большинства юридических отношений в обществе не исключает того, что каждая из сторон видит в другой стороне средство для достижения желаемой цели. Данное правило в правовом отношении выражается в долге исполнить юридическую обязанность.

Часто возникновение и реализация правовых отношений демонстрируют еще одну особенность, а именно: наличие в большом количестве правовых отношений третьей стороны, которая оказывает основным субъектам правового отношения содействие в реализации ими своих прав и юридических обязанностей. Причем, в самом процессе «потребления» прав основными сторонами юридического отношения третья сторона не участвует, для нее важно, чтобы процесс протекал в соответствии с законом. Например, суд, орган социального обеспечения, которые в силу закона призваны содействовать гражданам в реализации или защите ими своих прав.

Следует назвать еще несколько формальных признаков правового отношения. В частности, субъектами такого отношения могут быть не все лица, а только обладающие определенными юридическими качествами, в первую очередь, правоспособностью и дееспособностью. Еще одним формальным признаком правовых отношений является то, что их возникновению обычно предшествует юридический факт.

Согласно взглядам сторонников указанной концепции, «общественное отношение — это реальное взаимодействие людей, выражающееся всегда вовне, в действиях и поступках»¹, а значит, что сама по себе связь прав и обязанностей, принадлежащих соответствующим лицам, — еще не правоотношение, а лишь область правовой возможности и долженствования. Правоотношение — социальная деятельность, поведение субъектов, «правовых связей, т. е. здесь возможность превращается в действительность, должное в сущее»².

Вместе с тем, приведенное выше определение правоотношения, по мнению ряда авторов, не свободно от недостатков. Главные обстоятельства, которые делают уязвимой данную концепцию, заключаются в следующем.

Во-первых, в данном случае происходит отождествление основания отношения, самого отношения и его содержания. Основание отношения — это то, что непосредственно определяет природу зависимости соотносящихся субъектов. В качестве основания материальных отношений выступает уровень развития производительных сил, идеологических — материально

¹ Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. — М., 1981. С. 32.

² Явич Л.С. Общая теория права. - Л., 1976. С. 210-211.

детерминированная воля общества (класса), выраженная в определенных формах общественного сознания. Содержание отношения (общественного или индивидуального, материального или идеологического) образует то, что непосредственно связывает его стороны, т.е. деятельность (активная и пассивная) субъектов по отношению друг к другу. Поэтому отсутствие активной деятельности субъектов не означает отсутствия самого отношения, поскольку взаимосвязь, взаимозависимость сторон (само отношение) при общей основе (применительно к праву — материально детерминированная воля общества, возведенная в закон) возникает вне их (субъектов) непосредственного взаимодействия¹.

Во-вторых, при данном подходе происходит смешение индивидуальных действий конкретных лиц с правовыми общественными отношениями. Предпосылкой такого рода представлений служит тезис о тождественности жизнедеятельности людей и содержания общественных отношений, т.е. понимание жизнедеятельности как всей многообразной эмпирически наблюдаемой жизни людей. В современной теории общественных отношений устоялось мнение, что нужно различать конкретные связи и отношения между индивидами (отношения общения, межличностные отношения) и типизированные, интегрированные связи массы людей, возникающие в результате их социальной деятельности. Только вторые и есть общественные отношения².

Третий недостаток рассматриваемой концепции — в недосказанности способности таким образом понимаемых общественных отношений (экономических, политических и т.п.) превращаться в результате их урегулирования правовыми нормами в специфическую разновидность общественных отношений — правовые отношения. Другими словами, данное понимание правоотношений не позволяет раскрыть механизм воздействия права на общественные отношения.

Прежде всего, именно это обстоятельство вызвало многочисленную критику, поскольку оно означает смещение надстроечных и базисных явлений, не позволяет ограничить правоотношение от того общественного отношения, которое лежит в его основе, в конечном счете ведет к отождествлению экономических и юридических отношений.³

По мнению оппонентов, формулируя понятие правоотношения как регулируемого правом общественного отношения, авторы, по существу, определяют не само правоотношение, а фактическое общественное отношение, которое лежит в его основе, либо, что является совершенно недопустимым, исходят из предпосылки, будто фактическое общественное отношение в момент возникновения правоотношения «испарилось», и

¹ Свидерский В.И. О диалектике отношений. - Л., 1983. С. 22, 91.

² См.: Актуальные проблемы теории общественных отношений. - М., 1978. С. 21-22.

³ См.: Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. - М., 1958. С. 66;

Стальгевич А.К. Некоторые вопросы теории социалистических правоотношений. /Советское государство и право. 1957. №2. С. 25-26.

никакого общественного отношения, кроме правоотношения, больше не существует.¹

Ю.Г. Ткаченко считает, что «термин «правоотношение», используемый в смысле «общественное отношение», неудачен потому, что создает иллюзию самостоятельного существования какого-то особого вида отношений вне и наряду с другими видами общественных отношений. По ее мнению, последовательнее было бы признать, что «фактическое отношение» (политическое, экономическое, духовное и т.д.), подвергаясь правовому регулированию, по своему содержанию продолжает оставаться политическим, экономическим либо духовным, в зависимости от того, что было предметом деятельности и, соответственно, в какой сфере протекала деятельность, на основе которой сложились эти отношения. Правовыми следует называть их с точки зрения того способа, под воздействием которого они формировались. Поэтому, называя какой-либо из видов отношений правоотношением, дается его функциональная, а не содержательная характеристика. В силу этого недостаточно ясна и требует разъяснения характеристика правоотношения как формы общественных отношений. Если под формой понимать сам способ организации общественных отношений, то в данном случае правоотношение в смысле общественного отношения есть его результат².

Утверждение, что в процессе правового регулирования экономических отношений происходит не превращение одних отношений в другие, а возникают новые, ранее не существовавшие идеологические отношения — правовые, логично только тогда, когда под правовыми отношениями понимается не правовая форма индивидуальной связи между конкретными субъектами, а выработанные обществом и закрепленные в праве, устоявшиеся, типические формы правовой связи людей, обеспечивающие правовой порядок в различных областях общественной жизни. Лишь они приобретают известную автономность по отношению к массовой деятельности людей, в связи с чем могут исследоваться как таковые.

В целях преодоления указанных выше недостатков традиционного понимания правового отношения в юридической литературе было предложено принципиально иное определение правоотношения: правоотношение — это особый вид идеологических общественных отношений, при посредстве которых норма права регулирует фактические общественные отношения в их реальной форме³. Данная концепция имеет две основные модификации. Сторонники первой из них считают, что правоотношения представляют собой специфические идеологические отношения, возникающие в результате воздействия норм права на поведение людей и представляющие собой связь прав одного лица с корреспондирующими им обязанностями другого лица.⁴ В данном случае речь идет о понятии

¹ Толстой Ю.К. Еще раз о правоотношении. / Правоведение. №1. 1969. С. 32.

² Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М., 1980. С. 26-27.

³ Толстой Ю.К. К теории правоотношения. - Л., 1959. С. 18.

⁴ Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. - М., 1958. С. 6.

правоотношения как модели (возможность и необходимость) поведения. Принципиальным достоинством указанной концепции является вывод, что правоотношения есть форма различных общественных отношений (как идеологических, так и материальных), и они не сливаются с фактическими общественными отношениями, а последние, обретая правовую форму, тем не менее, сохраняют качественную определенность и автономность и сами по себе правовыми не становятся. Также данная концепция позволяла поставить ряд спорных вопросов.

Во-первых, встает вопрос о том, моделируется ли правоотношением поведение всех сторон того отношения, на которое оно направлено, если это не обязательно. Это дает основание иначе решить вопрос о так называемых «односторонних правоотношениях». Если помнить, что речь идет о модели поведения, само понятие «одностороннее (или еще лучше — «сепаратное») правоотношение» вызывает уже представления о специфическом способе воздействия, а не об отношении как таковом.

Во-вторых, возникает возможность уточнить представления о механизме правового регулирования, четче определить то местоположение, которое занимают общие модели (нормы), индивидуальные модели (правоотношения), действия граждан и деятельность организаций, а также возникающие общественные отношения (правоотношения).¹

Согласно второй точке зрения, правоотношения - «особые идеологические отношения, возникающие в результате наступления предусмотренных правовой нормой юридических фактов... отношения, при посредстве которых (через которые) норма права регулирует фактические общественные отношения».² Следовательно, между фактическим общественным отношением и нормой права, которая призвана регулировать эти отношения, в результате воздействия ее на поведение людей возникает промежуточное звено в виде правоотношений, которое нельзя отождествлять с фактическими общественными отношениями, так как правовые отношения могут существовать и тогда, когда фактического отношения еще нет.

Данные концепции не были единодушно восприняты представителями общей теории права и отраслевых наук. Критикуя идеологическое определение правоотношения, его противниками были выдвинуты следующие аргументы: правоотношение возникает как результат воздействия нормы права на фактические общественные отношения; если же рассматривать правоотношение как посредствующее — между нормой права и фактическим общественным отношением — звено в правовом регулировании, то следует, что норма права вначале создает правоотношение и лишь через него устремляется на урегулирование фактического общественного отношения. А это, с одной стороны, отрывает

¹ См. Ткаченко Ю.Г. Указ. соч. С. 31.

² Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 20.

правоотношение от его материального субстрата, а с другой — искажает механизм воздействия права на общественные отношения.¹

Доказывая правильность понимания правовых отношений как особого вида идеологических отношений, его сторонники апеллируют к следующему. Если общественное отношение выступает как предмет правового регулирования, то данное отношение с самого начала возникает в правовой форме. Процесс образования общественного отношения в данном случае неотделим от процесса придания этому отношению правовой формы. Правоотношение появляется в результате взаимодействия нормы права с общественным отношением, составляющим предмет правового регулирования. Но эта реакция происходит в тот же самый момент, когда возникает и само фактическое общественное отношение. В связи с чем неверно было бы считать, будто вначале складывается общественное отношение, а затем в результате воздействия на него нормы права появляется правоотношение. Процесс возникновения правоотношения неотделим от процесса образования самого общественного отношения. Это происходит потому, что объективная необходимость того, чтобы поведение людей — участников общественного отношения — было юридически урегулировано или, как иногда говорят, введено в юридические рамки, заложена в самом общественном отношении, составляющем предмет правового регулирования. Все дело в том, что общественное отношение — предмет правового регулирования — возникает в такой «среде», в какой оно иначе, как в форме правоотношения, появиться не может. Правовая энергия, излучаемая нормой права, охватывает общественное отношение в тот самый момент, когда оно образуется. Правоотношение, с одной стороны, возникает благодаря «активности» нормы права, а с другой — «выталкивается» самим общественным отношением благодаря заложенной в нем потребности в правовом урегулировании. Именно так происходит возникновение правоотношения. Наряду с этим, считают они, даже если согласиться с тем, что вначале появляется само общественное отношение, а вслед за ним правоотношение, то и в этом случае взгляд на правоотношение как посредствующее — между нормой права и общественным отношением — звено в правовом регулировании ни на йоту не оказывается поколебленным, поскольку в определении нуждается возникшее правоотношение.² В среде теоретиков остается бесспорным тот факт, что возникшее правоотношение выступает именно как правовая форма, в которую облечено общественное отношение — предмет правового регулирования. Совершенно очевидно, что норма права не в состоянии регулировать общественное отношение, минуя ту форму, в которую оно облечено. Норма права может регулировать это отношение лишь через правоотношение (нельзя воздействовать на содержание, минуя форму, которая имманентна этому содержанию). Таким

¹ См.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. - М., 1961. С. 178-183.

² См.: Толстой Ю.К. Еще раз о правоотношении. / Правоведение. №1. 1969. С. 33.

образом, правоотношение выступает как посредствующее звено, через которое норма права регулирует общественное отношение.

При таком подходе к правоотношению его роль в механизме правового воздействия на общественные отношения может быть четко очерчена. Требования, которые норма права предъявляет к поведению людей, правоотношение «привязывает» к конкретному общественному отношению с учетом его индивидуальных особенностей. В связи с этим, по мнению сторонников указанного подхода, упрек в том, что определение правоотношения как посредствующего — между нормой права и общественным отношением — звена в правовом регулировании не позволяет раскрыть механизм воздействия права на общественные отношения, на поверку оказывается необоснованным.¹

Правоотношение — это правовая форма, в которую облечено лежащее в его основе общественное отношение. Выступая в качестве правовой формы общественного отношения, правоотношение как самостоятельное общественное явление обладает присущим ему особым содержанием и специфической формой, закрепляющей это содержание. В определении правоотношения и должны быть зафиксированы те признаки, которые характерны для него как своеобразного общественного явления в сфере идеологической надстройки. Вместе с тем указания в определении обусловленности правоотношения лежащими в его основе отношениями, главным образом, экономическими, могут отсутствовать, поскольку всякое надстроечное явление обусловлено в конечном счете экономическим строем данного общества.

После констатации существования двух концепций «правоотношение – отношение» и «правоотношение-модель» в юридической литературе высказывается точка зрения, согласно которой понятие правоотношения рассматривается как единство «отношения» и индивидуальной «модели».

Р.О. Халфина прямо указывает, что в ее монографии исследуется правоотношение как урегулированное нормой права реальное общественное отношение «в единстве его формы и содержания. При этом форма реального общественного отношения рассматривается не как внешняя оболочка, а как структура, модель поведения, пронизывающая данное общественное отношение. Реальное поведение соотносится с моделью, сформированной в соответствии с нормой права».² Развивая это положение, автор пишет: «Рассматривая правоотношение как единство материального содержания и правовой формы, можно различать следующие связи элементов правоотношения: 1) связь прав и обязанностей, как той модели, которая должна определять реальное поведение; 2) реальная связь участников правоотношений, которая должна соответствовать модели; 3) связь реального

¹ Ткаченко Ю.Г. Некоторые методологические проблемы теории правоотношений. Труды ВЮЗИ. Т. 39. С. 29.

² Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. - М., 1974. С. 7.

поведения и модели, которая находит свое выражение в осуществлении прав и выполнении обязанностей».¹

Из приведенных положений видно, что Р.О. Халфина отличает индивидуальные, конкретные субъективные права и обязанности от реального поведения, соответствующего этим правам и обязанностям. Вместе с тем, она не мыслит их раздельного существования и потому «критикует позицию С.С. Алексеева, признающего, что в правоотношении на том или ином этапе могут быть права и обязанности без соответствующего им поведения».² Несмотря на безусловное признание единства индивидуальной модели и поведения, автор признает, что даже в этом едином определении правоотношения существуют различие и зависимость между моделью поведения, пронизывающей, по ее мнению, общественное отношение, и самим поведением.

Данный подход также не был воспринят единодушно. Главный аргумент, выдвигаемый против отождествления в понятии правоотношения двух явлений, заключается в следующем. Признание положения, что поведение реализует субъективные права и обязанности, само по себе свидетельствует о двух элементах, определенным образом связанных между собой и зависимых друг от друга. Для того, чтобы верно оценить характер этой связи, прежде всего следует констатировать исходную связь правоотношения с правом. Она такова: право раскрывается в общих правах и обязанностях (общих моделях), правоотношение — в индивидуальных правах и обязанностях (индивидуальных моделях). Таким образом, право и «правоотношение-модель» (т.е. субъективное право и юридическая обязанность) соотносятся как общая и индивидуальная модели поведения.

Право и «правоотношение-модель» создают модели поведения для того, чтобы воздействовать на него. Правоотношение как модель есть субъективное право и юридическая обязанность, понимаемые как возможность и необходимость определенного предписываемого поведения. «Необходимость» и «возможность» с самими фактическими действиями не могут отождествляться. Нужно учитывать и то, что действия им могут как соответствовать, так и не соответствовать. Важно также помнить, что и право в объективном смысле, и субъективные права, юридические обязанности, выступают звеньями единой управляющей системы, в свою очередь действия принадлежат к управляемой системе, являясь объектом управления.³

Резюмируя изложенное, из трех упомянутых аспектов правоотношения — как абстрактного отношения между юридическим правом и обязанностью в рамках нормы объективного права, как одного из видов общественного отношения и как формы реального взаимодействия в правовой сфере — последний, как представляется, предполагает углубленное внимание к закономерностям функционирования общественных отношений. Такой

¹ Халфина Р.О. Указ. соч. С. 211.

² Там же. С. 212.

³ См.: Ткаченко Ю.Г. Проблема индивидуализации правовых норм в процессе реализации права. Труды ВЮЗИ. Т. 61. С. 33.

вывод обусловлен, прежде всего, тем, что лишь подход к правоотношению как к реальной форме взаимодействия позволяет с необходимой глубиной учитывать социальную основу правового отношения, в то время как анализ отношения между абстрактным правом и юридической обязанностью в рамках общей нормы права может оказаться предпочтительным для получения специально юридических характеристик. Действительно, одна из основных возможностей, которая с помощью права становится реальностью, - это возможность действовать, вступать во взаимодействие в интересах реального пользования каким-то социальным благом. Используя предоставленные права и исполняя юридические обязанности, люди своими действиями формируют общественные отношения и связи. Формирование отношений — важнейшая разновидность общественной деятельности людей, поэтому наделение индивидов правами и обязанностями, в том числе юридическими, никогда не служит самоцелью. Предоставление прав и возложение конкретных обязанностей есть необходимая предпосылка осуществления социально значимой деятельности. Без познания закономерностей осуществления последней специфика важнейшей разновидности общественных отношений — правоотношений, не может быть познана достаточно глубоко и всесторонне. Наиболее короткий путь к решению этой задачи лежит через понятие правоотношения как реального взаимодействия в правовой сфере. Данное понятие позволяет выявить существенные характеристики правоотношения именно в тех пластах проблемы, которые связаны с проявлением общих закономерностей в правоотношении.

Также следует констатировать, что высказанные различия в трактовке правоотношений обуславливаются не только отмеченными разными подходами к пониманию общественных отношений, но и в немалой степени задачами исследования. Социальные явления можно рассматривать на трех уровнях: институциональном, атрибутивном и субстанциональном. Определение правоотношения как связи прав и обязанностей («правоотношение-модель») относится к институциональному уровню (сеть норм и учреждений), поскольку здесь в первую очередь подчеркивается юридическая сторона связи субъектов права. Анализ отношения между абстрактным правом и юридической обязанностью в рамках общей нормы права может оказаться предпочтительным для получения специально юридических характеристик. Образно говоря, в данном случае познание фиксируется на том, как расставлены игроки на поле и каким правилам подчинены движения каждого из них.

В определении правоотношения как посредующего звена между нормой и общественным отношением акцент делается на исследовании механизма перевода нормативных предписаний в сферу их практической реализации, что позволяет «провести грань между правовым и тем общественным отношением, которое норма права регулирует».¹ В этом

¹ Толстой Ю.К. К теории правоотношения. - Л., 1959. С. 70.

случае осуществляется анализ конкретного социального явления на атрибутивном уровне. Продолжая аналогию, демонстрируется, как должны взаимодействовать игроки во время игры и каковы цели их взаимодействия. Что касается субстанционального уровня (совокупность взаимодействующих индивидов), то на этом уровне «работает» традиционное определение правоотношения как отношения, «участники которого выступают в качестве носителей взаимно корреспондирующих друг другу юридических прав и обязанностей».¹ В этом определении главным служат социальная основа правоотношения, особенности его функционирования и результат. Именно на данной стадии и происходит реализация права и, следовательно, осуществляется проверка того, насколько совершенны сами правовые нормы, используются ли они (и каким образом используются) субъектами правовых отношений, насколько адекватны цель, выраженная в праве, и результат правового регулирования. В то же время, как справедливо отмечается в литературе, в этом определении «недостаточно отражена специфика правоотношений как особых идеологических отношений, которые не сливаются с лежащими в их основе фактическими общественными отношениями».²

При изучении сложных, в реальной жизни выступающих в различных формах общественных явлений не только допустим, но и необходим многоплановый подход. Поэтому каждое из приведенных определений оправдано применительно к конкретной области исследования, что еще раз подтверждает правомерность иных подходов к понятию правового отношения.

¹ Теория государства и права. Учебник под ред. Н.И.Матузов, Н.И. Малько - М., 1997. С. 479.

² Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 19.

Раздел второй

Вопросы гражданского права и процесса

ПРАВО НА БИЗНЕС

*Васильев Ю.С. – профессор кафедры гражданского права и процесса,
К.Ю.Н.*

Речь идет об участии права в организации и контроле за бизнесом, поскольку правовое управление бизнесом невозможно. При этом необходимо учитывать два противоположно направленных вектора этих отношений:

- бизнес ожидает соучастия в решении его проблем, но не терпит командных отношений (предпринимательская свобода);
- экономическая свобода крупных фирм в идеале означает стремление к освобождению государственной власти вообще.

Так называемый либеральный проект предполагает, что государственная власть уходит «в тень», предоставляя бизнесу развиваться своей властью и в своем интересе, в соответствии со ст. 1 ГК РФ.¹

Поэтому в этом сегменте рынка право не имеет активной регулирующей роли. Государственная власть осуществляет свое воздействие иными способами, избегая при этом конфликтных ситуаций. Бизнес развивается, в основном, на основе саморегуляции.

Рынок – это сложная комбинация воли и власти разных субъектов, которые осуществляются как на формальном, так и на личном уровне.

Децентрализация принимаемых решений носит сложный, нелинейный характер – она предполагает независимость самих активов хозяйствования, принимаемых субъектами, но зависимость результатов их решений.

Государственная власть лишь частично через право обслуживает эти отношения и поэтому не может и не должна становиться их участником и нести ответственность за результат. Понятие правового регулирования становится излишним.

Значительная часть функций по координации и взаимодействию на рынке перешла в руки управляющих крупных компаний и их объединений. Нередко результат их деятельности вообще невозможно заранее предвидеть. Поэтому рынок объективно ограничивает государственное вмешательство. Производственная и торговая деятельность фирмы нередко зависит от постоянно меняющихся условий, которые невозможно предвидеть, и даже от случайных обстоятельств. Между тем, нормативная форма предполагает

¹ Поэтому невозможно в собственном смысле «право бизнеса», а возможны лишь формы участия права. Дж. Миль считал, что цивилизация вообще неосуществима, пока лицу невозможно жить так, как он хочет. (Дж. Миль. О свободе. 1981). Иная позиция - Берлин И. Философия свободы. – М., 2001. С. 133.

четкое их закрепление на будущее время и указание на ответственность в случае несоблюдения определенных условий.

Поэтому рыночное хозяйство предполагает, что основные хозяйственные процессы регулируются не государственными правовыми нормами, а в процессе взаимодействия субъектов путем их саморегуляции.

На практике власть отождествляется с силой и тем самым санкционируется недопустимое в обществе – грубая сила бизнес-структур. Н. Смелзер отмечает: «Необходимо проводить различие между властью и силой. Сила – применение физического воздействия, чтобы навязать свою волю другим. Это более узкое понятие, чем власть».¹

Основная форма существования власти – это взаимозависимость социальных структур, нацеленных на общий социальный результат, общественно-полезную деятельность. Незавершенность этой сферы в законодательстве порождает серьезные перекосы. Чаще всего они приобретают форму фактического захвата фирмой (структурой) сегмента политической власти, что дестабилизирует все общество и парализует другие формы власти – политическую, нравственную и пр. Захват власти осуществляется явочным порядком, как присвоение общественно значимого ресурса.

Роль права состоит, прежде всего, в том, что оно предполагает замену государственного регулирования частным.

Присущий частному регулированию отношений выход из правового поля приводит к укреплению оборота, но он же влечет за собой и отрицательные последствия – возникла ситуация, которая не имеет удовлетворительного решения: бизнесу необходим частичный отказ от права, но не удалось создать других надежных форм взаимодействия на рынке, и возникла необходимость и опора на «частную власть» и грубую силу.

Объединение ряда предприятий в группы, сети и т.д. не может разрешить возникающую проблему хозяйственной и правовой неопределенности. Неожиданно рвутся хозяйственные связи, исчезают субъекты; отношения теряют определенность и устойчивость. Закрытие крупных предприятий, угроза банкротства приводит к отказу многих других предприятий от заключенных ранее соглашений. Атака же конкурентов вызывает потрясения даже у субъектов косвенной зависимости. Для общества имеет значение, что тем самым в результате существенного ослабления государственной власти затрагиваются основные интересы больших групп населения. Оно зависит и от самой федеративной структуры государства.

Федерация включает в себя небольшое число богатых и большое – бедных. Это создает резкий конфликт интересов и очень большое различие объективных условий для бизнеса. В такой обстановке и государственная власть, и бизнес-власть чувствуют себя неуютно, что приводит к конфликту интересов и социально-экономическому упадку территории. Федеративный

¹ Смелзер Н. Социология. – М., 1994. С. 525.

строй станет устойчивым, если власти удастся преодолеть возникающий объективный конфликт и бегство населения и предприятий с территории. «Одним из важных элементов «кооперативного федерализма» является единство экономического пространства, что связано с единством правового пространства».¹

Одним из способов разрешения противоречия является привычная форма договора. Но многие участники процесса не являются субъектами права.

Практика предложила такую форму, как заключение конвенций с участием агентов, не являющихся юридическими лицами. Конвенция предполагает сочетание правил, вырабатываемых участниками по согласованию с нормами государства.

Целесообразна разработка общих положений, состоящих из юридических норм и типовых рекомендаций для их использования во внутренних отношениях в группах, сетях и пр.

Бизнес предполагает власть, то есть господство в сегменте экономики, основанную на возможности распоряжения благами. Такой властью обладают корпорации.

Государство практически признает ее, а нередко и согласует с ней свою административную власть.

Не всегда законодательство фиксирует этот род власти. Полномочия бизнес-организаций нередко размыты, но законодательство в целом исходит из того, что корпорации в своих пределах в хозяйственных вопросах ее осуществляют. В общественных отношениях она предстает как способность, как необходимость подвластного поведения и как правомочия.²

Макс Вебер определил власть «как возможность проводить собственную волю даже вопреки сопротивлению».

Власть корпорации отличается от государственной не только тем, что она формально не закреплена, но и тем, что она многомерна и по содержанию и по источникам, - обладание материальными ресурсами, информацией, социальным положением и пр.

Бизнес-власть - разновидность социальной власти; она опирается на государственную власть и в то же время формирует ее, а нередко подчиняет ее себе.³

В науке подробно исследуются государственная власть и ее проявления. Бизнес-власть как особое явление еще не исследовано. Обычно она выступает в связи с более широким понятием социальной власти. В законодательстве ее отдельные элементы включаются в понятие правомочия юридического лица, что, конечно, не вполне раскрывает ее природу и объем. Представляется совершенно очевидным, что власть и правоспособность юридического лица взаимодействуют, но не тождественны друг другу.

¹ Конституция и закон: стабильность и динамизм. – М., 1998. С. 16.

² Халипов В. Введение в науку о власти. – М., 1996. С. 20.

³ Философия власти. – М.: МГУ, 1993. С. 79-102.

Неразработанность проблемы власти и в теории, и в законодательстве приводит к социальным конфликтам.

Существуют многочисленные факты, которые свидетельствуют о том, что основные законы государства не согласованы с главными принципами организации общества. Государство не может приобрести социально-юридическую устойчивость, если распределение основных материальных благ в стране нелегитимно и несправедливо.

А.М. Яковлев пишет: «Сохраняющееся в России до сих пор единство собственности и власти проявляется путем предоставления в произвольное пользование и распоряжение 12-ти высших федеральных чиновников, руководителей субъектов Федерации, многонационального имущества ... которые, сохраняя форму государственной собственности, по сути, фактически, в обход закона «приватизируются» соответствующими руководителями в виде атрибута своего должностного положения, в виде запредельных сумм, присваиваемых в форме окладов членами директорского корпуса, огромным чиновничьим аппаратом в целом».¹

По его мнению, нередко собственность превращается в особый вид – номенклатурной собственности.

Это является еще одним доказательством того, что в стране сложилась неоднородная многомерная структура отношений, во многом отличающаяся от той схемы, которая изложена в Конституции страны. Это в значительной степени объясняется тем, что органы власти по своему усмотрению произвольно формируют структуру производственных отношений, ориентируясь на некие абстрактные цели – то либерализма, то авторитаризма.

Думается, базовые социальные положения должны сочетаться и взаимодействовать с основным гуманитарным принципом социальной справедливости экономики и права.

Рыночная экономика и право исходят из особых представлений о рыночной справедливости, в связи с чем законодатель вообще предпочитает не пользоваться этим принципом. Рыночная концепция исходит из того, что конкурентный рынок справедлив сам по себе, так как он в конечном итоге улучшает чье-то благосостояние, и общество это признает справедливым (П. Самуэльсон).²

Как видим, и принцип справедливости, который должен бы быть общим и единым для всех, формулируется **на потребу** незначительной части общества. Несправедливым считается лишь отклонение от конкурентных условий – монополизация или государственное вмешательство. Рыночный механизм не гарантирует и даже не предполагает справедливое вознаграждение работника и справедливое распределение прибыли в компании.

¹ Яковлев А.М. Указ. соч. С. 167.

² Биншток и др. Проблемы социальной справедливости. – М., 2002. С. 28.

Таким образом, капиталистическое устройство производства и потребления в обществе не позволяет решить ни экономические, ни правовые задачи производства, ни задачи справедливого распределения и экономии ресурсов.

Более того, право стало своеобразным прикрытием для нарастающей экономики абсурда: тем самым оно принимает на себя задачу социально-экономического абсурда. Абсурд состоит в том, что сложнейшее фундаментальное явление – производство (то есть производство жизни) сводится к сугубо частному эгоистическому результату. Смысл общественной деятельности и в практике, и в законе сводится к личной выгоде, что искажает саму природу общественных отношений.

Классический пример: реклама создает искусственные образы фирмы и товара. Когда мы платим за вещь «от кутюр», мы платим не за одежду, а за собственное тщеславие. По статистике, в США расходы на рекламу в два раза выше, чем расходы на исследования по производству самого товара. Возникают искусственные виды бизнеса – фирмы, торгующие образами товара. Элементом социальной жизни стала рекламная агрессия и подчинение больших масс людей фиктивным брендам. Реальные социальные процессы обесмысливают экономику и право. На рынке спрос на деньги и формы платежа определяется массовым гедонизмом – стремление людей к разнузданному потреблению, не имеющему логического основания.

Развитие сверх-частных оснований и форм в экономике и праве приводит к тому, что они приобретают свойства личных инструментов в руках крупных фирм. Само право становится частной собственностью групп предпринимателей. Это связано с тем, что торговля и финансы оторвались от своей логической основы – производства. Право маскирует гигантский отрыв, который сложился между действительной стоимостью компаний и теми мифами, которые создаются с помощью права, об этих компаниях.

С этим связана и трансформация самого права. Крупные компании с государственного дозволения формируют свои частные системы «права», существующие на обособленных «своих» принципах, которые и объявляются правом.

Конечно, такая позиция фирм хотя и имеет определенное основание в законе и практике (ст. 1 ГК РФ) противоречит самой идее права и экономически, нацеленных на объединение всей хозяйственной деятельности в единую систему на общих принципах экономики и права. «Поэтому права и свободы должны дополняться соответствующими обязанностями перед обществом, которые ограничивали бы произвол крупного капитала».¹

К сожалению, этого не происходит, что является еще одним свидетельством упадка права под влиянием агрессивного бизнеса.

Дело не только в том, что в процессе своей деятельности субъекты крупного бизнеса не должны нарушать права и свободы других лиц, они должны быть обязаны: а) соблюдать гуманитарные основы права; б)

¹ Лукашук И.Н. Глобализация, государство, право, XXI век. – М., 2000. С. 13.

исходить из того, что любая единица бизнеса является составной частью единого народного хозяйства, даже если она создана иностранными агентами.

С этим связано и то, что крупные корпорации являются важнейшими политическими игроками на социально-политических рынках, делегируя своих представителей на ответственные посты в органах власти (федеральной и областной).

Современные общественные отношения (реальные отношения) приобретают постепенно все большую власть. Поэтому серьезно изменилось их соотношение с государством. Можно даже сказать, что некоторые их сферы обособились настолько, что возникла особая разновидность власти – коммерческая власть крупного и среднего бизнеса.

Однако и коммерческая власть, фактически признанная государством и обществом, неоднородна. В западной литературе длительное время разрабатывалась общая теория равновесия в экономике и праве. Однако обнаружилось, что она не может описать систему децентрализованных отношений. Именно такие децентрализованные и фрагментарно-рыночные отношения, не желающие подчиняться единым, общим для всех нормам, свойственны современной экономике крупного бизнеса. Сами рыночные отношения распределяются на отдельные сферы, и каждая из них вырабатывает свои нормы, живет как бы обособленной жизнью.

Роль права в этом случае состоит в том, что оно санкционирует деятельность экономических агентов, а само отказывается от активного воздействия на процессы, от их регулирования. Более того, такое активное регулирование рыночных отношений на уровне субъектов противоречило бы самой природе рынка. Современный рынок – это сочетание координации и борьбы неоднородных систем, каждая из которых стремится жить по своим правилам. Общий закон для них – стремление к прибыли.¹ Неоднородные эгоцентричные системы не могут стремиться к общему равновесию и единым принципам, что свойственно праву. Право обеспечивает возможность их существования и защиту от «нецивилизованной агрессии».

Стоимостные отношения предполагают субъективизм (то есть фактически – произвол), называемый бизнесом, где нет ничего принципиально равного или тождественного. Столь же наивна вера в право для отношений бизнеса, которые основаны на частном интересе и силе. О. Шепенглер выразил это афористично: «Право обращено к людям, а люди, помимо статусов, внутренним образом понимают то, о чем нет нужды говорить... Всякое право есть по преимуществу обычное право: пускай себе закон определяет слова – жизнь их истолковывает».²

Речь идет о том, что при капитализме социальное творчество в экономике в меньшей степени зависит от нормативного «дирижирования», а в большей – от потребностей хозяйственной практики и реальной власти

¹ Сапир Ж. К экономической теории неоднородных систем. – М., 2001.

² Шепенгер О. Закат Европы. – М., 1998. С. 83.

крупных коммерческих образований. Именно поэтому они обособливаются в частные «империи», сети и т.д.

В этих условиях возникает проблема смысла правовой деятельности. Конечно, надо различать смысл для индивида и для всего общества. В связи с этим необходимо разобраться в механизмах общественного развития. В последние десятилетия во многих странах отмечается, что частные успехи в правовой и экономической жизни сопровождаются социальным и нравственным обесмысливанием совокупной человеческой деятельности и деятельности отдельных предпринимателей. Только стремление к прибыли не должно быть таким смыслом. Еще К. Маркс отмечал, что экономическая форма воспроизводства капитала абсурдна.

Макс Вебер видел источник роста и развития в неутомимом труде и потребительском воздержании, что может быть оправданием перед Богом.

Современные юристы и социологи буржуазный мотив накопления капитала считают единственным мотивом жизни человека, и тот, кто это не признает, – тот просто ненормален (Г. Зиммель).

Но проблема смысла хозяйственной деятельности принципиально меняется в зависимости: а) если мы рассматриваем деятельность не отдельного человека или фирмы, а всего общества; б) если мы принимаем во внимание те невозполнимые потери, к которым приводит деятельность.

В докладе Римскому Клубу отмечалось, что «около 93% материалов, взятых из природы не превращается в товар ... лишь 3% энергии, вырабатываемых на электростанциях, превращается в свет, даваемой лампой накаливания (Эрнес фон Вайцеккер).

По нашему мнению сегодня наступило время, когда следует отказываться от чисто стоимостной оценки деятельности, которая отождествляет эффективность деятельности, нормы права с локальным экономическим результатом в форме прибыли. Необходимо разрабатывать и внедрять публичные оценки совокупной социальной деятельности корпораций (рейтинги). Такие рейтинги должны стать основой оценки социальной справедливости деятельности компаний. Вряд ли можно признать справедливой экономическую и правовую систему, при которой «12% населения Земли потребляют более 60% товаров и услуг в мире. Более трети населения планеты потребляют только 3,2% товаров и услуг».¹

Продолжающийся процесс изоляции среднего и крупного бизнеса от общей социальной жизни народа, усугубляет эти отрицательные тенденции.

По нашему мнению, в России бизнес должен быть не просто прозрачным, но, прежде всего, социально обоснованным и мотивированным. Не изоляция его, а включение в единую экономическую, политическую и правовую систему единого общества. В противном случае происходит фрагментация, а затем и разрушение самого общества.

Необходимо выработать нашу собственную форму производства, отвечающую условиям жизни в стране. Эта формула должна решать все три

¹ Эксперт Урала. 2004. №6.

фундаментальные задачи – экономическую задачу эффективного производства, справедливого распределения и экономного потребления ресурсов. Необходимо жестко бороться с буржуазной ограниченностью в теории и практике. В нашей литературе обычным явлением является утверждение, что общественные отношения должны полностью регулироваться правом. Именно право и является их регулятором. Такая правовая ситуация возможна в некоторых случаях, но сегодня она встречается все реже.

Правовые нормы предполагают серьезные ограничения, в том числе и на основании не правовых институтов – ограничителей прав. Основные ограничения должны быть заложены в характере и сущности самих прав. Они не должны быть поставлены над всей системой общественных отношений, а должны рассматриваться как их часть.

Свободы могут быть признаны правом или носить естественный характер, например, общесоциальные права на жизнь и на здоровье. Всеобщая декларация прав человека устанавливает, что «при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, которые установлены законом исключительно в целях обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общественного благосостояния». Представляется принципиальным подчеркивание роли неправовых регуляторов. Предпринимательская деятельность граждан и, в том числе, их участие в обществах – это вид экономической свободы и свободы договора.

В Постановлении Конституционного Суда от 18 июля 2003 года отмечается, «что возможные ограничения федеральным законом прав владения, пользования и распоряжения имуществом, а также свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров, исходя из общих принципов права, должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, в том числе защиты прав и свобод других лиц».¹

Таким образом, мы приходим к выводу, что в хозяйственных отношениях имущественные права сочетаются в рамках сложной имущественной кооперации с фактическими преимуществами, с организационными свойствами субъектов, с экономическими и организационными зависимостями в рамках сложных хозяйствующих структур.

Прав Г. Гаджиев, утверждая, что «индивидуальная свобода сегодня мыслима только в кооперации с другими носителями основных прав. Подобное осуществление основных прав предполагает введение личности в

¹ Собрание Законодательства Российской Федерации. 2003. №30. Ст. 3120.

сложный процесс принятия решений и конкретные организационные формы».¹

Существование сложного конгломерата общественных, корпоративных и частных интересов создает ситуации, которые лишь отчасти могут быть предусмотрены и урегулированы правом. Еще П. Новгородцев отмечал, что принцип воли народа сочетается с принципом «неотчуждаемых прав личности». «Идея личности есть не только граница, но вместе с тем и норма, и основание народной воли». Основой правового государства «служит принцип личности».²

Соединение в один узел государственной, корпоративной и частной воли не предполагает главенство, преимущество государственной воли и интересов.

Их взаимодействие опирается на их компромисс. По мнению А.М. Яковлева, «в такой структуре доминирует сильный, одна сила ограничивается другой».³

В реальной жизни государство добровольно уступило экономическую сферу отношений частному бизнесу, ограничив свои функции функциями «ночного сторожа», который наблюдает лишь за общим порядком, не ограничивая даже экономических хищников, действующих на основе общего принципа саморегуляции.

В настоящее время теория, в сущности, отказалась от использования понятий справедливости, выработанных за многие столетия. Очевидно, это объясняется тем, что капиталистические отношения изначально безнравственны, и примерить их с моралью невозможно.

Рыночная концепция не связывает распределение благ со справедливостью. Она исходит из специфической предпосылки: если уровень благосостояния в целом в обществе соответствует характеру конкуренции, то распределение надо считать справедливым, несмотря на уровень безработицы, размеры заработной платы, на закрытие предприятий и др.

В практике это приводит к созданию юридически абстрактных понятий – частная собственность определяется вне капиталистических отношений только как набор правомочий.⁴

¹ Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав и свобод. – М., 1995. С. 16.

² Новгородцев П.И. Введение в философию права. – С.-Пб., 2000. С. 212.

³ Яковлев А.Н. Социальная структура общества. – М., 2003. С. 104.

⁴ Ревин С. Не которые аспекты правового регулирования отношений собственности. // Актуальные проблемы правоведения. 2001. №1. С. 78.

РАСТОРЖЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ДОГОВОРА СОЦИАЛЬНОГО НАЙМА ЖИЛОГО ПОМЕЩЕНИЯ ПО НОВОМУ ЖИЛИЩНОМУ КОДЕКСУ РФ

Габитдинов Р.Ф. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса

По общим правилам, изменение и расторжение договора, как одного из видов двухсторонних сделок, возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Гражданским кодексом, другими законами или договором. По требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только:

- при существенном нарушении договора другой стороной;
- в иных случаях, предусмотренных настоящим Гражданским кодексом, другими законами или договором.

Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которая влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора, гласит п. 1 и 2 ст. 450 ГК. Это общее правило, предусмотренное в ГК, полностью распространяется на случаи расторжения и прекращения договора социального найма жилого помещения ввиду следующих обстоятельств:

- во-первых, потому, что договор социального найма выступает одним из видов гражданско-правовых договоров;
- во-вторых, на него распространяются все общие правила, так как договор социального найма выступает одним из видов юридических фактов;
- в третьих, договор социального найма, как юридический факт, порождает, изменяет или прекращает жилищное правоотношение на основании взаимного согласованного волеизъявления сторон.

В соответствии с п. 1 ст. 83 ЖК РФ, «договор социального найма жилого помещения может быть расторгнут в любое время по соглашению сторон». Таким образом, руководствуясь положениями Гражданского и Жилищного кодексов, возможно расторжение договора социального найма в любое время, и главным фактом здесь выступает наличие взаимного встречного волеизъявления, причем, определенно выраженное, как со стороны наймодателя – собственника жилого помещения – муниципального образования, так и нанимателя – гражданина РФ, проживающего в жилом помещении по договору социального найма. Это положение ранее не закреплялось в Жилищном кодексе 1983 г., тем не менее было известно и широко применялось в гражданском праве как общий способ прекращения обязательств. Жилищный кодекс 2004 г. законодательно закрепил это право, а именно - обоюдное право сторон по договору социального найма на расторжение договора. При расторжении договора, по п. 1 ст. 83 ЖК, важно

наличие встречного и определенно выраженного волеизъявления обеих сторон.

Руководствуясь принципом свободы договора ст. 421 ГК РФ, законодатель предусмотрел для сторон в договоре социального найма возможность расторжения данного договора по требованию одной из сторон. Как известно, стороны в договоре социального найма являются равными в правовом смысле, но неравными в экономическом смысле. Ввиду этого обстоятельства в жилищном праве предусмотрен различный порядок расторжения договора социального найма, и это различие основано на том, кто выступает инициатором расторжения договора. Так, в случае, если инициатором расторжения договора социального найма выступает наниматель жилого помещения, то для расторжения достаточно получения согласия в письменной форме от всех проживающих совместно с нанимателем членов его семьи о намерении расторгнуть договор. Если такое согласие членов семьи нанимателя получено, то есть они не возражают на расторжении договора (причем, в письменной форме), в таком случае договор расторгается в любое время. Следует отметить, что при расторжении в таком порядке не требуется волеизъявления наймодателя¹.

Наниматель в договоре социального найма может воспользоваться и другим способом выражения воли для расторжения указанного договора – совершение действий, свидетельствующих о прекращении жилищных прав и обязанностей, то есть конклюдентных действий. Доказательством этого являются правила п. 3 ст. 83 ЖК РФ: «В случае выезда нанимателя и членов его семьи в другое место жительства договор социального найма жилого помещения считается расторгнутым со дня его выезда».

Выезд нанимателя и членов его семьи в другое место жительства будет означать совершение тех самых конклюдентных действий, которые не требуют письменного выражения воли уведомления или предупреждения наймодателя о расторжении договора. Именно поэтому законодатель посчитал, что отношения между наймодателем и нанимателем будут считаться расторгнутыми и прекращенными не с момента снятия с регистрационного учета, а именно с момента фактического выезда из занимаемого жилого помещения. Это положение также не является новым, оно существовало и в Жилищном кодексе 1983 г. ст. 89 ЖК РСФСР. Точно так же было закреплено и право нанимателя в любое время расторгнуть договор найма, получив согласие всех членов семьи нанимателя. В правоприменительной практике применение норм ст. 89 ЖК РСФСР вызывало большие затруднения. Такие же затруднения может вызвать и применение положений п. 1 ст. 83 настоящего Жилищного кодекса. Вызывает сложность доказывание факта расторжения договора нанимателем по договору социального найма, в том случае, когда он, наниматель и члены его семьи выехали на другое место жительства, но не снялись с регистрационного учета по прежнему месту жительства и не

¹ Пункт 2 ст. 83 ЖК РФ.

зарегистрировались по новому. В случае предъявления иска о расторжении договора наймодателем, ввиду того, что наниматель и члены его семьи выехали в другое место жительства, наниматель, выступая в судебном заседании, может заявить, несмотря на установление факта самого выезда на другое место жительства, что не имел намерения выезжать на постоянное место жительства, например, в другую местность, а выехал временно. В таком случае суд откажет в удовлетворении исковых требований наймодателя и сохранит договор социального найма между нанимателем и наймодателем, то есть фактический выезд нанимателя в другое место жительства, а также членов его семьи не будет являться основанием для расторжения договора социального найма.

Если инициатором расторжения договора социального найма выступает наймодатель, то такое расторжение допускается только в судебном порядке и только в случаях, прямо предусмотренных в законе, а именно в п. 4 ст. 83 Жилищного кодекса. Это следующие случаи:

- невнесение нанимателем платы за жилое помещение и (или) коммунальные услуги в течение более шести месяцев;
- разрушение или повреждение жилого помещения нанимателем или другими гражданами, за действия которых он отвечает;
- систематическое нарушение прав и законных интересов соседей, которое делает невозможным совместное проживание в одном жилом помещении;
- использование жилого помещения не по назначению.

При рассмотрении вопроса о расторжении договора социального найма жилого помещения по требованию наймодателя в судебном порядке в случае невнесения нанимателем платы за жилое помещение и (или) коммунальные услуги в течение более шести месяцев, следует руководствоваться положениями раздела 7 – «Плата за жилое помещение и коммунальные услуги» нового Жилищного кодекса, в частности, ст.ст. 153-160, а также ст. 90, регулирующей порядок выселения нанимателя и проживающих совместно с ним членов его семьи из жилого помещения с предоставлением другого жилого помещения по договору социального найма.

Законодатель в императивном порядке говорит о том, что, если наниматель и проживающие совместно с ним члены его семьи в течение более шести месяцев без уважительных причин не вносят плату за жилое помещение и (или) коммунальные услуги, они могут быть выселены в судебном порядке с предоставлением другого жилого помещения по договору социального найма, размер которого соответствует размеру жилого помещения, установленному для вселения граждан в общежитие ст. 90 ЖК.

Вопрос о том, как поступать наймодателям – владельцам жилищных фондов – публичным образованиям в случае неоплаты жилья и коммунальных услуг, решался довольно долго. Переход к рыночным отношениям всей российской экономики, в том числе и жилищно-коммунального хозяйства, привел к резкому удорожанию предоставляемых

наймодателями услуг в жилищно-коммунальной сфере. Услугодатели в сфере жилищно-коммунального хозяйства всегда занимали доминирующее положение, а потому и диктовали цены на свои услуги. Ради справедливости следует сказать, что в последнее время предпринимаются попытки со стороны государства демонополизировать данную отрасль с помощью создания различных юридических лиц и привлечения предпринимателей в эту сферу. Однако цены на жилищно-коммунальные услуги остаются высокими, а относительный рост заработной платы «съедается» инфляцией.

Многие специалисты жилищного права¹ отмечают несправедливость нормы ст.90 ЖК, так как низкий уровень доходов большинства населения, задержка выплат заработных плат, отсутствие социальных гарантий при невнесении платы за жилье и коммунальные услуги ставят значительную часть населения в положение лиц, лишаящихся жилых помещений. Появлению этой нормы предшествовало внесение изменений в ст. 15 Федерального закона «Об основах жилищной политики» от 8 июля 1999 г. №152-ФЗ, которое вступило в силу с 1 января 2000 г. Согласно этому законодательному акту, оплата жилья и коммунальных услуг по договору найма была установлена в размере, обеспечивающем возмещение издержек на содержание и ремонт жилья, а также коммунальные услуги.

Этим же законодательным актом было установлено, что если оплата жилья и коммунальных услуг не производится в течение шести месяцев, граждане подлежат выселению в судебном порядке с предоставлением жилого помещения, отвечающего санитарным и техническим требованиям по нормам общежития².

С 1 января 2000 г. в практике применения судами в различных субъектах Федерации стали выносить решения о выселении нанимателей – граждан, неспособных оплатить свое проживание. Следует отметить, что применение этой суровой нормы судами сдерживал факт отсутствия специализированного жилищного фонда, способного принять граждан, лишившихся жилых помещений по договору найма. Эта проблема вскоре была решена. С появлением жилья маневренного фонда и специализированных жилых помещений, в большинстве случаев менее благоустроенных, процесс выселения неплательщиков по договору найма все более приобретает массовый характер. Вопрос о том, как социальное государство решило проблему возмещения издержек на оплату жилья и коммунальных услуг за счет граждан-нанимателей, остается открытым.

По данным государственного комитета статистики, плата за жилищно-коммунальные услуги в 2005 году выросла на 35%. Уровень инфляции

¹ Коршунов Н.М., Тихомиров М.Ю., Крашенинников П.В., Грудцына Л.Ю. в своих трудах отмечают низкий уровень юридической техники нормы ст. 90 ЖК и причисляют ее к числу существенных недостатков Кодекса, поскольку применение установленных в ней правил дает практически безграничный простор усмотрению чиновников на местах;

Грудцына Л.Ю. Жилищное право России. - М., 2005. С. 252-262;

Крашенинников П.В. Жилищное право. - М.: Статут, 2004. С. 82 и др.

² Кузнецов М.В. и др. Сборник. Жилье. Нормативно-правовые акты и их применение. Право и закон - М., 2001. С. 62-63.

составил 10,9%. В 2006 году уровень инфляции ожидается в размере 9%, а оплата жилья и предоставляемых коммунальных услуг должна возрасти 2%¹.

В законе «Об основах жилищной федеральной политики» от 24.12.1992 г. №4218 с последующими изменениями и дополнениями предусмотрено, что расходы на оплату жилья и коммунальных услуг не должны превышать 20% совокупного дохода семьи, при этом, если уровень расходов на эти нужды превышает установленный предел, граждане имеют право на получение субсидий по оплате жилья и коммунальных услуг. Порядок предоставления субсидий регулируется Постановлением Правительства №887 от 2 августа 1999 г. Следует заметить, что не все граждане пользуются правом на предоставление субсидии.

Конструкция ст. 90 Жилищного кодекса сохранила смысл и основные правила п. 6 ст. 15 ФЗ «Об основах федеральной жилищной политики». Конструкция данной нормы имеет недостатки. Главный из них в том, что если наниматель и совместно проживающие с ним члены семьи не вносят в течение шести месяцев без уважительных причин плату за жилое помещение и коммунальные услуги, они могут быть выселены в судебном порядке. Данная норма не содержит правила подсчета шестимесячного срока. Можно предположить, что на законодательном уровне в дальнейшем будут внесены изменения согласно сложившейся практики. В настоящее время суды при вынесении решения о выселении руководствуются Письмом Госстроя РФ от 22 августа 2000 г. №ЛЧ 3669/13 «О санкциях, применяемых к нанимателям жилых помещений в связи с невнесением платы за жилищно-коммунальные услуги». Но и этот документ не устанавливает правила подсчета сроков невнесения платы, которые служат основанием для выселения. Он просто признает правильным применение п. 2 ст. 687 ГК по договору найма жилого помещения. В обосновании применения этой нормы указывается на то, что, несмотря на указание п. 3 ст. 672 ГК о применении к жилищным отношениям правил статей 674, 675, 678, 680, 681, п.п. 1-3 ст. 685 ГК РФ, другие положения Гражданского кодекса могут применяться к жилищным правоотношениям, возникающим из договора социального найма жилого помещения, только если иное не предусмотрено жилищным законодательством.

Какой же напрашивается вывод? Жилищный кодекс не установил порядок подсчета срока как основания для выселения. Ввиду этого предлагается применять в компенсационном порядке, то есть использовать аналогию права, в частности, нормы п. 2 ст. 687 Гражданского кодекса.

На наш взгляд, шестимесячный срок невнесения платы нанимателем следует исчислять непрерывно, то есть подряд в течение срока. Нельзя складывать образовавшуюся задолженность в течение года или иного какого-либо срока. Практика взимания платы наймодателем доказывает справедливость данного предположения, так как учреждения, ведущие сбором оплаты жилья и коммунальных услуг, принимают плату только после

¹ Справочник государственного комитета статистики за 2005 г.

погашения задолженности за предыдущие месяцы. В связи с этим наниматель должен сначала погасить долг за прошлые месяцы и только после этого сможет выполнить свою обязанность по оплате за текущие месяцы.

В исключительных случаях с разрешения наймодателя нанимателю может быть разрешено погашение образовавшейся задолженности по оплате частями или же, при установлении срока погашения, возможна оплата за текущий месяц при сохранении долга за прошедший период. В любом случае основанием для выселения является невнесение платы за жилье и коммунальные услуги нанимателем и членами его семьи по договору социального найма в течение шести месяцев подряд¹.

Применение п. 2 ст. 687, 688 ГК по аналогии права при отсутствии должного регулирования данных жилищных правоотношений Жилищным кодексом, на наш взгляд, представляется обоснованным, так как эти нормы устанавливают хотя бы какие-то гарантии защиты прав нанимателя и членов его семьи по договору социального найма при применении норм ст. 90 ЖК, в частности, представление отсрочки внесения платы на один год, предоставление отсрочки решения суда о выселении на один год. Наймодатель не имеет права обратиться с требованием о непосредственном выселении нанимателя и членов его семьи по договору социального найма без предварительного обращения к суду с предупреждением о необходимости внесения платы. Таковы гарантии защиты прав нанимателя и членов его семьи по договору социального найма по настоящему жилищному, точнее сказать, гражданскому законодательству.

При выселении по основаниям, предусмотренным ст. 90 ЖК следует иметь в виду, что это выселение применяется как санкция за правонарушение. Ввиду этих обстоятельств, для выселения недостаточно установления факта невнесения платы за жилье. Необходимо наличие оснований для наступления гражданско-правовой ответственности: противоправности поведения, наличие убытков в результате противоправного поведения, наличие вины и причинной связи между противоправным поведением нанимателя и членов его семьи и образовавшимися убытками. Поэтому установление факта невнесения платы за жилое помещение и коммунальные услуги нанимателем по договору социального найма в течение шести месяцев не может служить основанием, на наш взгляд, для расторжения договора социального найма по п. 1 ч. 4 ст. 83 ЖК. Статья 90 Жилищного кодекса под противоправностью нанимателя – объективная сторона правонарушения – понимает невнесение нанимателем и проживающими совместно с ним членами его семьи платы за жилое помещение и коммунальные услуги в течение более шести месяцев без уважительных причин. Законодатель не указывает хотя бы примерный

¹ Грудцына Л.Ю. См. обобщение судебной практики «Рассмотрение дел о расторжении договора социального найма жилого помещения в связи с невнесением нанимателем платы за жилье и коммунальные услуги в течение шести месяцев».

перечень уважительных причин. Возможно, это сделано сознательно. Дело в том, что под уважительные и точно так же неуважительные причины можно подвести самые различные жизненные обстоятельства. Например, задержка выплаты заработной платы обычно трактуется как уважительная причина, но ее можно подвести и под неуважительную причину, например, если наниматель является молодым человеком, работающим на должности дворника, одиноко проживающим без семьи в большом мегаполисе.

Во всех случаях применение данной нормы вызовет сложность установления причинно-следственной связи между противоправным поведением, выражающимся в неоплате жилья и коммунальных услуг со стороны нанимателя и образовавшимися убытками в результате такой неоплаты у наймодателя. Наличие убытков или их отсутствие наймодатель доказывает документами, как правило, справкой об образовавшейся задолженности.

Выселение нанимателя по договору социального найма возможно только после вступления в законную силу решения суда, причем в нем должно быть указано, с кем именно расторгается договор социального найма, кто подлежит выселению в связи с расторжением договора по требованию наймодателя и какое помещение предоставляется выселяемым взамен занимаемого. По требованиям ст. 90 ЖК, другое жилое помещение должно соответствовать санитарно-техническим требованиям, оно может быть не обязательно благоустроенным, но в любом случае норма жилой площади должна соответствовать размеру жилого помещения, установленному для вселения граждан в общежитие, которая равняется 6-ти квадратным метрам площади жилья на одного человека.

Следующим основанием расторжения договора социального найма жилого помещения по требованию наймодателя является разрушение или повреждение жилого помещения нанимателем и другими гражданами, за действия которых он отвечает, - п. 2 ч. 4 ст. 83 ЖК. Эта норма перешла в Жилищный кодекс, так же, как и первое указанное нами основание расторжения договора социального найма, из Гражданского кодекса (ст. 687 ГК РФ).

Ввиду того, что инициатором расторжения договора выступает наймодатель, предоставивший жилое помещение по договору социального найма, это обстоятельство обуславливает судебный порядок рассмотрения дела о расторжении договора. Законодатель не раскрывает два основания, являющиеся основанием для предъявления иска. Остается неясным, что следует понимать под «порчей и разрушением жилого помещения». Раскрытие содержания этих понятий способствовало бы ограничению произвольного толкования указанных положений. Поясним сказанное. Порча жилого помещения может выражаться в повреждении или уничтожении инженерно-технического, санитарно-гигиенического оборудования, призванного обслуживать данное жилое помещение, создавая для нанимателей и граждан, проживающих с ним, неудобства. Порча может

выражаться в повреждении определенных составных частей здания, жилого помещения нанимателями и гражданами, проживающими с ним.

Разрушение отличается от порчи жилого помещения тем, что при разрушении элементов жилого помещения последние полностью утрачивают свое назначение, что в свою очередь приводит к значительным капитальным затратам по их полному восстановлению. При порче, в отличие от разрушения, элементы жилого помещения и инженерного оборудования не утрачиваются полностью, а лишь повреждаются, то есть полностью не утрачивают своего функционального назначения. При порче жилого помещения, так же, как и при разрушении требуется произвести определенные финансовые затраты для исправления повреждений жилых конструкций инженерного оборудования, причиненных порчей. При повреждении, порче жилого помещения и инженерного оборудования возможно сохранение определенных функций указанных объектов. При разрушении же эти объекты, как правило, полностью утрачивают свое функциональное назначение. И порча, и разрушение приводят к необходимости проведения капитальных или некапитальных работ по восстановлению разрушенного или испорченного жилого помещения (или его составных частей, объектов).

Для осуществления процедуры расторжения договора социального найма по этим основаниям необходимо документальное подтверждение факта порчи или разрушения жилого помещения. Таким документом, как правило, является акт, составленный наймодателем – жилищно-эксплуатационной организацией в присутствии самого нанимателя и (или) членов его семьи, а также граждан, проживающих в этом жилом помещении, за действия которых отвечает наниматель. В случае спора о наличии или отсутствии вины в порче или разрушении жилого помещения заинтересованная сторона может привлечь специалистов, обладающих специальными знаниями, таких как специалисты жилищной инспекции Госгортехнадзора или Торгово-промышленной палаты. В любом случае для того, чтобы воспользоваться своим правом на расторжение договора, наймодатель должен в представляемых в суд документах отразить юридический состав, служащий основанием для наступления гражданско-правовой ответственности:

- доказать противоправность поведения нанимателя и (или) граждан, за действия которых он отвечает; правильно установить, в чем выражается противоправность поведения, повлекшая разрушение или порчу;

- засвидетельствовать факт разрушения или порчи жилого помещения, установить размер убытков, причиненных противоправными действиями указанных лиц;

- указать причинно-следственную связь между убытками и противоправностью поведения, установить степень вины каждого участника правонарушения.

Только при наличии всех перечисленных обстоятельств и фактов наймода­тель имеет право обратиться в суд с требованием о расторжении договора социального найма с нанимателем или с гражданами, за действия которых он отвечает. Под гражданами, за действия которых отвечает наниматель, законодатель понимает: членов семьи нанимателя (ст. 69, 70 ЖК РФ), временных жильцов (ч. 3 ст. 80 ЖК РФ), поднанимателей (ч. 4 ст. 79 ЖК РФ).

Следующим основанием для расторжения договора социального найма по требованию наймодателя является противоправное поведение нанимателя, членов его семьи и лиц, за действия которых он отвечает, выражающееся в систематическом нарушении прав и законных интересов соседей, делающее невозможным совместное проживание в одном жилом помещении (п. 3 ч. 4 ст. 83 ЖК). Данное основание, как и два вышеназванных, является санкцией, применяемой судом по инициативе наймодателя, так как расторжение договора влечет выселение нанимателя и (или) проживающих совместно с ним членов его семьи из жилого помещения без предоставления другого жилого помещения (п. 1 ст. 91 ЖК).

На наш взгляд, инициировать расторжение договора законодатель предоставил не только наймодателю, хотя именно последний обращается с иском в суд. С инициативой расторжения договора могут выступить соседи, то есть проживающие рядом наниматели. При буквальном толковании данной нормы следует обратить внимание на тот факт, что основанием для расторжения договора является нарушение прав и законных интересов соседей, а с требованием о расторжении договора в суд обращается наймода­тель, а не соседи, чьи права и законные интересы нарушаются. В данном случае, обращаясь в суд, наймода­тель выступает представителем публичных интересов, так как он встает на защиту граждан, проживающих в соседних квартирах по договору социального найма.

Для расторжения договора необходимо установить факт нарушения прав и законных интересов соседей. В большинстве случаев, на практике нарушаются личные неимущественные права и законные интересы указанных граждан. Они выражаются в нарушении правил проживания. В январе 2006 г. на федеральном уровне принят закон, регулирующий порядок пользования (проживания) жилыми помещениями.¹

На уровне субъектов Федерации до принятия закона действовали Примерные Правила пользования жилыми помещениями, содержания жилого дома и придомовой территории в РСФСР, утвержденные постановлением Совета Министров РСФСР от 25 сентября 1985 г. №415, с последующими изменениями и дополнениями.

Противоправность поведения нанимателей, подпадающих под основание расторжения договора по п. 3 ч. 4 ст. 83 ЖК относятся: несоблюдение санитарно-гигиенических правил и эпидемиологических правил, в частности, СН 2.2.4/2.1.8.562-96 «Шум на рабочих местах, в

¹ См. Собрание законодательства РФ, январь 2006 г.

помещениях жилых, общественных зданий и на территории жилой застройки»¹, нарушения санитарных норм, предусмотренных в СН\2.2.4\2.1.8.566-96 «Производственная вибрация, вибрация в помещениях жилых и общественных зданий»², нарушения санитарных норм СН №2.2.4./2.1.8.583-96 «Инфразвук на рабочих местах, в жилых и общественных помещениях и на территории жилой застройки»³.

Таким образом, когда в результате противоправных действий нанимателя и (или) членов его семьи, выражающихся в ссорах, скандалах, нарушениях общественного порядка и правил проживания в жилых домах, нарушаются права и законные интересы других нанимателей, что делает невозможным их спокойное проживание, наймодатель имеет право в судебном порядке требовать расторжения договора с нанимателем, членами его семьи и с лицами, за действия которых он отвечает, и выселения в судебном порядке с соблюдением правил ст. 83, 91 ЖК РФ.

Заметим, что однократное противоправное поведение нанимателя и указанных лиц не может служить основанием для возбуждения дела для расторжения договора социального найма. Для применения таких суровых санкций необходима система зафиксированных в письменном виде юридических фактов, свидетельствующих о противоправности поведения. Противоправность поведения нанимателя и членов его семьи должна находиться в прямой причинно-следственной связи с наступившими последствиями – фактом нарушения прав и законных интересов соседей. Обязанность доказывания противоправного поведения нанимателя и членов его семьи, а также нарушения в результате этих противоправных действий законных прав и интересов соседей лежит на наймодателе. Обычными доказательствами в таких делах являются акты, составленные правоохранительными органами, органами по защите прав потребителей (ранее Госсанэпиднадзора) и других государственных органов, на которых законом возложена обязанность контроля за соблюдением правил пользования жилыми помещениями. Напомним, что факты противоправного поведения должны носить систематический характер, то есть должны иметь место двух и более в течение года со дня совершения.

Защищая публичные интересы, законодатель отдельно в пункте 4 ч. 4 ст. 83 Жилищного кодекса специально выделил как основание для расторжения договора социального найма с нанимателем и членами его семьи (гражданами, за действия которых отвечает наниматель) такое основание, как использование жилого помещения не по назначению. Реализация права наймодателя на расторжение договора социального найма приводит к правовым последствиям, предусмотренным в п. 1 ст. 91 ЖК, то есть к выселению нанимателя и (или) проживающих совместно с ним членов

¹ Постановление Госкомсанэпиднадзора РФ от 31 октября 1996 г. №36.

² Утверждены постановлением Госкомсанэпиднадзора РФ от 31 октября 1996г. № 40.

³ Утверждены постановлением Госкомсанэпиднадзора РФ от 31 октября 1996г. № 52.

его семьи из жилого помещения без предоставления другого жилого помещения.

Жилые помещения предназначаются для проживания граждан (п. 1 ст.17 ЖК). На наш взгляд, изменение целевого назначения жилого помещения и является основанием для расторжения договора социального найма. Пунктом 3 ст. 17 ЖК установлен запрет на размещение в жилых помещениях промышленных производств. Термин «использование жилого помещения не по назначению» следует понимать шире, а именно как «создание в жилых помещениях игорных домов, притонов и т.п.».

Если в суде будет установлен факт использования жилого помещения не по назначению, то наниматель и члены его семьи, а также лица, за действия которых он отвечает, будут выселены из жилого помещения, занимаемого ими по договору социального найма, после вступления в законную силу решения суда.

Установленный законодателем в части 4 ст. 83 Жилищного кодекса перечень оснований, дающих право наймодателю требовать в судебном порядке расторжения договора социального найма, и закрепленный в п.п. 1-4 является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. Следует заметить, что воспользоваться своим правом на выселение наймодатель может только в том случае, если соблюден досудебный порядок разрешения возникшего конфликта, а именно он обязан собрать все доказательства, необходимые для предъявления иска, затем он обязан вынести письменное предупреждение о необходимости устранения выявленных правонарушений, установив определенный срок для их устранения. Если наниматель не прекратит свои противоправные действия, наймодатель обращается в суд с требованием о расторжении договора социального найма и выселении из занимаемого жилого помещения. Согласно п. 1 ст. 91 Жилищного кодекса, виновные лица подлежат выселению. Следует обратить внимание, что подлежат выселению только виновные лица. Такова специфика применения положений п. 3 ст. 453 Гражданского кодекса в жилищном праве. Следует помнить, что при расторжении договора обязательства прекращаются лишь с момента расторжения, а до этого момента они признаются существовавшими или существующими. В данном случае расторжение договора происходит с момента вступления в законную силу решения суда. Факт расторжения влечет за собой последствия в виде выселения виновных лиц – виновного нанимателя, членов его семьи или лиц, за действия которых он отвечает.

По общему правилу, закрепленному в Гражданском кодексе (ст. 453 ГК), расторжение договора предусматривает получение компенсации. В Жилищном кодексе такое право не предусмотрено¹.

Договор социального найма жилого помещения может быть прекращен в связи с утратой (разрушением) жилого помещения, со смертью одиноко

¹ Подробнее см. Фогельсон Ю., Найденова М. Последствия расторжения договора. // Хозяйство и право. №19. 2004.

проживающего нанимателя (ч. 5 ст. 83 ЖК). В данном случае речь идет о двух совершенно разных по правовым последствиям основаниях прекращения договора социального найма. Разрушение жилого помещения и прекращение договора социального найма следует отличать от разрушения жилого помещения при расторжении договора социального найма. При прекращении договора в связи с разрушением предполагается, что происходит утрата качества жилья, в результате которого найм жилого помещения по договору становится невозможным. Если будет установлено, что жилое помещение в результате потери функционального значения подлежит сносу или это жилое помещение будет признано непригодным для проживания, то последствиями установления таких фактов при прекращении договора социального найма является выселение нанимателя и членов его семьи с предоставлением другого благоустроенного жилья в порядке статей 85, 87, 89 ЖК. В этом случае при прекращении договора отсутствует вина сторон, заключивших договор. Таким образом, прекращение договора п.1 ч.5 ст.83 отличается от расторжения договора по требованию наймодателя, в случае разрушения или повреждения жилого помещения нанимателем или другими гражданами, за действия которых он отвечает, предусмотренного в ч. 4 п. 2 ст. 83 ЖК. Правовыми последствиями при таком основании будет выселение указанных граждан без предоставления другого жилого помещения.

Договор социального найма жилого помещения, как указывается в ч. 5 ст. 83 ЖК, может быть прекращен в связи со смертью одиноко проживающего нанимателя. Прекращение договорных отношений в данном случае будет иметь место только тогда, когда действительно будет установлен факт, что наниматель является единственным лицом, указанным в договоре социального найма, заключенном в письменной форме и при условии, что никто не зарегистрирован в данном жилом помещении или не признан членом семьи умершего нанимателя по решению суда, вступившего в законную силу.

В Жилищном кодексе и жилищном праве в случае прекращения или расторжения договора социального найма между наймодателем и нанимателем наступает три вида правовых последствий: в виде выселения граждан из жилых помещений с предоставлением других благоустроенных жилых помещений по договорам социального найма; с предоставлением других жилых помещений (не обязательно благоустроенных по договорам социального найма) и без предоставления других жилых помещений (ст. 84 ЖК).

Нами были рассмотрены основания расторжения договора социального найма по требованию наймодателя, которые приводят к таким правовым последствиям, как выселение с предоставлением других жилых помещений и выселение без предоставления других жилых помещений, закрепленные в статьях 90, 91 ЖК.

Несколько слов о расторжении и прекращении договора, последствиями которых является выселение с предоставлением других благоустроенных жилых помещений ст. 84, 85 ЖК. Как нами уже было сказано, только в договоре социального найма прекращение договора приводит к общему правовому последствию – выселению граждан из занимаемых ими жилых помещений. Само по себе выселение как следствие прекращения договора социального найма является общим основанием при прекращении этого договора, однако законодатель установил три вида последствий: выселение с предоставлением других благоустроенных жилых помещений по договорам социального найма; выселение с предоставлением других жилых помещений по договорам социального найма; выселение без предоставления других жилых помещений (ст. 84 ЖК).

С целью защиты прав нанимателей выселение с предоставлением других благоустроенных жилых помещений по договорам социального найма, как и в ранее рассмотренных случаях, производится только в судебном порядке.

Этот институт не претерпел, по сравнению с Жилищным кодексом 1983 г. значительных изменений¹. В соответствии со ст. 85 ЖК граждане выселяются из жилых помещений с предоставлением другого благоустроенного жилья, причем с ними заключается новый договор социального найма². Основаниями для такого выселения являются случаи, когда:

- 1) дом, в котором находится жилое помещение, подлежит сносу;
- 2) жилое помещение подлежит переводу в нежилое помещение;
- 3) жилое помещение признано непригодным для проживания;
- 4) в результате проведения капитального ремонта или реконструкции дома жилое помещение не может быть сохранено или его общая площадь уменьшается, в результате чего проживающие в нем наниматель и члены его семьи могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях, либо увеличится, в результате чего общая площадь занимаемого жилого помещения на одного члена семьи существенно превысит норму предоставления.

В жилищном праве существует точка зрения, что новый Жилищный кодекс воспринял все прежние основания выселения с предоставлением другого благоустроенного жилого помещения и добавил к ним новое, установленное в п. 4 ст. 85³. На наш взгляд, никаких новых оснований, по сравнению с ранее действовавшим Жилищным кодексом, Жилищный кодекс 2004 г. не ввел. Четвертое «новое» основание, как указывает М.Ю. Тихомиров, содержалось в ст. 83 ЖК РСФСР, которое называлось «предоставление нанимателю другого жилого помещения в случае существенного изменения размера жилой площади в результате

¹ См. ст. 91 ЖК РСФСР.

² В этом случае происходит изменение объекта договора найма.

³ Тихомиров М.Ю. Указ. соч. С. 233.

капитального ремонта». А новым, на наш взгляд, является то, что Жилищный кодекс 2004 г. исключил выселение с предоставлением другого жилого помещения, когда дом или жилое помещение грозит обвалом. По-видимому, это сделано из морально этических соображений: проживание в домах, грозящих обвалом, не только является опасным для здоровья и жизни нанимателей и противоречит Жилищному кодексу, в частности нормам, предъявляемым к жилым помещениям как таковым, но и является позорным фактом для цивилизованных стран.

Полностью поддерживая справедливое высказывание наших ведущих цивилистов о том, что многие люди в России живут в разрушающихся домах, что нельзя допустить проживание в них, и о том, что необходимо установить механизм юридической и экономической ответственности наймодателя за непредставление тем нанимателям, которые проживают в непригодных для проживания помещениях новых благоустроенных жилых помещений, отметим, что искоренение этой проблемы кроется в создании рынка доступного жилья, а именно в строительстве жилых помещений, предоставляемых по договору социального найма. Проще говоря, своевременное проведение капитального ремонта в жилищном фонде социального использования наймодателем, а также достаточное количество жилых помещений по договору социального найма избавит применение оснований выселения граждан с предоставлением других благоустроенных жилых помещений по договорам социального найма в тех случаях, когда дом, в котором находится жилое помещение, подлежит сносу. Примером сказанного является отселение граждан из домов, которые сносятся в связи с моральным, а не физическим износом (отселение жителей пятиэтажек в г. Москве).

Порядок предоставления жилого помещения в связи со сносом дома урегулирован в ст. 86 ЖК, причем урегулирован в императивном порядке. «Если дом, в котором находится жилое помещение, занимаемое по договору социального найма, подлежит сносу, выселяемым из него гражданам органом государственной власти или органом местного самоуправления, принявшем решение о сносе такого дома, предоставляются другие благоустроенные жилые помещения по договорам социального найма». Законодатель не раскрывает основание, по которому принимается решение о сносе жилого дома. Однако следует полагать, что, во-первых, этот дом находится в фонде социального использования, то есть сносимое жилье является собственностью государства либо органа местного самоуправления. Решение о сносе, принимаемое этими органами, как правило, вызвано двумя причинами:

- когда дом, в котором находятся жилые помещения, предоставленные нанимателем по договору социального найма, становится непригодным для постоянного проживания, то есть по своему функциональному назначению и требованиям Жилищного кодекса к жилым помещениям, предусмотренным в ст. 17 ЖК. В том числе это основание целиком и полностью поглощает

основания, существовавшие в ЖК 1983 г., – когда отселение с предоставлением благоустроенного жилья производилось в связи с угрозой грозящего обвалом жилого помещения;

- в связи с моральным устареванием жилого дома, в котором находятся жилые помещения, предоставленные по договору социального найма.

Напомним, что степень благоустройства жилых помещений определяется муниципалитетами в зависимости от достигнутого уровня благоустройства в конкретном регионе.

Следующий случай (основание) выселения граждан из жилых помещений, который действует в фонде социального использования, - установление факта, когда жилое помещение подлежит переводу в нежилое помещение (п. 2 ст. 85 ЖК), а также, когда жилое помещение признано непригодным для проживания. При прекращении договора социального найма и наступлении последствий выселения нанимателя по основаниям, предусмотренным в п. 2 и п. 3 ст. 85 ЖК, законодатель урегулировал порядок предоставления жилья по этим основаниям. В частности, в ст. 87 ЖК установлено, что если жилое помещение, занимаемое по договору социального найма, подлежит переводу в нежилое помещение или признано непригодным для проживания, выселяемым из такого жилого помещения гражданам наймодателем предоставляется другое благоустроенное жилое помещение по договору социального найма.

Напомним, что условия перевода жилого помещения в нежилое и нежилого в жилое, а также порядок такого перевода, подробно урегулированы в ст. 22-24 Жилищного кодекса РФ. Инициаторами перевода, по жилищному законодательству, выступают собственники жилого помещения или уполномоченные ими лица п. 2 ст. 23 ЖК. Перевод жилых помещений осуществляет специальный орган по месту нахождения переводимого помещения. В роли такого органа выступает местная администрация. В данном случае мы рассматриваем только перевод жилого помещения в нежилое.

Основанием для прекращения жилищных правоотношений с нанимателями и членами его семьи в договоре социального найма является перевод жилого помещения в нежилое, причем, таким основанием выступает воля собственника, наймодателя, и здесь не обязательно наличие факта непригодности жилого помещения для проживания. Иными словами, собственник может, руководствуясь положениями гл. 3 Жилищного кодекса, принять решение о переводе жилого помещения в нежилое в самых различных случаях. Например, использование данного жилого помещения для других целей, не связанных с проживанием нанимателей. Принимая такое решение, собственник, наймодатель обязан выполнить следующие требования закона: во-первых, осуществить перевод с соблюдением правил гл. 3 ЖК и, во-вторых, он обязан предоставить всем проживающим по договору социального найма нанимателям и членам их семей другое благоустроенное жилое помещение, степень благоустройства которого

определяется достигнутым уровнем такого благоустройства в данном конкретном регионе.

Требования, предъявляемые ко всем предоставляемым жилым помещениям в случае выселения по основаниям ст.85 урегулированы отдельной нормой ст. 89 ЖК: «...Другое жилое помещение, предоставляемое по договору социального найма, должно быть благоустроенным применительно к условиям соответствующего населенного пункта, равнозначным по общей площади ранее занимаемому жилому помещению, отвечать установленным требованиям и находиться в черте данного населенного пункта».

Недостатком правил, предусмотренных в ст. 87 ЖК, которые обязывают наймодателя предоставить другое благоустроенное жилье, является тот факт, что законодатель не установил в самой статье размеры того жилого помещения, которое будет предоставлено в связи с переводом прежнего жилья в нежилое. Если наниматель и проживающие совместно с ним члены его семьи до выселения занимали квартиру или не менее, чем две комнаты, наниматель, соответственно, имеет право на получение квартиры или на получение жилого помещения, состоящего из того же числа комнат в коммунальной квартире п. 1 ст. 89 ЖК. Такие же требования к жилым помещениям, предоставляемым по основаниям ст. 85 ЖК существовали и в Жилищном кодексе 1983 г. в статьях 40 и 96 ЖК РСФСР.

На наш взгляд, предоставляемое другое жилое помещение должно быть не только благоустроенным, но и соответствовать норме предоставления жилья по договору социального найма, так как несоблюдение норм о предоставлении жилья будет ухудшать жилищные условия нанимателя по договору социального найма и членов его семьи, что противоречит принципам жилищного права. Применение правил п. 2 ст. 89 может оказаться безразличным для нанимателей, проживающих по договору социального найма, в случае их отселения в связи с переводом этого жилого помещения в нежилое. Поясним сказанное: если наниматель и члены его семьи до выселения занимали квартиру или не менее, чем две комнаты, то по закону они имеют право претендовать на квартиру, состоящую из того же числа комнат в коммунальной квартире без учета количества лиц, проживавших в прежней квартире. При остром дефиците жилья и в квартирах, и в коммунальных комнатах зарегистрировано и проживает нанимателей гораздо больше, чем предусмотрено для проживания по норме социальной площади жилья на одного человека, то есть эта пресловутая норма жилья, приходящегося на одного человека, не всегда соблюдается. Поэтому, если законодатель установил требования предоставляемому жилому помещению в ст. 89, а не в ст. 50 Жилищного кодекса, исключив применение правил ст. 50 о норме предоставления, тем самым законодатель проигнорировал право нанимателей по договору социального найма на улучшение жилищных условий в данном конкретном случае.

Именно таких ориентиров, то есть соблюдение нормы площади жилья, следует придерживаться при выселения граждан из жилых помещений по договору социального найма по основаниям, предусмотренным в п. 2 ст. 85 ЖК, и, конечно же, применяя данную норму при предоставлении жилья, собственники жилых помещений обязаны соблюдать порядок предоставления другого жилого помещения, предусмотренной в ст. 87 ЖК. Иными словами: при порождении оснований прекращения жилищных правоотношений по договору социального найма и закрепленных в п.2 ст.85 ЖК обязательно корреспондируется действие норм статей 87, 89 Жилищного кодекса, то есть три эти нормы следует применять в совокупности.

Законодатель выделил, по-видимому, специально непригодность жилого помещения для проживания как самостоятельное основание прекращения жилищных правоотношений с наступлениями последствий в виде выселения граждан с предоставлением другого благоустроенного жилья п. 3 ст. 85 ЖК.

При выселении первостепенное значение придается установлению факта непригодности жилого помещения для проживания. Вопросы отнесения помещений к пригодным или непригодным для проживания находятся в ведении Правительства Российской Федерации. В настоящее время действует «Положение о порядке признания жилых домов (жилых помещений) непригодными для проживания», которые утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 4 сентября 2003 г. №552¹.

Следует заметить, что определение оснований и порядка признания жилых помещений непригодными для проживания в соответствии с п. 11 ст. 12 ЖК РФ отнесено к компетенции органов государственной власти РФ. Вопрос о непригодности жилых помещений, в частности, о непригодности жилых помещений, предоставляемых по договору социального найма, имеет принципиальное значение и выступает одним из социально-экономических показателей благополучия граждан. Вопросами признания непригодности жилых помещений занимается межведомственная комиссия, в которую входят представители собственника фонда социального назначения, Роспотребнадзора, архитектуры, пожарно-технических инспекций. Признание жилого помещения непригодным для проживания (имеется в виду жилого помещения, находящегося в фонде социального использования) порождает обязанность собственника жилого помещения, возложенную на него законодателем ст. 87 ЖК, предоставить другое благоустроенное жилое помещение по договору социального найма. Предоставляемое другое жилое помещение должно соответствовать требованиям ст. 89 ЖК, то есть оно должно быть благоустроенным относительно к условиям благоустройства в данном населенном пункте, равнозначным по общей площади ранее занимаемому жилому помещению, отвечать установленным требованиям и находиться в черте данного населенного пункта.

¹ Собрание законодательства РФ за 2003 г. №37. Ст. 3586.

На практике применение положения ст. 87, на наш взгляд, вызовет определенные трудности. Эти трудности обусловлены конструкцией данной нормы. Во-первых, законодатель не установил размеры предоставляемого нового жилого помещения взамен того, которое переводится в нежилое или признано непригодным для проживания, ограничившись понятием «равнозначный». На наш взгляд, в данном случае следует руководствоваться общими требованиями и порядком в предоставлении жилых помещений по договору социального найма, то есть следует руководствоваться правилами ст. 57 ЖК. При этом должна соблюдаться норма предоставления площади жилого помещения, урегулированная в п. 1 ст. 50 ЖК, о чем уже упоминалось.

Норма ст. 87 ЖК устанавливает, что выселяемым из такого жилого помещения (то есть помещения, подлежащего переводу в нежилое помещение или признанному непригодным для проживания) гражданам наймодателем предоставляется другое благоустроенное жилое помещение. На наш взгляд, правильнее было бы заменить понятие «выселяемым из жилого помещения гражданам» на «выселяемым из жилого помещения нанимателям и членам его семьи», так как при буквальном толковании данной нормы право на предоставление другого благоустроенного жилого помещения будут обладать все выселяемые граждане, которые проживали в непригодном жилом помещении или в жилом помещении, подлежащем переводу в нежилое, в том числе и проживающие по договору поднайма, временные жильцы и иные граждане.

В соответствии с п. 4 ст. 85, граждане выселяются из жилых помещений с предоставлением другого благоустроенного жилья по договорам социального найма, если в результате проведения капитального ремонта или реконструкции дома жилое помещение не может быть сохранено или его общая площадь уменьшается, в результате чего проживающие в нем наниматель и члены его семьи могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях, либо увеличится, в результате чего общая площадь занимаемого жилого помещения на одного члена семьи существенно превысит норму предоставления. Возникновение данного основания влечет за собой применение порядка предоставления жилого помещения, предусмотренного в ст. 88 Жилищного кодекса.

Особенностью порядка предоставления жилого помещения в связи с проведением капитального ремонта или реконструкции жилого дома является то, что наймодатель обязан, в первую очередь, предоставить нанимателям и членам его семьи жилое помещение из маневренного жилищного фонда. При этом расторжение договора социального найма не происходит. Основанием для переселения жильцов на время капитального ремонта или реконструкции из занимаемого ими жилого помещения выступает установление факта невозможности проведения ремонта или реконструкции без их выселения. Наймодатель – инициатор проведения капитального ремонта или реконструкции берет на себя расходы по

переселению нанимателей и членов его семьи в жилое помещение маневренного фонда и обратно, а в случае отказа нанимателей и членов его семьи переселиться в маневренный жилищный фонд наймодатель может потребовать принудительного переселения в судебном порядке. Это правило существовало и в Жилищном кодексе 1983 г.

Взамен применения этого права наймодатель может с согласия нанимателя и членов его семьи предоставить им в пользование другое благоустроенное жилое помещение с заключением договора социального найма. В этом случае прежний («старый») договор социального найма расторгается и заключается новый договор социального найма, так как в данном случае изменяется сам предмет договора – прежняя квартира на новую, минуя предоставление временного жилья из маневренного жилищного фонда на время проведения капитального ремонта. По Жилищному кодексу 1983 г. наймодатель должен был предоставить новое жилье до начала капитального ремонта.

В соответствии с п. 3 указанной статьи, если в результате проведения капитального ремонта или реконструкции дома жилое помещение, занимаемое нанимателем и членами его семьи по договору социального найма, не может быть сохранено или его общая площадь уменьшается, в результате чего проживающие в нем наниматель и члены его семьи могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях, либо увеличится, в результате чего общая площадь занимаемого жилого помещения на одного члена семьи существенно превысит норму предоставления, другое жилое помещение должно быть предоставлено по договору социального найма наймодателем до начала капитального ремонта или реконструкции.

Аналогичное правило с незначительными изменениями в ныне существующих содержалось в ст. 74 ЖК РСФСР 1983 г. Для реализации права нанимателя на предоставление другого благоустроенного жилого помещения по договору социального найма, согласно п. 3 ст. 87 ЖК РФ, необходимо наступление, причем одновременное, следующих юридических фактов:

- выполнение наймодателем обязанности по проведению капитального ремонта или реконструкции дома;

- установление факта, что существующее жилое помещение, в котором ранее проживал наниматель и члены его семьи по договору социального найма, не может быть сохранено в результате проведения такого ремонта или реконструкции жилого дома. Следует отметить, что в плане реконструкции жилого дома может быть заранее определено, какие помещения подлежат уничтожению или не сохранят своего целевого назначения. Например, будут переведены в нежилые либо площадь жилого помещения уменьшится и станет меньше нормы площади жилья, определяемой нуждаемостью, то есть меньше учетной нормы¹;

¹ Пункт 4 ст. 50 ЖК РФ.

- факт того, что в результате проведения капитального ремонта или реконструкции дома занимаемое по договору социального найма нанимателями и членами его семьи жилое помещение значительно увеличивается, и жилая площадь, приходящаяся на одного члена семьи, существенно превысит норму предоставления, то есть тот самый размер площади, который установлен субъектом Федерации при предоставлении жилья по договору социального найма. Еще раз напомним, что норму для определения нуждаемости в улучшении жилищных условий по договору социального найма не следует путать с нормой предоставления жилых помещений по этому договору, хотя на практике эти нормы могут быть равнозначными. Норма нуждаемости – это норма, выступающая основанием для постановки на учет и дальнейшего получения бесплатного жилья. Норма предоставления жилой площади – это норма, на которую могут претендовать лица, получающие жилое помещение по договору социального найма.

Таким образом, в п. 3 ст. 88 ЖК наличие перечисленных выше фактов порождает обязанность наймодателя еще до начала проведения капитального ремонта или реконструкции предоставить нанимателю и членам его семьи по договору социального найма взамен ранее занимаемого (не сохраненного или значительно уменьшенного или значительно увеличенного в размерах по отношению к норме нуждаемости или норме предоставления жилого помещения) предоставить новое благоустроенное жилье, заключив новый договор социального найма с нанимателем и членами его семьи. При предоставлении нового жилого помещения наймодатель обязан выполнить требование о норме предоставления жилья.

Если наниматель и члены его семьи по договору социального найма не воспользуются предоставленным законом правом, то есть откажутся от предложенного варианта улучшения жилищных условий, тогда после проведения капитального ремонта или реконструкции жилого дома наниматель и члены его семьи вправе вернуться в ранее занимаемое жилое помещение, вселившись в него, несмотря на то, что жилая площадь этого жилого помещения уменьшилась. Законодатель оставляет открытым вопрос, как согласуется воля нанимателя вернуться в ранее занимаемое жилое помещение после капитального ремонта и реконструкции, когда оно уменьшилось в размерах. Наниматель и члены его семьи, вселившись в такое жилье, могут оказаться нуждающимися в улучшении жилищных условий, смогут ли они в данном случае претендовать на получение жилого помещения по договору социального найма в порядке нуждаемости, если они в добровольном порядке согласились вернуться в прежнее жилье, которое после капитального ремонта или реконструкции уменьшилось в размерах. Не посчитает ли наймодатель в дальнейшем такие действия нанимателя, хотя и соответствующими закону ст. 88 ЖК, сознательным ухудшением своих жилищных условий? Сознательное ухудшение жилищных условий при доказанности этого факта может в дальнейшем послужить основанием для исключения из очереди лиц, нуждающихся в улучшении жилищных условий

по договору социального найма. Или все же правило п. 4 ст. 88 предусматривает особый случай, в частности, такой, когда проведение капитального ремонта и (или) реконструкции жилого дома приводят к тому, что занимаемое жилое помещение нанимателем и членами его семьи уменьшается в размерах, но все же не до таких пределов, когда наниматель и члены его семьи становятся нуждающимися в улучшении жилищных условий. То есть сохраненная жилая площадь должна равняться учетной норме площади жилья. Мы стоим именно на такой позиции.

Подводя итог сказанному, отметим, что несмотря на рыночные отношения, господствующие в жилищной сфере, норма права, защищающая нанимателей и членов их семей по договору социального найма все же сохранилась как гарантированное право на получение бесплатного благоустроенного жилья. Степень благоустройства и его технические характеристики законодатель закрепил в ст. 89 ЖК. В частности, если в результате проведенного капитального ремонта или реконструкции дома жилое помещение не может быть сохранено или его общая площадь уменьшается, и проживающие граждане могут быть признаны нуждающимися в улучшении жилищных условий, или увеличивается, в результате чего площадь, на которой проживали наниматели увеличивается и существенно превышает норму представления, наймодатель представляет благоустроенное жилое помещение¹, равнозначное по общей площади ранее занимаемому жилому помещению, причем это помещение должно находиться в черте данного населенного пункта и соответствовать санитарно-техническим и иным требованиям, предъявляемым к жилым помещениям.

Особенно актуальным для нанимателя и членов его семьи является это право, когда они начинают реализовывать его в реальной жизни. Если же наниматель до выселения занимал не менее, чем две комнаты в соответствии с п. 2 ст. 89, он имеет право на получение жилого помещения, состоящего из того же числа комнат в коммунальной квартире. В п. 2 ст. 89 ЖК полностью сохранены те гарантии, которые существовали в Жилищном кодексе 1983 г.²

Из анализа приведенных положений следует такое правило, что при проведении наймодателем реконструкции или капитального ремонта жилого дома, в котором проживают наниматели и члены их семей по договору социального найма, в тех случаях, когда их жилое помещение не сохраняется, то есть либо существенно уменьшается, либо увеличивается в размерах, законодатель возлагает на наймодателя обязанность сохранить те жилищные условия, которые существовали до капитального ремонта или реконструкции. Обязанности наймодателя улучшить жилищные условия путем предоставления нанимателю и членам его семьи благоустроенной квартиры или благоустроенного жилья в виде комнаты в коммунальной

¹ Степень благоустройства определяется достигнутым уровнем в данном конкретном населенном пункте п. 1 ст. 89 ЖК.

² Смотри ЖК РСФСР 1983 г., ст. 96.

квартире законодатель не предусмотрел. Все споры, возникающие по поводу предоставления благоустроенного жилья во всех перечисленных нами случаях, когда предоставление такого благоустроенного жилья является обязанностью наймодателя, как упоминалось ранее, разрешаются в судебном порядке, при этом законодатель возложил на судебные органы обязанность указывать в судебном решении о выселении нанимателя и членов его семьи, конкретное жилое помещение, которое предоставляется в качестве компенсации за жилье, изымаемое наймодателем п. 3 ст. 89 ЖК РФ.

Вот, пожалуй, наиболее острые, требующие обсуждения вопросы, возникающие при прекращении и расторжении договора социального найма по новому Жилищному кодексу.

ОЦЕНКА КАК КАТЕГОРИЯ ОБЩЕСТВЕННЫХ НАУК

Залавская О.М. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса, к.ю.н.

Выделение научной категории требует выяснения того специального смысла, тех признаков, которые позволяют отделить ее от иных явлений.

Поскольку право оперирует категориями, доведенными до уровня формально-логической определенности и официально зафиксированными в юридических установлениях¹, для определения понятия необходимо использовать формально-логические и специальные юридические методы определения понятий.

Этимологическое значение термина «оценка» связывается с глаголом «оценить»². «Оценить» («оценивать») означает «полагать, назначить чему-то цену, определить стоимость чего-то»³ или «составить представление, суждение о ком-, чем-либо, определить значение, характер, роль и т.п. кого-, чего-либо»⁴.

Следовательно, в лингвистическом смысле под оценкой понимаются действия, содержание которых определяется по значению глагола «оценить»: «оценка имущества, оценка знаний»; а также «мнение, суждение о качестве, достоинстве и т.п. кого-либо, чего-либо, принятое обозначение степени знаний и поведения учащихся, отметка»⁵.

Категория «оценка» исследуется разными науками: философией, социологией, экономикой, юриспруденцией и др. Это обстоятельство указывает на то, что оценка многогранна и является общенаучной категорией. Но у каждой науки в соответствии с ее целями, предметом, методами изучения сложилось свое представление о категории оценки, поскольку «... смысл слов, которыми пользуются в технике каждой из этих наук, различен»⁶. Верно утверждение, что с точки зрения формально-логического метода познания различное понимание социальными науками существа одной категории требует либо унификации трактовок, либо установления их соотношения, следовательно, признания того, что речь идет о разных категориях⁷.

Возникают вопросы. Какова сущность оценки? Корректно ли различное понимание существа одной категории разными науками? Попытаемся выявить существо общенаучной категории «оценка».

¹ См.: Губин Е.П., Сафиуллин Д.Н., Суханов Е.А. *Хозяйственный договор. Общие положения.* - Свердловск, 1986. С. 18.

² *Этимологический словарь русского языка.* Вып. 7. Т. 2. / Под ред. Н.М. Шанского. - М., 1980. С. 218.

³ *Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка.* Т. II. - М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1955. С. 775.

⁴ *Словарь русского языка в четырех томах.* Изд. второе, исправленное и дополненное. Т. II. - М.: Изд-во «Русский язык», 1983. С. 730.

⁵ См.: *Даль В.И. Указ. соч.* С. 775; *Словарь русского языка в четырех томах.* Изд. второе, исправленное и дополненное. Т. II. - М.: Изд-во «Русский язык», 1983. С. 730.

⁶ *Саватье Р. Теория обязательств.* - М., 1972. С. 27.

⁷ См., например: *Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве.* - М., 2002. С. 12-13.

Поясним смысл, связываемый с «оценкой» *философией*.

Понятие «оценка» соотносима с понятием «ценность». В этом своем значении понятие «оценка» употребляется в аксиологии и гнесиологии¹.

Существующее философское учение о ценностях – аксиология (греч. *axia* – ценность и *logos* - учение, слово) представлена несколькими теориями ценностей². Общность теоретических концепций заключается в том, что оценка представляет собой определение субъектом социальной значимости явлений для его жизни, она ориентирует человека в мире явлений, направляет его деятельность. Таким образом, в аксиологическом смысле с оценкой связан процесс ориентации на ценность.

Гнесиология, являясь философским учением о познании, изучает взаимоотношение субъекта и объекта познания в процессе познавательной деятельности, отношение познания к действительности, критерии истинности и достоверности знания³.

Оценка складывается из акта сравнения (собственной оценки) и рекомендаций к отбору (выбору) того, что признается ценностью. Тот, кто оценивает, формулирует суждения о полезности или вредности, правильности или неправильности, необходимости или ненужности того, что оценивается⁴. Таким образом, оценка базируется на знании, а познание на оценке.

Категория «оценка» известна и *социологической науке*. Сведения из социологического энциклопедического словаря дают двойственное значение понятию «оценка». Так, кроме уже известного «определение цены чего-либо», первым представлено другое значение: «соотнесение какого-либо объекта с принятым критерием, образцом, нормой»⁵ и, собственно, оно соотносимо с аксиологическим смыслом оценки, характеризует поведенческую сторону оценки.

В социологической литературе отмечается особая роль экономического содержания оценки. В частности, М. Вебером высказано суждение следующего содержания: «Рациональное хозяйство является деловым предприятием, оно ориентируется на выраженные в деньгах цены, которые складываются в ходе столкновения интересов на рынке. Без денежной оценки, следовательно, без такой борьбы невозможна никакая калькуляция.

¹ См.: *Алексеев В.П., Панин А.В.* Теория познания и диалектика: Учебное пособие для вузов. - М.: Высшая школа, 1991. С. 268.

² Объективно-идеалистические теории (неокантианство, неотомизм, интуитивизм) трактуют ценность как потустороннюю сущность вне времени и пространства. Сторонники субъективно-идеалистических теорий (логического позитивизма, эмотивизма, лингвистического анализа в этике и др.) рассматривают ценность лишь как явление сознания, видят в ней явление психологического настроения, субъективного отношения человека к оцениваемым им объектам. Натуралистические теории ценности (теория интереса, эволюционная этика, этика космической теологии) трактуют ее как выражение естественных потребностей человека или законов природы в целом. (Философский словарь / Под ред. *И.Т. Фролова*. 4-е изд. - М.: Политиздат, 1981. С. 8-9).

³ Философский словарь / Указ. изд. С. 411-412.

⁴ См.: *Алексеев В.П., Панин А.В.* Теория познания и диалектика: Учебное пособие для вузов. - М.: Высшая школа, 1991. С. 268-270.

⁵ Социологический энциклопедический словарь / Под ред. *О.Г. Осипова*. - М.: Изд. группа ИНФРА, 1998. С. 230.

Деньги – самое абстрактное и безличное из всего того, что существует в жизни людей»¹.

Сама условность денежной единицы, ее символический характер способствуют сопоставлению цены и ценности.

С экономической точки зрения рыночные сделки представляют собой определенное равенство меновых пропорций разных товарных тел. Поиски существа менового равенства привели к возникновению в экономической теории двух противоположных концепций стоимости: трудовая (основоположник У. Петти) и нетрудовая – теория предельной полезности².

В экономической науке категория «оценка» в неразрывной связи соотносится с тремя понятиями: «ценность», «цена» и «стоимость».

Своеобразный феномен экономической науки заключается в том, что как самостоятельная область знаний она сформировалась только в конце XIX века. До этого экономические проблемы рассматривались в рамках недифференцированного общего знания. Они обсуждались в сочинениях философов, юристов, богословов и, конечно, политиков. Одной из наиболее важных среди них на протяжении веков считалась проблема экономической ценности и цены³. Более того, есть мнение, что возникновение экономики связано с товарным выражением цены⁴.

Первым «претендентом» на роль основы для соизмерения благ, ценности и цены была предложена Аристотелем человеческая потребность⁵. Средневековые комментаторы Аристотеля попытались разделить понятия ценности и цены: ценность блага определялась потребностью, цена поставлена в зависимость от потребности и средств покупателя – спроса. Впоследствии наиболее важное дополнение к учению связывают с философами и теологами средневековья Альбертом Великим (ок. 1193-1280) и Фомой Аквинским (1125-1276), они назвали другой источник ценности и цены – труд и расходы. Начала стоимостной теории цены были заложены А. Смитом, согласно которой цена является денежным выражением стоимости. Появление спроса обусловлено укреплением денег как средства товарооборота, когда общественная потребность получила достаточно четкое количественное выражение. Спрос, в свою очередь, стимулировал возникновение массового предложения товаров, дал толчок организации массового производства. Соответственно, цены на товар стали образовываться с учетом всего глобального спроса, а не предпочтений индивидуума-потребителя или производителя, а система цен начинает играть относительно самостоятельную роль⁶.

¹ Вебер М. Избранное. Образ общества. - М., 1994. С. 14.

² См.: Борисов. Е.Ф. Экономическая теория: Учебник. - М.: Юристъ, 1997. С. 112-115, 137-140.

³ См.: Гальперин В.М., Игнатъев С.М., Моргунов В.И. Микроэкономика: В 2-х т. / Общая ред. В.М. Гальперина. СПб.: Экономическая школа, 1994. Т. 1. С. 39.

⁴ См, напр.: Ильясов Ф.Н. Теория цены: поиск парадигматических оснований. // Вестник Российской академии наук. 1992. №2.

⁵ См.: Аристотель. Сочинения. - М., 1983. Т. 4. С. 156.

⁶ См. обзор стоимостных теорий: Гальперин В.М., Игнатъев С.М., Моргунов В.И. Указ. соч. С. 39-41; Лушин С.И. Ценность. Цена. Стоимость. - М.: Юристъ, 2001. С. 11-23.

Рассмотрение экономического понятия цены выходит за пределы настоящего исследования, однако важно отметить, что в объяснении процессов оценивания и ценообразования современной экономической наукой исходным пунктом определяется «истолкование мотивов поведения участников обмена, производства, потребления, а не абстрактные схемы»¹.

Цена, несомненно, важнейший экономический параметр, выражающий условия товарообмена², а механизм ее формирования имеет важное значение с позиции как частного, так и публичного интереса³.

В *юридических науках* категория «оценка», подобно философским и социологическим учениям, соотносится с понятием «ценность». В этом смысле юриспруденция традиционно с термином «оценка» связывает деятельность, определяемую как толкование права, квалификация действия (например, признать лицо добросовестным векселедателем, титульным владельцем, добросовестным налогоплательщиком и др.), применение права; процессуальные науки особое значение придают оценке судом доказательств.

Гражданско-правовая наука, кроме общеправового смысла, категории «оценка» придает специальный смысл и, подобно экономическим учениям, соотносит ее с тремя понятиями: «ценность», «цена» и «стоимость». Это значение категории «оценка» обусловлено предметом отрасли, отличающимся своим экономическим содержанием⁴.

В юридической литературе цена рассматривается как экономическая и правовая категория⁵. Проблема цены и механизма формирования цены – одна из ведущих и в наши дни в экономической науке⁶. В качестве юридической категории цена выступает условием ряда договоров, базой для формирования налога на добавленную стоимость, акцизов, снабженческо-сбытовых, торговых надбавок, имеет другие значения⁷.

¹ Лушин С.И. Указ. соч. С. 23.

² См.: Давыдова Г.Н. К вопросу об определении цены. // Правовое регулирование деятельности хозяйствующего субъекта: Материалы международной науч.-практ. конференции «Проблемы развития предприятий: теория и практика». 10-12 октября 2002 г. Ч. III. – Самара: Изд. СГЭА, 2002. С. 44.

³ См.: Ершова И.В. Имущество и финансы предприятия. Правовое регулирование: Учебно-практическое пособие. – М.: Юристъ, 1999. С. 149.

⁴ О содержании предмета гражданского права обзор концепций см.: Алексеев С.С. Предмет советского гражданского права и метод гражданско-правового регулирования. // Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. – М.: Статут, 2001. С. 7-8; Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963. С. 9-71; Гонгало Б.М. Предмет гражданского права. // Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. – М.: Статут, 2003. С. 5-21; Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. – Л., 1988. С. 3-8; Развитие советского гражданского права на современном этапе / Малеин Н.С., Паркопченко И.П. и др. // Под. ред. В.П. Мозолина. – М., 1986. С. 26-30; Малеина М.Н. О предмете гражданского права. // Государство и право. 2001. №1. С. 15-31 и др.

⁵ См.: Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В.В. Мартенянова. Т. 2. – М., 1994. С. 247.

⁶ О понятии цены в экономическом смысле см.: Голощапов Н.А. Цена и ценообразование. Словарь-справочник. Обнинск: Викинг, 2000; Ильясов Ф.Н. Теория цены: поиск парадигматических оснований // Вестник Российской академии наук. 1992. №2; Лушин С.И. Указ. соч.; Казанцев С.В. Теоретические модели цен: критический анализ буржуазных концепций. – Новосибирск: Наука, 1987.

⁷ Ершова И.В. Указ. соч. С. 148.

Вопросы определения цены как юридической категории отечественной цивилистической наукой поднимались уже во второй половине XIX века¹, а с 90-х годов XX века в результате известных экономических преобразований стали вновь актуальными². Они попали в поле зрения цивилистов не случайно, само существование гражданского права неразрывно связано с отношениями эквивалентного обмена, экономического оборота, товарного обращения. Постановка проблемы обусловлена пониманием существенных свойств объектов гражданских прав и является предпосылкой установления свободного и равноценного обмена, соответствующего существующим в обществе требованиям разумности и справедливости.

В частности, наличие вознаграждения Д.И. Мейером определяется в качестве условия передвижения прав³. По наиболее распространенной в научной литературе XIX века позиции, существо блага как объекта гражданских прав неразрывно связано с его ценностью, которая может быть объективной (выражается в способности к обмену - меновой ценности) или субъективной⁴ (полезной способности)⁵. В связи с этим оценка товара сводится к «определенному измерению его ценности на деньги», которая может быть «определена или в твердой цифре как известная денежная сумма, или пропорционально количеству товаров»⁶.

Корни этой позиции заимствованы у немецкой цивилистической науки и связаны они с «учением о предоставлении». Предоставлением (*Zuwendung*) называется действие, посредством которого одно лицо создает другому

¹ Н.О. Нерсесов под ценой вещи понимает «эквивалент, уплачиваемый за меновую стоимость». И далее: «Если речь идет о вознаграждении за пользование чужими деньгами, то эквивалент называется процентом, а за пользование услугами, чужим трудом, вознаграждение называется наемной платой или просто вознаграждением» (*Нерсесов Н.О.* Лекции по торговому праву, прочитанные в Московском университете в 1886-1887 г.г. С. 29.)

Г.Ф. Шершеневич цену определяет как «то количественное отношение, в котором находятся различные блага в обмене». Далее поясняет выдвинутое определение: «Ценою данного блага следует признать то количество других благ, которое может быть получено в обмене на него. Так как иметь в памяти это количественное меновое отношение ко всем благам нет никакой возможности, то цена блага определяется в единицах общего эквивалента, то есть в деньгах» (*Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права в 4 томах. Изд. 4-е. Т. 2. Товар и товарные сделки. - СПб.: Бр. Башмаковы, 1908-1912. С. 36).

² О понятии цены в юридическом смысле см.: *Винченко С.И.* Цена как условие гражданско-правового (предпринимательского) договора. Дисс. ... канд. юрид. наук. - Екатеринбург, 1999. С. 21-22; *Ершова И.В.* Имущество и финансы предприятия. Правовое регулирование: Учебно-практическое пособие. - М.: Юрист, 1999. С. 148-149; *Ершова И.В.* Предпринимательское право: Учебник. - М.: Юриспруденция, 2002. С. 336-340; *Давыдова Г.Н.* Указ. соч. С. 44-48. О природе цены в договоре купли-продажи см. обзор позиций: *Серветник А.А.* Цена как существенное условие договора купли-продажи. // Правовые проблемы регулирования экономических отношений: Материалы междунар. науч. конгресса «Проблемы качества экономического роста», 27-28 мая 2004 г. Ч. 4 / Отв. ред.: *А.Е. Пилецкий.* - Самара: Изд. СГЭА, 2004. С. 263-266.

³ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2-х ч.) / По исправленному и дополненному 8-му изд. - М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. Ч. 1. С. 178-179.

⁴ При несомненной правоте такого подхода, вместе с тем, надо признать недооценку полезности блага. О субъективной полезности как основе ценности хозяйственных благ было заявлено уже на рубеже XIX - XX веков. Как полагал Бем-Баверк: «Цена от начала до конца является результатом субъективных ценностей». (*Бем-Баверк Е.* Основы теории ценности хозяйственных благ. - С.-Пб., 1903. С. 146).

⁵ Подробнее об этих точках зрения см., напр.: *Мейер Д.И.* Указ. соч. Ч. 1. С. 125-126, 139-140, 178-179, Ч. 2. С. 232-233; *Нерсесов Н.О.* Указ. соч. С. 28-29, 281-183; *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 35-38, 146-147.

⁶ *Нерсесов Н.О.* Указ. соч. С. 281-283.

имущественную выгоду¹. Предоставления совершаются для того, «чтобы с помощью их вызвать к жизни другой правовой результат»²; «они в большинстве случаев возмездны, создают известную выгоду за вознаграждение, т.е. предшествующее, одновременное или последующее удовлетворение, которое должно по воле сторон составить эквивалент предоставления»³.

Современная немецкая наука существенные свойства предмета сделки по-прежнему связывает с его ценностью⁴, и оспоримой признается сделка вследствие заблуждения в тех свойствах вещи или лица, которые в обороте признаются существенными (§119 Германского гражданского уложения).

Интерпретировалась в отечественной юридической литературе XIX века концепция, свойственная римскому праву и указывающая на соблюдение трех условий при установлении цены или размера встречного предоставления⁵:

цена должна быть определенная, *pretium certum*;

цена должна быть истинная, *pretium verum*;

цена должна быть справедливая, *pretium justum*⁶.

Под условием *pretium certum* понимается необходимость установления точно определенного эквивалента к предмету обязательств, что вытекает из классической формулы: «*Nulla emptio sine pretio esse potest*» - не может быть продажи без цены. Под сомнение комментаторами римского права поставлен вопрос о том, считается ли содержание обязательства определенным, если размер предоставления указан опосредованно (*per relationem*).

Римским правом общепризнанным было, что цена не может быть поставлена в зависимость от усмотрения покупателя: *quanti velis* (сколько пожелаешь), *quanti aequum putaveris* (сколько признаешь справедливым) и т.п. Но определить цену путем ссылки на заключение третьего следующего лица (*quanti Titius rem aestimaverit*, во сколько оценит вещь Тиций) юристы прокульярской школы признавали допустимым⁷.

Требование определенной цены и способ определения цены третьим лицом известны современному французскому праву. Цена может быть предоставлена определению третьего лица, если третье лицо не хочет или не сможет произвести оценку, то продажа считается несостоявшейся (ст. 1591-1592 Французского гражданского кодекса).

¹ См.: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. - М., 1940. С. 74.

² *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. / Пер. *Д.М. Генкина*. Т. 1. П/т. 2. - М.: Изд. иностр. лит., 1949. С. 125.

³ Там же. С. 123.

⁴ См., напр.: *Шанн Ян.* Основы гражданского права Германии (перевод К. Арсланова). - М., 1996. С. 194-195. На ценность как неотъемлемое свойство объекта прав указывается Л. Эннекцерусом, понятие «ценность» им определяется как «степень пригодности какого-либо предмета, выраженная в деньгах» (*Эннекцерус Л.* Указ. соч. Т. 1. П/т. 2. С. 68).

⁵ Подробнее об этом см.: *Залавская О.М.* Вопросы определения ценности имущества. / Труды Оренбургского института Московской государственной юридической академии (выпуск второй). - Оренбург: Изд. центр ОГАУ, 2001. С. 159-173.

⁶ См.: *Мейер Д.И.* Указ. соч. С. 232-233.

⁷ См.: *Новицкий И.Б.* Римское частное право. - М.: Юристъ, 1996. С. 427-428.

Условие *pretium verum*, как требование истинной цены, подразумевает существование действительного эквивалента, а не простой видимости. Оно неразрывно связано с третьим условием: *pretium justum*. Римским правом выдвинуто разумное положение, что не только должен существовать определенный и действительный эквивалент, но и ценность эквивалента должна более или менее подходить к ценности продаваемого предмета. При этом оно исходит из того, что при заключении купли-продажи контрагентам чужды порывы щедрости, великодушия. Для обмена требуется, чтобы встречные действия сторон по значению своему были равны, следовательно, чтобы ценность эквивалента равна была ценности продаваемого предмета¹.

Однако твердое следование *pretium verum* и *pretium justum* ограничивает частную автономию извне², а потому немецкой цивилистической наукой правило скорректировано: «Не требуется, чтобы эквивалент был – объективно или по мнению сторон – равен предоставляемой выгоде; достаточно, чтобы он по воле сторон выравнивал предоставление»³.

Все же явное несоответствие обещанных имущественных выгод производимому исполнению является, на основании §138 Германского гражданского уложения, предпосылкой признания сделки противонаправственной⁴. Согласно этой норме «ничтожна в особенности сделка, по которой одно лицо, пользуясь стесненным положением, неопытностью, недостатком в возможности правильно оценить ситуацию или существенным слабостью другого, взамен каких-либо услуг со своей стороны заставляет его пообещать или предоставить себе или третьему лицу имущественную выгоду, размеры которой настолько превосходят ценность услуг, которая является несоразмерной оказанным услугам». Вопрос о том, когда имеет место явное несоответствие обещанных имущественных выгод производимому исполнению, признается достаточно сложным; например, при займе это будет примерно двойной размер рыночного процента⁵.

Правовые особенности формирования рыночной цены и определения размера встречного предоставления соотносимы с понятием «рыночная стоимость». Юридический смысл ее определен в современном российском законодательстве. В статье 3 Федерального закона от 29 июля 1998 г. №135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»⁶ (статья в ред. Федерального закона от 14.11.2002 г. №143-ФЗ) под ней понимается наиболее вероятная цена, по которой данный объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях конкуренции, когда стороны сделки

¹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. Часть 2. С. 233.

² Д.И. Мейер следующим образом формулирует возражения: «Наше юридическое воззрение хотя и требует *pretium verum*, но не требует *pretium justum*; у нас берет перевес соглашение: предмет имеет ту цену, какую приписывают ему контрагенты» (Мейер Д.И. Указ. соч. Часть 2. С. 233).

³ Эннекцерус Л. Указ. соч. Т. 1. П/т. 2. С. 124.

⁴ См.: Шапн Ян. Указ. соч. С. 231-234.

⁵ Там же. С. 231-232.

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. №31. Ст. 3813; 2002. №4. Ст. 251; 2002. №12. Ст. 1093; 2002. №46. Ст. 4537; 2003. №2. Ст. 167; 2003. №9. Ст. 805; 2004. № 35. Ст. 3607.

действуют разумно, располагая всей необходимой информацией, а на величине цены сделки не отражаются какие-либо чрезвычайные обстоятельства, то есть когда:

- одна из сторон сделки не обязана отчуждать объект оценки, а другая сторона не обязана принимать исполнение;
- стороны сделки хорошо осведомлены о предмете сделки и действуют в своих интересах;
- объект оценки представлен на открытом рынке посредством публичной оферты, типичной для аналогичных объектов оценки;
- цена сделки представляет собой разумное вознаграждение за объект оценки и принуждения к совершению сделки в отношении сторон сделки с чьей-либо стороны не было;
- платеж за объект оценки выражен в денежной форме.

Современные способы формирования рыночных цен позволяют выделить две модели оценивания. Согласно первой, потенциальные правопреемники и правопродшественники самостоятельно определяют стоимость передаваемых благ или размер встречного предоставления. По второй модели предполагается обращение к мнению третьего лица.

В первой модели действию одного субъекта, направленному на установление размера встречного предоставления, противостоит действие другого, пытающегося определить ценность приобретаемого блага. Так, частный интерес продавца состоит в том, чтобы обменять принадлежащий ему товар на соответствующую сумму денег. А покупатель заинтересован в приобретении за деньги нужной ему полезной вещи. Таким образом, в экономическом смысле взаимообусловленные встречные позиции сдерживаются спросом с одной стороны, и предложением – с другой. Оба контрагента (лат. *contrahentis* – договаривающийся) тем самым следят, чтобы товарно-денежный обмен был бы эквивалентным по стоимости.

Понимание рассматриваемой модели оценивания в юридическом смысле в наибольшей степени соотносится с немецким «учением о предоставлении». Известно, что предоставления совершаются не ради них самих, но для того, чтобы с их помощью вызвать к жизни другой правовой результат. Необходимо подчеркнуть, что принцип формального равенства субъектов гражданского правовотношения, как один из классических частноправовых принципов, не допускает определения содержания встречного предоставления по произвольному усмотрению одного из них. Субъективное притязание одного сдерживается мнением другого, что и позволяет для обоих субъектов прийти к объективному результату. Соблюдение условия о совершении действий обеими сторонами свободно и разумно обеспечивается масштабом частной автономии.

Сущность второй модели оценивания сводится к предложению довериться мнению третьего лица.

В связи с этим обратимся к известному римскому аналогу определения цены посредством *arbitrium boni viri* – обращение к суждению третьего лица,

чья справедливость не вызывает сомнения¹. Характеристика *vir bonus* (добрый муж) выражает некую идеальную модель нормативного поведения лица, способного обеспечить объективность решения. Ему противопоставляется *arbitrium meum* – произвольное субъективное суждение, потому и недопустимое. В противном случае имеет место суждение самих сторон или опосредованное мнение одного из них. Справедливость, не вызывающая сомнения в объективности, таким образом, и является тем самым критерием, благодаря которому вызывается доверие как у сторон, так и у иных лиц к мнению арбитра, его оценке.

Проявление двух моделей оценивания можно наблюдать в современном правовом регулировании.

Общедозволительный тип правового регулирования находит свое отражение в ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации². Согласно п. 1 этой статьи, исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон, в предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами³.

В отечественной практике хозяйственной деятельности широкое распространение получила так называемая внутривладельческая оценка; она осуществляется самими субъектами, ведущими предпринимательскую деятельность в отношении принадлежащего имущества и иных объектов гражданских прав⁴. В ст. 40 Налогового кодекса Российской Федерации⁵ определены пределы свободного усмотрения сторон при внутривладельческой оценке посредством формулирования принципов определения цены товаров, работ или услуг для целей налогообложения. Общее правило определения цены состоит в принятии для целей налогообложения той цены, которая указана сторонами⁶. Данной статьей установлена презумпция соответствия договорной цены уровню рыночных цен и предусмотрены основания и порядок опровержения налоговым органом этой презумпции⁷.

¹ См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. Учеб. для вузов / Под ред. *В.С. Нерсесянца*. - М., 1997. С. 439-440, 513.

² Далее – ГК РФ.

³ О практике применения ст. 421, 424 ГК РФ см.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением Части Первой Гражданского Кодекса Российской Федерации». // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1996. №9; 1997. №5; Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 5 мая 1997 г. №14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров» // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. 1997. №7.

⁴ См.: *Ершова И.В.* Правовые основы оценочной деятельности // Актуальные вопросы правоведения. 2003. №1-2. С. 197.

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. №31. Ст. 3828.

⁶ См.: *Эрделевский А.М.* Комментарий к части первой Налогового кодекса Российской Федерации (постатейный). - М.: Юрист, 1999. С. 82-83.

⁷ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №41, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №9 от 11 июня 1999 г. «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части Первой Налогового кодекса Российской Федерации. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. №8.

Поскольку использование этой модели оценивания не ограничивается субъектами предпринимательской деятельности, а распространяется и на других участников гражданского оборота, предлагается под этой моделью оценивания понимать более широкое по содержанию понятие - *внутренняя оценка*.

Анализ сущности термина «оценка» как категории общественных наук позволяет выделить ее существенные признаки. Прежде всего, что оценка – это совокупность действий интеллектуального характера, направленных на объект. Таким образом, оценка – это, во-первых, деятельность как комплекс целенаправленных действий. Во-вторых, деятельность мыслительная, интеллектуальная. В-третьих, деятельность, направленная на «освоение» объекта, познание и фиксацию его существенных свойств.

Полученные результаты исследования позволяют согласиться с суждением С.В. Михайлова, что трактовка научной категории – это понимание ее существенных признаков, проявляющихся постоянно вне зависимости от аспектов рассмотрения. Под аспектом рассмотрения предлагается понимать значение той или иной категории для предмета, метода и основных целей научных дисциплин. При этом элементы (признаки) общенаучной категории по-разному взаимодействуют с категориальными аппаратами отдельных наук¹.

Все рассмотренные свойства оценки могут быть в полной мере применимы к категории «оценка» в общеюридическом смысле, а также в специальном смысле, отражающем существо независимой оценки.

Итак, категория «оценка» исследуется разными науками, но, в отличие от других общественных наук, в правоведении понятие оценка не имеет своего четкого содержания.

Особое значение общественные науки придают целям и объектам оценки. Так, если понимание категории оценка в *общеюридическом смысле* связывается с определенной *квалификацией исследуемого явления*, то в *специально-правовом смысле (обусловленном целями, предметом и методами цивилистической науки)* оценка направлена на понимание существенных свойств объектов имущественного оборота и связана с отношениями эквивалентного обмена. Ее проведение и является предпосылкой свободного и равноценного обмена, соответствующего существующим в обществе требованиям разумности и справедливости.

О практике применения ст. 40 Налогового кодекса Российской Федерации см.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17 марта 2003 г. №71 «Обзор практики разрешения арбитражными судами дел, связанных с применением отдельных положений части Первой Налогового Кодекса Российской Федерации». // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2003. №5.

¹ Михайлов С.В. Указ. соч. С. 24.

МЕСТО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ДОГОВОРА В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Ковалев М.В. – ст. преподаватель гражданского права и процесса, к.ю.н.

При формировании гражданско-правовых договоров законодатель исходит из двух основных критериев - правовая цель и экономическая сфера. Так, например, договор поставки, с одной стороны, направлен на передачу имущества в собственность, а с другой - применяется в предпринимательской деятельности.

В этих условиях необходимо установить, в какие институты объединяются отдельные договоры. Следует ли выдвинуть на передний план один критерий и тогда основывать на нем всю группировку соответствующего материала? Так, признавая наиболее важным критерий правовой цели, нужно будет объединить договор поставки с договорами продажи недвижимости, энергоснабжения и другими под эгидой договора купли-продажи и, следовательно, отделить его от договоров финансовой аренды, коммерческой концессии и прочих. И, наоборот, придавая особое значение экономической сфере, договор поставки нужно рассматривать в единстве с договорами финансовой аренды, коммерческой концессии и так далее, а значит, отдельно от других видов договора купли-продажи. Возможно, более правильным будет признать оба критерия равноправными. В этом случае придется допустить факт сосуществования двух систем правовых институтов. Одну формируют выражающие специфику правовой цели договоры купли-продажи, аренды, подряда и другие. В другой располагаются выделенные сообразно особенностям экономической сферы предпринимательские и потребительские договоры, а также государственные контракты. Для выяснения этого вопроса применительно к целям настоящего исследования необходимо установить, как соотносится предпринимательский договор с другими институтами в гражданском праве.

В российской дореволюционной юридической науке не ставился вопрос о соотношении договора, заключаемого в ходе осуществления профессиональной экономической деятельности, с другими гражданско-правовыми договорами. При освещении этого феномена большинство авторов ограничивалось утверждением о том, что он является разновидностью гражданско-правовой сделки. Хорошей иллюстрацией сказанному может служить рассмотрение соответствующего вопроса Д.И. Мейером. Он писал: «...некоторые договоры предполагают участие лиц известного класса. Договоры, относящиеся к торговому быту, предполагают лиц, принадлежащих к торговому классу. Так, договоры торгового товарищества, торговой доверенности и другие требуют, чтобы участники их принадлежали к числу лиц, занимающихся профессионально торговлей. Точно также договор найма на сельские работы или на фабриках

предполагает: первый, что один из контрагентов - владелец имени, второй - что он владелец фабрики...»¹.

Прямую противоположность этому положению вещей представляет собой отечественная юридическая наука послереволюционного периода. С самого начала формирования в советском законодательстве хозяйственного договора соответствующий вопрос привлекал пристальное внимание ученых.

В советской литературе господствовало представление о том, что хозяйственный договор - это юридический институт, регулирующий определенную группу общественных отношений. Разделяло это понимание и большинство цивилистов. Вместе с тем, Д.М. Генкиным было высказано мнение, что подобная группировка лишена каких-либо объективных свойств, впрочем, не получившее убедительного обоснования². Критикуя эти взгляды, В.Н. Можейко справедливо указывал: «...Все договоры, входящие в понятие хозяйственного договора, объединены в нем не случайно, а по определенным правовым признакам, дающим все основания считать хозяйственный договор самостоятельным юридическим институтом»³.

Между тем, теоретическим фундаментом для такого подхода могла послужить единая система гражданско-правовых договоров, разработанная М.В. Гордоном. Он указывал: «Характер договора зависит не от сферы его применения, а от правовой цели, которую стремятся достичь стороны. Правовая цель является средством достижения экономической задачи способами установления того или иного правоотношения». Заложив в основание своей классификационной системы этот признак, М.В. Гордон объединял в одной группе договор купли-продажи и «приводящий к аналогичному результату договор поставки, а также договор мены». Другую группу, на его взгляд, составляют договор дарения и договор безвозмездного пользования имуществом. В еще одну группу, считал автор, «следует отнести как простой заем, так и все сложные отношения по кредитным операциям между социалистическими организациями, как-то договоры об открытии текущего счета, договор о предоставлении кредита и об открытии ссудного счета» и так далее⁴.

Очевидно, что в рамках приведенной классификации невозможно было образовать понятие хозяйственного договора. Поэтому ученым, его признававшим, пришлось разработать другую.

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. - М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. С. 160.

² Генкин Д.М. отмечал: «...Понятие хозяйственного договора, заключаемого социалистическими организациями, охватывая самые разнообразные виды договоров, само не является особым видом договора, а представляет собой организационно-экономическое понятие, определяющее лишь некоторые общие предпосылки и условия заключения и исполнения различных по своей юридической природе договоров» (См.: Гражданское право стран народной демократии / Под ред. Д.М. Генкина. - М.: Внешторгиздат, 1958. С. 39).

³ Можейко В.Н. Хозяйственный договор в СССР. - М.: Госюриздат, 1962. С. 12-13. С критикой этой точки зрения выступили и другие авторы (См., например: Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. - Минск: «Наука и техника», 1967. С. 259; Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 2. - М.: Юридическая литература, 1978. С. 106-107).

⁴ Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве. // Ученые записки Харьковского юридического института. - Вып. 5. 1954. С. 85.

Одна из первых таких попыток была предпринята М.И. Брагинским. Он предложил разделить гражданско-правовые договоры на хозяйственные и нехозяйственные. Вслед за этим, по мнению автора, внутри каждой группы целесообразно выделить договоры, по которым совершается передача вещей, и договоры, по которым оказываются услуги. На следующей ступени образуются договоры, направленные на переход права собственности (оперативного управления), договоры, направленные на переход права пользования, договоры по производству работ и договоры на оказание услуг (в узком смысле)¹.

Неизбежным следствием предложенной классификации являлось расчленение сходных экономических отношений. Так, договор купли-продажи помещался в группу нехозяйственных договоров, а договор поставки оказывался в числе хозяйственных. Однако этой общностью можно пожертвовать, развивал те же взгляды Н.Д. Егоров, потому что «взаимная неприменимость правил о купле-продаже и правил о поставках исключает сколь-нибудь заметный правовой эффект от объединения их в одном и том же правовом институте»².

Далеко не все авторы соглашались с этим предложением. Отвергая же его, нельзя было сохранить и рассмотренную систему в целом. В этих условиях определенные надежды возлагались на конструкцию О.А. Красавчикова. Он вначале провел разделение обязательств на четыре группы: обязательства, направленные на передачу имущества; обязательства, направленные на выполнение работ; обязательства, направленные на оказание услуг, и обязательства, направленные на передачу денег;³ а затем внутри каждой группы выделил обязательства между гражданами или с их участием и обязательства между социалистическими организациями⁴.

Построение О.А. Красавчикова воссоединяло хозяйственный и нехозяйственный договоры. Но это достигалось за счет раздробления каждого из них. Выходит, что существует множество хозяйственных и нехозяйственных договоров, но не существует единых хозяйственного и нехозяйственного договора. Следовало устранить возникшую неувязку. По этому пути и пошел В.Ф. Попондопуло, предложивший в общей части обязательственного права выделить особенные положения, отражающие специфику общих правил для обязательств, опосредованных планом⁵.

Представленная таким образом конструкция вызывала возражения. Бросалась в глаза несогласованность отдельных ее частей. В единой классификационной системе на одном и том же уровне проводилось

¹ Брагинский М.И. Указ. соч. С. 34-35.

² Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. - Л.: Издательство Ленинградского университета, 1988. С. 100.

³ Красавчиков О.А. Вопросы системы особенной части ГК РСФСР // Вопросы кодификации советского законодательства. Свердловск: УрГУ, 1957. С. 127.

⁴ Красавчиков О.А. Система отдельных видов обязательств. // Советская юстиция. 1960. №5. С. 43.

⁵ Попондопуло В.Ф. Об объективных границах, правовых формах и критериях классификации обязательств. // Проблемы гражданского права: Сборник статей / Под ред. Ю.К. Толстого, А.К. Юрченко, Н.Д. Егорова. - Л.: Издательство Ленинградского университета, 1987. С. 124.

разделение обязательств по различным основаниям, а значит, происходило наложение одной классификационной системы на другую.

Изложенные концепции, все до одной, основывались на представлении о фатальной неизбежности выбора какой-либо одной системы для классификации договоров. Но почему же их не может быть несколько? С постановки этого вопроса начался новый этап в разработке обсуждаемой проблемы. Вначале, впрочем, она получила довольно простое решение.

В юридической литературе, указывал В.Н. Можейко, под видами договора подразумеваются договоры, объединяемые друг с другом по самым разнообразным признакам: двусторонние и односторонние; возмездные и безвозмездные; консенсуальные и реальные и так далее. По содержанию прав и обязанностей сторон, по характеру действий, которые стороны должны осуществить, различаются договоры купли-продажи, подряда, займа и так далее. Договоры, разделенные по этим признакам, тоже называют видами договора. Возможно деление договора на виды также и в зависимости от сторон их заключивших: договоры между социалистическими организациями и договоры с участием граждан. Все эти группы договоров, как и виды их, считал автор, можно рассматривать в качестве самостоятельных юридических институтов. Конечно, между этими группами и институтом хозяйственного договора нельзя проводить полной аналогии. Однако в них есть и общее: каждая из названных групп включает в себя различные виды договоров, объединяемых по определенным признакам и особенностям, которые и определяют понятие данной группы. Объединение нескольких видов договоров в один юридический институт отнюдь не противопоказано и не лишает этот институт его правового характера. Таким же примерно образом, приходил к выводу В.Н. Можейко, отдельные виды договора объединяются в понятие хозяйственного договора, и это не дает никаких оснований для отрицания правового содержания анализируемого понятия¹.

Это представление выгодно отличалось от предыдущих тем, что давало очень ясную и полную картину сложного переплетения разнообразных связей, существующих между отдельными договорами. Но насколько оно было реалистично? Мыслимо ли, в принципе, объективное сосуществование нескольких классификационных систем?

По отношению к этому вопросу мнения ученых разделились. О.С. Иоффе полагал, что «система права как явление объективное делится на отрасли только в одной плоскости, а не в нескольких разных плоскостях»². Сказанное в равной степени относилось и к менее объемным образованиям, входящим в систему права, какими являются юридические институты³. Отсюда неумолимо следовало, что именно «внутри единой типологической системы наряду с типовой дифференциацией происходит групповая интеграция тех договорных обязательств, которые вследствие своей

¹ Можейко В.Н. Указ. соч. С. 12-13.

² Иоффе О.С. Понятие и система хозяйственного законодательства // Систематизация хозяйственного законодательства / Под ред. С.Н. Братуся. – М.: Юридическая литература, 1971. С. 55-56.

³ Там же. С. 56.

хозяйственной направленности нуждаются в специфическом нормировании и адекватном ему понятийном обособлении под названием «хозяйственный договор»¹.

По-другому подошел к решению этого вопроса на уровне юридического института С.С. Алексеев. На его взгляд, в советском обязательственном праве происходило два неотделимых друг от друга процесса: специализация его институтов и их интеграция. Специализация институтов обязательственного права выражалась в образовании, с одной стороны, институтов, регулирующих отношения в области социалистического хозяйства, а с другой - в появлении институтов, опосредствующих отношения в области удовлетворения социалистическими организациями личных потребностей граждан. Причины этого процесса, по мнению автора, состояли в существовании различия между названными сферами. Для первой группы отношений было характерно централизованное государственное регулирование, планирование, единство материальных фондов и так далее. Отличительными признаками второй являлись частичное удовлетворение потребностей из общественных фондов, направленность на всемерное удовлетворение потребностей граждан. Дифференциация правового регулирования обязательственных отношений, указывал автор, вызывала необходимость встречного процесса - интеграции нормативного материала. В соответствии с этим в обязательственном праве начинали формироваться генеральные институты. Генеральные институты выражали в определенной юридической конструкции действие главного системообразующего фактора - особенности построения товарных имущественных отношений. На основании вышеизложенного С.С. Алексеев приходил к выводу о том, что обязательственное право представляет собой сложное образование, состоящее из нескольких параллельных систем. В рамках одной системы различались такие генеральные институты, как договор купли-продажи, подряда и так далее. В другой - выделялись хозяйственный договор, объединяющий договор поставки, подряд на капитальное строительство и так далее, договор на обслуживание граждан, охватывающий такие договорные отношения, как, например, договор розничной купли-продажи, договор бытового заказа. Причем, уточнял свою мысль автор, юридические нормы, регулирующие подрядные отношения по капитальному строительству, например, должны быть квалифицированы одновременно в качестве подрядных норм, т.е. соответствующей конструкции генерального института подряда, и в качестве норм хозяйственного договора, и эти две юридические конструкции не исключают одна другую, а, напротив, дополняют друг друга, являются параллельными².

После бурных дебатов о месте хозяйственного договора в системе гражданско-правовых договоров интерес к этому вопросу в отечественной литературе заметно ослабевает. В условиях перехода от централизованной к

¹ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 2. – М.: Юридическая литература, 1978. С. 107.

² Алексеев С.С. Структура советского права – М.: Юридическая литература, 1975. С. 146 и сл.

рыночной экономике вполне естественно, что «отпадают нормы, касающиеся так называемых «плановых» обязательств»¹. Соответственно этому, «стирается грань между обязательствами, которые ранее выделялись на базе различных экономических законов (что предопределяло наиболее существенные различия в характере их правового регулирования) – общегражданские обязательства, хозяйственные, обязательства по обслуживанию граждан»².

Но означает ли сказанное, что в современном гражданском праве не образованы правовые институты, которые объединяют отдельные договоры в единое целое в связи с особым характером экономической деятельности, осуществляемой их участниками? По отношению к этому вопросу мнения разделились.

Как полагают одни авторы, если «раньше мы разделяли договоры на три группы. Первая - хозяйственные договоры. Вторая - потребительские (...). Третья - договоры между самими гражданами», то сейчас дело обстоит следующим образом: «...Дифференциация должна быть сохранена, но ее следует произвести по другим группам договоров. В условиях рыночной экономики мы можем говорить о договорах предпринимательских - между предпринимателям, о договорах с участием гражданина-потребителя - потребительские договоры, и, наконец, группа так называемых правительственных договоров, заключаемых на базе государственной собственности или государственных средств»³. Другие авторы, напротив, считают, что в новых экономических реалиях «меняется и система обязательств. Отдельные виды плановых (равно как предпринимательских) договоров исчезают. Предпринимательские отношения могут обуславливать специфику, разновидности внутри основных типов обязательств, но не образовывать новые их типы»⁴.

Высказываясь в поддержку той или другой точки зрения, большинство цивилистов не обосновывает сделанный выбор с теоретических позиций. Те же, кто ставит перед собой эту задачу, в своих решениях опираются на конструкции, разработанные ранее в советской литературе.

По мнению М.И. Брагинского, в современном гражданском праве сформированы предпринимательские договоры. В то же время, на его взгляд,

¹ Дозорцев В.А. Проблемы совершенствования гражданского права Российской Федерации при переходе к рыночной экономике. // Государство и право, 1994. №1. С. 32.

² Кабалкин А.Ю. Услуги в системе отношений, регулируемых гражданским правом. // Государство и право. 1994. №8-9. С. 85.

³ Яковлев В.Ф. Новое в договорном праве. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1994. №7. С. 126. В поддержку этого взгляда выступают также и другие авторы (См., например: Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства: Дисс. ... док. юрид. наук. - Л., 1994. С. 237; Ровный В.В. Гражданско-правовая природа предпринимательства. - Иркутск: Издательство Иркутского университета, 1996. С. 72-73).

⁴ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 32. Эта точка зрения высказывается также В. Андреевым (См. Андреев В. Договоры в предпринимательской деятельности. // Российская юстиция. 1995. №4. С. 12). Еще более категоричен В.С. Белых. На его взгляд, «предпринимательский договор - это не договорный тип, а также не разновидность гражданско-правового договора в контексте ГК РФ» (См.: Предпринимательский договор: понятие, виды и сфера применения. // Цивилистические исследования. Выпуск первый: Сборник научных трудов памяти профессора И.В. Федорова / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. - М.: «Статут», 2004. С. 125).

отсутствуют основания выделять предпринимательский договор как единое правовое явление. К соответствующему выводу автор приходит следующим путем.

Прежде всего, М.И. Брагинский устанавливает существование особенностей в гражданско-правовом регулировании предпринимательских договоров. Подвергнув рассмотрению обширный законодательный материал, он отмечает, что «совокупность норм, регулирующих определенный тип (вид) договоров, может устанавливать неодинаковый правовой режим, в зависимости от того, кто выступает в роли стороны (сторон)... В подтверждение достаточно сослаться только на те главы Кодекса, которые посвящены отдельным видам договоров. Эти главы (...) насчитывают 610 статей. Если выделить в них главы и отдельные параграфы, из характера которых вытекает, что они рассчитаны целиком на предпринимателей, то на их долю придется 262 статьи... К этим цифрам можно добавить... статьи, в которых специально подчеркнуто, что они распространяются на отношения, складывающиеся в области предпринимательской деятельности»¹.

Затем соответствующие особенности получают политико-правовую оценку. Во-первых, М.И. Брагинский указывает на «специальные нормы, которые представляют собой исключение из правил, установленных в интересах предпринимателя», в частности, «положения п. 3 ст. 809 ГК, которые устанавливают для займодавцев-предпринимателей более выгодную презумпцию в отношении возможности взыскания процентов», благоприятствующие для предпринимателей случаи ограничения принципа свободы договора, «например, в договоре розничной купли-продажи именно они должны выступать на стороне продавца, в договоре бытового подряда - на стороне подрядчика, в договоре поставки или коммерческой концессии - на обеих сторонах»². Однако существуют исключения и прямо противоположного свойства, когда для того, чтобы гарантировать интересы его контрагента, права предпринимателя ограничиваются: «Для защиты интересов контрагента присоединившейся стороны... в случаях, когда в роли присоединившегося выступает предприниматель... нужно... установить еще одно обстоятельство: присоединившийся предприниматель должен доказать, что он не знал и не должен был знать, на каких условиях заключает договор»; «Режим публичных договоров является исключением из того общего, который опирается на «принцип свободы договоров». Указанное исключение представляет собой один из случаев действия публичного начала в гражданском праве. Режим «публичных договоров» прямо противоположен режиму «свободы договоров», наиболее полно выражающему частноправовые начала, составляющие основу гражданского права... В данном случае на первый план выступает... цель защиты слабой стороны»³.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Изд-во «Статут», 1997. С. 92, 99.

² Там же. С. 95, 95-96, 128.

³ Там же. С. 197-198, 212.

После всех этих достаточно убедительных рассуждений, направленных на установление общих основ правового регулирования предпринимательского договора, достаточно неожиданно звучит признание: «...ГК исключает возможность выделения в отдельную группу предпринимательских договоров, подобно тому, как было сделано раньше в отношении хозяйственных договоров». И хотя «это не исключает то, что... указанный признак - заключение договоров, обслуживающих предпринимательскую деятельность, - учитывается нередко при формировании соответствующих договорных моделей», тем не менее, как считает М.И. Брагинский, «это всегда только в пределах общей классификации гражданско-правовых договоров и присущих им моделей»¹.

На наш взгляд, с этим выводом нельзя согласиться. Существование предпринимательского договора как единого правового феномена действительно исключается, если отсутствуют специальные, отличные от общегражданских, правила, рассчитанные на все договоры, связанные с предпринимательской деятельностью. В тех же случаях, когда эти правила устанавливаются, очевидно и существование охватываемого ими правового явления.

Однако вызывает возражение и подход А.Е. Шерстобитова, который проводит разделение всех гражданско-правовых договоров по единому основанию - особенностям субъектного состава.

Как считает А.Е. Шерстобитов, в современном гражданском праве сложилось три правовых института, объединяющих отдельные виды договора - договор в сфере коммерческого оборота, договор на обслуживание граждан и общегражданский договор. При этом речь здесь совсем не идет о каком-либо удвоении структуры в гражданско-правовом регулировании общественных отношений. Напротив, каждое из них охватывает совершенно самостоятельные правовые явления. А значит, между договорами поставки, розничной купли-продажи и купли-продажи, например, нет таких общих черт, которые способствовали бы созданию в отношении них единого правового режима. Опираясь на это положение, автор высказывается в пользу «выделения в кодифицированном гражданском законодательстве особого подразделения, посвященного договору в сфере коммерческого оборота и договору на обслуживание граждан»².

С этим трудно согласиться, поскольку, как справедливо отмечается в литературе, «для однородных отношений, независимо от состава их участников, должен быть создан одинаковый правовой режим»³, что и находит реализацию в ГК РФ, где специальные правила об особенностях регулирования отношений с участием предпринимателей размещаются в «органической связи с остальными общими правилами, определяющими

¹ Там же. С. 323.

² Шерстобитов А.Е. Гражданско-правовая охрана прав потребителей: Дис. ... док. юр. наук. - М., 1992. С. 163 и сл.

³ Маковский А.Л. О концепции первой части Гражданского кодекса. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. №4. С. 85.

сущность данного отношения (института)»¹. Но, кроме этого, точка зрения А.Е. Шерстобитова игнорирует и необходимость установления в целом ряде случаев общего правового регулирования договоров, связанных с предпринимательской деятельностью независимо от сферы осуществления последней².

Как представляется, при решении вопроса о месте предпринимательского договора в системе гражданско-правовых договоров необходимо исходить из следующего.

Объективно существует лишь одна система гражданско-правовых договоров. Но какая?

В литературе не достигнуто единства мнений на этот счет. Одни авторы распределяют гражданско-правовые договоры по группам в зависимости от тех юридических последствий, к которым стремятся стороны. Построения других основываются на различных комбинациях юридических и экономических признаков. Третьим импонирует многоступенчатая классификация. Пожалуй, единственное, в чем сходится большинство цивилистов, так это в понимании относительности любой из предложенных систем.

«Говоря о системе гражданского оборота в ГК, - отмечал еще в 1957 г. О.А. Красавчиков, - нельзя не обратить внимание на то, что вопросы системы обязательственного права и особенно вопросы системы отдельных видов обязательств в нашей литературе оказались наименее разработанными. Собственно, само наименование этого раздела в науке - «отдельные виды обязательств» - во многом говорит само за себя. Оно, в частности, говорит о том, что не избран единый классификационный признак, опираясь на который можно было бы отдельные разрозненные обязательства распределить по определенным группам соответственно их содержанию»³.

Через двадцать с небольшим лет после этого, в 1978 г., то же самое пришлось констатировать уже О.И. Иоффе: «Не построена... какая-либо классификационная система, которая встретила бы всеобщее признание. Ее разработка остается поэтому одной из актуальных задач, еще ожидающих своего разрешения»⁴.

Прошло еще около двадцати лет, но положение дел так и не изменилось. «В предисловии к тому курсу советского гражданского права «Отдельные виды обязательств», изданному в 1954 г., где анализируется множество договоров, - указывает А.Ю. Кабалкин, - отмечено, что в цивилистической науке еще не выработано общепризнанно установившейся систематизации различных видов договорных обязательств. Этот вывод сохраняется, к сожалению, свое значение и поныне»⁵.

¹ Рахмилович В.А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса. // Государство и право. 1996. №4. С. 120.

² По этому вопросу см., например: Попондопуло В.Ф. Указ. соч. С. 236 и сл.

³ Красавчиков О.А. Система отдельных видов обязательств. // Советская юстиция. 1960. №5. С. 43.

⁴ Иоффе О.С. Понятие и система хозяйственного законодательства. // Систематизация хозяйственного законодательства / Под ред. С.Н. Братуся. - М.: Юридическая литература, 1971. С. 85.

⁵ Кабалкин А.Ю. Указ. соч. С. 32.

Но не следует думать, что такая ситуация является уникальной и характерна только для юридической науки. Схожую картину можно застать и в других отраслях человеческого знания. Показательным в этой связи является положение дел в социологии. По признанию С.Э. Крапивенского, «несмотря на то, что структуры систем различаются между собой не только количественно, но и принципиально, качественно», здесь «до сих пор отсутствует сколь-нибудь стройная, а тем более завершенная типология систем по этому признаку»¹.

Все это наводит на определенные размышления. Очевидно, в этих случаях проявляется действие какого-то общего принципа человеческого познания. Поэтому необходимо обратиться к исследованиям в области общей методологии.

В соответствующей литературе отмечается: «Любая целостная совокупность материальных образований... имеет **одну и только одну** сколь угодно сложную, сколь угодно глубоко познанную, но единственную структуру... Но только специальный взгляд на этот объект, связанный, с одной стороны, с необходимостью понимания конкретного проявления, конкретного выделения какого-либо эффекта, порождаемого этой целостностью... а, с другой стороны, совокупность знания и мера познания... позволяет... выделить из всего комплекса отношений только **ту часть**, только **то подмножество** этих отношений, которое и только которое может отразить адекватную картину совокупности причин, действительно образующих рассматриваемый эффект. Это и будет структурой системы, той системы отношений тех элементов, на которые специально акцентируется внимание субъекта и которое, на его взгляд, достаточно объясняет суть рассматриваемого явления. Все остальные связи и элементы либо оцениваются как обуславливающие отношения, либо вообще не принимаются во внимание. Возникновение необходимости для субъекта в рассмотрении **другой** стороны этого же образования, **другого** его проявления потребует **другого**, измененного, специального взгляда, другого объема специального знания и выбора другой части, другого подмножества отношений той же полной структуры. И в этом случае будет сформирована **другая** система, имеющая свою структуру, отличающуюся в общем случае от первой»².

Как видно из этого, в объективной реальности существует только одна единая система каких-либо явлений. Однако из-за субъективных причин она может быть недоступной для понимания. Специальный научный интерес и ограниченность человеческих знаний создают препятствия на этом пути.

¹ Крапивенский Э.В. Социальная философия: Учебное пособие для студентов гуманитарных и экономических факультетов. 2-ое изд., стереотипное. — Волгоград: Комитет по печати, 1995. С. 70. Этот вывод делается и в других отраслях науки (См., например: Коуз Р. Фирма, рынок, право. — М.: «Дело ЛТД» при участии изд-ва «Catalaxu», 1993. С. 55-56; Хрестоматия по истории психологии / Под ред. П.Я. Гальперина, А.Н. Ждан. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1980; Флоренс П.С. Структура промышленности и управление предприятиями Британии и США. — М.: Издательство иностранной литературы, 1958. С. 38-39).

² Карташев В.А. Система систем. Очерки общей теории и методологии. — М.: «Прогресс-Академия», 1995. С. 333-334.

Поэтому то, что **является** на самом деле единым, **воспринимается** как известное множество.

В приложении к отдельным отраслям науки эти общие выводы приобретают следующий вид: «В целом ряде наук основная трудность при попытке построить теорию объекта как системы состоит в том, что относительно объекта **имеется несколько различных систем знания...** Например, изображение общества как экономической, производственной системы требует отвлечения от индивидуально-личностных особенностей людей, в представлении их в чисто функциональном плане как носителей определенных производственных функций. При изображении общества как системы человеческих связей производство есть одно из условий и аспектов, а центральная фигура - личность во всем многообразии ее внутренних качеств. Эти два представления одной и той же системы **непосредственно не согласуются друг с другом**»¹.

Но если это объяснение правильно относительно других наук, то следует признать возможным, в отсутствие доказательств иного, руководствоваться им и в цивилистике при решении вопроса о системе гражданско-правовых договоров. В результате получается следующая картина.

В объективной реальности существует одна система гражданско-правовых договоров. Исследования этой системы привели к созданию двух теорий. Каждая из них по отдельности объясняет только часть соответствующего явления. Благодаря одной теории хорошо удается распределить гражданско-правовые договоры по институтам в зависимости от направленности этих договоров на достижение одинаковой правовой цели. Но при этом становится затруднительным объединение различных гражданско-правовых договоров в единый институт предпринимательского договора, учитывающее необходимость установления общего правового регулирования в связи с особым характером экономической деятельности сторон. В рамках другой теории, напротив, получает достаточное обоснование принадлежность отдельных гражданско-правовых договоров институту предпринимательского договора. Однако эта теория не позволяет адекватно оценить единство институтов договора купли-продажи, аренды, подряда и других.

В этих условиях, на наш взгляд, целесообразно отказаться от предположения об универсальности рассматриваемых теорий. Тогда существование разнопорядковых правовых институтов получит надлежащую интерпретацию как феномен субъективного восприятия, отражающий ограниченный характер знания об объекте и конкретные теоретико-практические интересы юридической науки. Благодаря этому создается возможность дальнейшего поиска общих начал в регулировании предпринимательского договора и формирования на этой основе единой правовой политики в соответствующей сфере. С другой стороны, при таком

¹ Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. – М., 1972. С. 173.

подходе не теряется возможность теоретически обосновать общий правовой режим, установленный для договоров, характеризующихся одинаковой правовой целью.

Таким образом, предпринимательский договор представляет собой институт гражданского права, объединяющий в конкретном функциональном срезе различные договорные конструкции.

Итак, в литературе сложилось два подхода к определению места предпринимательского договора в системе гражданского права.

В рамках первого подхода признается возможность существования только одной системы гражданско-правовых договоров. При этом высказываются различные точки зрения относительно тех правовых институтов, которые образуют данную систему. Одни авторы обнаруживают в ней объединенные единством правовой цели договоры купли-продажи, аренды, подряда и так далее, а следовательно, отрицают существование предпринимательского договора как единого правового явления. По мнению других авторов, напротив, в основание всей системы положены экономические факторы. В соответствии с этим выделяются предпринимательский и потребительский договоры, а также государственный контракт. В рамках этой концепции не находится места для единых договоров купли-продажи, аренды, подряда и других.

При втором подходе признается факт сосуществования двух систем гражданско-правовых договоров. Одну из них образуют генеральные институты, включающие в себя договоры купли-продажи, подряда и так далее. К другой относятся вторичные правовые образования, объединяющие предпринимательские и потребительские договоры, а также государственные контракты.

В настоящей работе делается вывод, что все рассматриваемые концепции дают правильное объяснение реальному положению вещей. Однако при этом ни одна из них не носит универсального характера. В одном случае, отражая объективную необходимость формирования договорных институтов по характеру правовых последствий, удается обосновать закономерность создания общего правового регулирования для договоров, имеющих одинаковую экономическую сферу применения, не в полной мере. В другом случае объединение различных договоров в единый правовой институт по особенностям экономической сферы применения, напротив, основывается на прочном теоретическом фундаменте. Но это вызывает определенные сложности при установлении единства договоров купли-продажи, аренды, подряда и других.

В этих условиях целесообразно отказаться от предположения об универсальности рассматриваемых теорий. Тогда существование разнопорядковых правовых институтов получит надлежащую интерпретацию как феномен субъективного восприятия, отражающий ограниченный характер знания о единой системе и конкретные теоретико-практические

интересы цивилистики. В результате предпринимательский договор может рассматриваться как институт гражданского права, объединяющий различные по правовой цели договорные конструкции и существующий наравне с договорами купли-продажи, подряда и другими.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА ГОСУДАРСТВЕННОГО УЧРЕЖДЕНИЯ

Кожевникова О.В. – ст. преподаватель кафедры финансового и административного права

В конце прошлого столетия в России назрела необходимость пересмотра принципов и приоритетов в области управления и распоряжения государственным имуществом, усиления государственного контроля и регулирования в государственном секторе экономики.¹

Для решения указанных проблем Правительство Российской Федерации издает Постановление «О Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации» от 9 сентября 1999 года №1024², в котором закрепляет цели, задачи, приоритеты и механизмы, направленные на повышение эффективности управления государственным имуществом.

Объектами государственного управления были признаны унитарные предприятия, учреждения, акции, находящиеся в федеральной собственности (доли Российской Федерации в уставных капиталах хозяйственных обществ и товариществ), и федеральная недвижимость.

Федеральная программа указывала на ряд недостатков российской экономики: отсутствие механизма получения части прибыли унитарных предприятий в федеральный бюджет и системы контроля за целевым использованием учреждениями имущества и финансов государства-собственника (при этом учреждения вступают в кредитные отношения, минуя собственника), а широкие полномочия руководителей унитарных предприятий при отсутствии действенных инструментов и порядка управления, контроля и мотивации руководителей приводят: а) к переводу части финансовых потоков указанных предприятий в фирмы-спутники, что приводит к изменению направлений расходования средств государства и «откачки» прибыли; б) к заключению сделок, в которых заинтересовано руководство унитарного предприятия, что искусственно завышает

¹ Государственный сектор экономики определяется как совокупность экономических отношений, связанных с использованием государственного имущества, закрепленного за федеральными государственными унитарными предприятиями на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, государственными учреждениями, государственной казны и имущественных прав Российской Федерации, которые вытекают из ее участия в коммерческих организациях (за исключением государственного имущества, вовлекаемого в соответствии с законодательством Российской Федерации в бюджетный процесс).

² См. Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. №39. Ст. 4626.

себестоимость продукции, а в ряде случаев приводит к хищениям государственного имущества.

Было намечено несколько задач для реализации государственной политики в направлении реформирования хозяйственного сектора экономики: проведение полной инвентаризации объектов государственной собственности, разработка системы учета этих объектов и оформление прав на них; построение системы управления и обеспечение его эффективности; обеспечение профессионального управления государственным имуществом.

Остановимся подробнее на таком объекте управления государственной собственностью, как государственные учреждения.

Статья 120 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ содержит общие положения правового статуса учреждений. Для признания организации учреждением необходимо одновременное выполнение нескольких условий:

- 1) создается собственником для осуществления функций некоммерческого характера: управленческих, научно-технических, социально-культурных и прочих;
- 2) извлечение прибыли не является основной целью деятельности. Однако, согласно пункту 3 статьи 50 ГК РФ, некоммерческие организации для достижения целей, ради которых они созданы, вправе осуществлять предпринимательскую деятельность и получать доходы от оказания платных услуг, которые не распределяются между участниками;
- 3) финансируется полностью или частично собственником;
- 4) правовой статус определяется уставом либо общим положением об организациях этого вида (не признается учредительным документом, согласно статье 52 ГК РФ, решение собственника о создании учреждения);
- 5) имущество закрепляется за организацией на праве оперативного управления. Это означает, что учреждение осуществляет права владения, пользования и распоряжения переданным ему имуществом в пределах, установленных законом, и в соответствии с целями своей деятельности, заданиями собственника и назначением имущества (статья 296 ГК РФ);
- б) имеет самостоятельный баланс или смету;
- 7) отвечает по своим обязательствам находящимися в его распоряжении денежными средствами.

Учреждение, являясь некоммерческой организацией, обладает специальной правоспособностью. Его правовой статус определен собственником в учредительных документах. Особенности правового статуса государственных учреждений закреплены не только федеральными законами, но и иными правовыми актами (пункт 3 статьи 9 Федерального закона «О некоммерческих организациях» от 12 января 1996 г. №7-ФЗ)². Например, правовой статус государственных образовательных учреждений

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №32. Ст. 3301. Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №32. Ст. 3302. Далее – ГК РФ.

² Собрание законодательства Российской Федерации. №3. 15.01.1996. Ст. 145.

закреплен в Федеральных законах «Об образовании» и «О высшем и послевузовском профессиональном образовании».

Собственник обязан финансировать принадлежащие ему учреждения. При недостаточности финансирования и в целях финансового обеспечения деятельности государственных учреждений им дано право заниматься предпринимательской деятельностью, получать прибыль (доходы, уменьшенные на величину расходов, которые определяются в соответствии с главой 25 Налогового кодекса Российской Федерации¹) и самостоятельно распоряжаться ею. Имущество, которое они получают в виде безвозмездной помощи (в том числе денежные средства), также составляет финансовую основу деятельности, прописанной в учредительных документах². Такая деятельность отражается в смете доходов и расходов по предпринимательской и иной приносящей доходы деятельности, а имущество учитывается на отдельном балансе.

Однако «свободное распоряжение» имуществом является особым видом права оперативного управления и не должно отождествляться с правом собственности³. Пунктом 2 статьи 298 ГК РФ, регулирующим вопросы о распоряжении учреждением имуществом, приобретенным им на доходы от предпринимательской деятельности, осуществляемой в соответствии с учредительными документами, не предусмотрено возникновения у государственного учреждения права собственности на такое имущество⁴. Таким образом, фактически права учреждения в отношении такого имущества достаточно ограничены, так же, как и в отношении имущества, приобретенного за счет финансирования собственника. На практике получается, что они могут владеть и пользоваться имуществом, которое за ними закреплено, а распоряжаться (продавать, дарить и т.п.) будет собственник.

Имущество за государственными учреждениями закрепляется Федеральным агентством по управлению федеральным имуществом на основании нормативного правового акта, издаваемого Росимуществом. Этот же орган производит от имени государства-собственника изъятие излишнего, неиспользуемого или используемого не по назначению федерального имущества. Данные должны быть внесены в Реестр федерального имущества на основании пункта 3 Положения об учете федерального имущества и ведении реестра федерального имущества, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации 3 июля 1998 г. №696⁵.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. №32. 07.08.2000.

² См.: Федеральный закон «О безвозмездной помощи (содействии) Российской Федерации и внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты Российской Федерации о налогах и об установлении льгот по платежам в государственные внебюджетные фонды в связи с осуществлением безвозмездной помощи (содействия) Российской Федерации». // Собрание законодательства Российской Федерации. №18. 03.05.1999.

³ См.: Губаева А.К.; Отв. ред. Н.Д. Егоров. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) - 3-е изд., перераб. и доп. // - М.: ТК Велби, Издательство «Проспект», 2006.

⁴ Под имуществом здесь понимается движимое и недвижимое имущество, а также доходы, полученные от ведения предпринимательской деятельности. *Прим. автора.*

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. №28. 13.07.1998.

Право оперативного управления на недвижимое имущество, преданное государственному учреждению, должно быть зарегистрировано в соответствии с пунктом 2 постановления Правительства Российской Федерации от 31 августа 2000 г. №648. При этом в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним указывается, что собственником такого имущества является Российская Федерация. Теперь все сделки с недвижимостью, переданной учреждению на праве оперативного управления, могут осуществляться только с разрешения соответствующего уполномоченного органа. И неважно, приобретено оно за счет финансирования собственника или из средств, полученных от ведения предпринимательской деятельности.

Необходимо отметить, что особый режим имущества учреждения, находящегося в оперативном управлении, подразумевает и особый режим взыскания на него. Учреждение отвечает по своим обязательствам (независимо от оснований возникновения) всеми своими денежными средствами, включая денежные средства, полученные от хозяйственной деятельности и по иным основаниям (пожертвования, спонсорская помощь, дар третьих лиц)¹. Речь идет об имеющихся в наличии (на счетах и в кассе) средствах без учета будущих поступлений. Если буквально толковать нормы ГК РФ, то можно прийти к выводу, что взыскание невозможно на все имущество учреждения, включая приобретенное за счет предпринимательских источников. Это подтверждает пункт 5 статьи 46 Федерального закона от 21 июля 1997 г. №119-ФЗ «Об исполнительном производстве»², который устанавливает ограничения взыскания на имущество должника. Не допускается обращение взыскания на имущество, на которое прямо не указано в законе, и в соответствии со статьями 56, 58 вышеназванного закона.³

Собственник имущества учреждения (государство) несет субсидиарную ответственность по его обязательствам при недостаточности денежных средств у этого учреждения. Применительно к бюджетным учреждениям, согласно части 10 статьи 158 Бюджетного кодекса Российской Федерации,⁴ от имени собственника по таким требованиям отвечает соответствующий орган исполнительной власти Российской Федерации, в ведении которого находится соответствующее учреждение. Перечень таких органов исполнительной власти (главных распорядителей средств федерального бюджета) дан в статье 12 и приложении №9 к федеральному закону «О бюджетной классификации Российской Федерации» от 15 августа 1996 г. №115-ФЗ⁵, а также в ведомственной классификации расходов

¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда от 24.11.1998 г. №4268/98; Постановление Высшего Арбитражного Суда от 25 августа 1998 г. №1551/98. // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 1998. №11.

² Собрание законодательства Российской Федерации. №30. 28.07.1997. Ст. 3591.

³ См., напр.: постановление Федерального Арбитражного Суда Западно-Сибирского округа от 30 августа 2004 г. Дело №А45-4021-19/Ф04-5863/2004 // <http://www.kodeks.net/noframe/com-arb-FASO>

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 03.08.1998. №31. Ст. 3823. Далее – БК РФ.

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. №34. Ст. 4030.

федерального бюджета, которая закреплена Приказом Министерства финансов Российской Федерации от 21 декабря 2005 г. №152н «Указания о порядке применения бюджетной классификации Российской Федерации»¹.

Однако практика арбитражных судов говорит о том, что постепенно и планомерно исключается субсидиарная ответственность собственника. Нет механизма для разрешения ситуаций, когда нефинансируемое по вине собственника учреждение, ведущее самостоятельную деятельность и использующее свои фонды для ведения как основной, так и дополнительной (предпринимательской) деятельности, привлекается по иску кредитора к ответственности и не может использовать отсылку к дополнительной ответственности государства в силу того, что оно могло бы и само рассчитаться с кредитором собственными средствами.

Таким образом, видоизменяется принцип отношений учреждения и государства. Ведь по своей природе учреждение не должно заниматься самофинансированием, а современные условия превращают право ведения самостоятельной деятельности в обязанность.

Ввиду того, что объем бюджетных средств, выделяемых на гражданско-правовые цели, ограничен федеральным законом о федеральном бюджете на соответствующий финансовый год, необходимо специальное нормативное регулирование субсидиарной ответственности казны по обязательствам учреждений. При этом, в первую очередь, надо исходить из положений статей 1, 115, 120, 124, 309 ГК РФ и интересов кредиторов. Нужно четкое определение понятия «право самостоятельного распоряжения», которое, если признать его «правом хозяйственного ведения» (как предлагала Н.Р. Иванова²) не будет приводить к расширению дополнительной ответственности учредителей-собственников. Это уточнение решит задачу, которая на данный момент решается не гражданско-правовыми средствами, а в противоречие им – нормами бюджетного законодательства (не допустить расширение дополнительной ответственности учредителей). Напротив, расширяется база ответственности учреждения: не только денежные средства, но и имущество, приобретенное на самостоятельно заработанные деньги. Но в этом случае и государство не должно иметь прав на использование данных средств и доходов, как это происходит сейчас. Следовательно, необходимо внести изменения в бюджетное законодательство с целью снятия ограничений по реализации механизма субсидиарной ответственности собственника, который заложен в ГК РФ. При этом требуется исключение направления доходов, полученных от предпринимательской деятельности, на финансирование расходов учреждений во исполнение обязательств государства по сметному финансированию³.

¹ Финансовая газета. №4. январь. 2006 год (приказ).

² Иванова Н.Р. Защита права собственности в арбитражном суде. – М.,1999. Ст. 74.

³ Кряжевских К.П. Право оперативного управления и хозяйственного ведения государственным имуществом. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. Ст. 90.

Как уже отмечалось выше, часть 10 статьи 158 БК РФ закрепила в качестве собственников федеральных государственных учреждений органы исполнительной власти Российской Федерации. Финансировать созданные ими учреждения они могут только за счет средств федерального бюджета, который находится в их ведении. Следовательно, государственные учреждения, становясь участниками гражданских правоотношений, являются и участниками правоотношений, связанных с расходованием бюджета (бюджетных правоотношений).

Обратимся к статье 161 БК РФ (статья в ред. Федерального закона от 28.12.2004 №182-ФЗ)¹, которая закрепила статус бюджетного учреждения. Им признается организация, созданная органами государственной власти Российской Федерации ... для осуществления управленческих, социально-культурных, научно-технических или иных функций некоммерческого характера, деятельность которой финансируется из соответствующего бюджета или бюджета государственного внебюджетного фонда на основании сметы доходов и расходов. Такими организациями признаются только те, за которыми имущество закрепляется на праве оперативного управления (за исключением казенных предприятий). Они не вправе получать кредиты и обязаны использовать бюджетные средства через лицевые счета, которые ведутся Федеральным казначейством.

Бюджетное учреждение самостоятельно выступает в суде в качестве ответчика по своим денежным обязательствам и обеспечивает их исполнение в пределах доведенных ему соответствующих лимитов бюджетных обязательств и средств, полученных от предпринимательской и иной приносящей доход деятельности (норма статьи 161 БК РФ в ред. Федерального закона от 27.12.2005 №197-ФЗ).²

Представляется, что государственное учреждение и бюджетное учреждение есть ничто иное, как одна и та же организационно-правовая структура. Уточняется лишь правоспособность государственного учреждения: возрастает круг обязанностей и уменьшаются права. И здесь вновь возникает ряд проблем. Каким образом при наличии большого количества бюджетных учреждений (на сентябрь 2003 года их насчитывалось 48 тысяч), которым законом разрешено заниматься предпринимательской деятельностью со всеми вытекающими из этого последствиями, можно отследить административное и финансовое подчинение ряда бюджетополучателей, объемы и эффективное использование внебюджетных доходов, качество предоставляемых государственных услуг при сметном финансировании?

Требуется реформа предприятий и учреждений, частично или полностью финансируемых из бюджета.

Проблемы в данном направлении Правительством Российской Федерации условно были разделены на четыре направления.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. №1(ч. 1). 03.01.2005.

² Собрание законодательства Российской Федерации. №1. 02.01.2006. Ст. 8.

Оптимизация бюджетной сети. Следует уточнить, сколько необходимо бюджетных учреждений, кому они подчинены, в каком статусе находятся. Выделение бюджетных учреждений, доля внебюджетных средств которых более 50%, в отдельный список для дальнейшего перевода на самофинансирование, а следовательно, и смены статуса.

Реорганизация, преобразование в другие организационно-правовые формы части бюджетных организаций по данным первого этапа.

Применение закона «О специализированных государственных и муниципальных некоммерческих организациях». Многие бюджетные учреждения не должны таковыми оставаться. Они будут частично финансироваться из бюджета. По ним нет субсидиарной ответственности государства. Таким образом, должен сформироваться сектор учреждений нового типа, которые предоставляют те же самые услуги за те же самые бюджетные деньги, но на совершенно иных принципах.

Предлагалось с 1 января 2005 года социальные услуги выставлять на тендер в виде социального заказа и проводить отбор предприятий с учетом критериев качества и цены. Это полная экономическая свобода, которая предоставлялась государственным учреждениям. Хотя многие из них привыкли к простому получению денег, работе без ответственности за конечный результат, бесхозяйственному подходу к планированию деятельности и трате денег. На сегодняшний день идет работа по внедрению данных положений с 1 января 2007 года.

Третье направление предполагало переход к новым механизмам и формам предоставления государственных услуг. С 1 января 2006 года данное положение реализовано. Действует новый Федеральный закон от 21 июля 2005 года №94-ФЗ «О размещении заказов для поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг для государственных и муниципальных нужд»¹. Сформулированы жесткие условия, при которых государственные некоммерческие организации будут расходовать деньги собственника. Для того, чтобы заключение контракта для размещения заказов для государственных нужд не требовалось, необходимо, чтобы цена договора не превышала шестьдесят тысяч рублей. Если цена выше, то бюджетное учреждение обязано проводить торги. Требуется найти исполнителя, который при наименьших затратах представит наилучший результат. Контроль за данной процедурой возложен на федеральное агентство по управлению государственным имуществом при Министерстве экономического развития и торговли. Такой подход собственника к управлению своим имуществом позволит выявить и ликвидировать те организации, которые являются нерентабельными на рынке услуг, провести их реструктуризацию и повысить качество государственных услуг в сфере здравоохранения, образования, социальной защиты населения и других.

Четвертое направление предполагало повышение ответственности министерств и ведомств за достижение поставленных целей, их

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. №30. Ст. 3105.

заинтересованности в максимально эффективном использовании денег государства, повышении роли бюджета как инструмента осуществления государственной экономической политики.

Для поэтапного решения поставленных задач в Правительство был внесен проект закона «О специализированных государственных или муниципальных учреждениях»¹, который подготовило Министерство экономического развития и торговли. Актуальность разработки указанного проекта, по словам некоторых представителей министерств, заключалась в следующем: *во-первых*, многие сотни негосударственных организаций, активно действующих в социальной сфере, предлагают условия лучше, чем наши традиционные бюджетные учреждения всех уровней подчинения. *Во-вторых*, требовалось перераспределение ресурсов государства. Они должны распределяться по адресной социальной поддержке населения, при смене механизма жилищных субсидий. Нужно помогать тем, кто действительно является бедным. *В-третьих*, чрезвычайно запутана система бюджетополучателей и распорядителей бюджетных средств, а также сфера разграничения их ответственности. Правовой статус бюджетных учреждений несет в себе огромное количество внутренних противоречий.

На тот момент имелся формальный статус бюджетных учреждений, а на практике их реальное финансовое положение сильно отличалось (на сегодняшний день ситуация не изменилась – *прим. автора*). Одни могли и могут обойтись без бюджетного финансирования, а другие испытывают хроническое недофинансирование. В бюджетах не хватает денег для того, чтобы сконцентрировать средства именно на этих организациях.

Названный выше законопроект предлагает создание нового типа некоммерческих государственных организаций, которые:

- могут иметь только одного учредителя;
- получают имущество от собственника, которое закрепляется за ними на праве хозяйственного ведения (см. мнение по данному вопросу Н.Р. Ивановой, которое приведено выше);
- могут открывать счета в кредитных организациях (следовательно, могут иметь денежные средства, которые невозможно отследить по целевому использованию Федеральному казначейству);
- могут отвечать по своим обязательствам всем принадлежащим им имуществом, за исключением недвижимого имущества. При этом ни собственник, ни специализированная некоммерческая организация не отвечают по обязательствам друг друга.

Недвижимым имуществом в соответствии со статьей 130 ГК РФ, относящегося к основным фондам учреждения, признаются здания, сооружения, земля, леса, водные объекты. Прочее имущество, которое может принадлежать организации и не относящееся к недвижимому, которым оно отвечает по обязательствам, – это денежные средства в рублях и в иностранной валюте, ценные бумаги, транспортные средства, машины,

¹ Документ опубликован не был. Взято с http://csr3.aplex.ru/material/original_201.stm.

оборудование, производственный инвентарь, библиотечные фонды и прочее. Источниками формирования перечисленного имущества некоммерческих организаций могут выступать: поступления из бюджетов, из государственных внебюджетных фондов; средства и имущество, переданные физическими и юридическими лицами в качестве пожертвований; выручка от продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг (при наличии разрешения собственника, которое закреплено в учредительных документах); имущество, переданное (закрепленное) учредителем; доходы от использования имущества, находящегося в хозяйственном ведении; иные не запрещенные законом поступления¹ не будут находиться на сметном финансировании. В основу положен переход от принципа управления затратами (что неадекватно условиям рыночной экономики) к принципу управления затратами (т.е. эффективного использования бюджетных средств). Отраслевые министерства и ведомства будут обосновывать свои расходные потребности тем целям и результатам, которые они планируют достичь в ходе реализации заявленных программ.

Положительными моментами проекта закона можно признать четкую регламентацию порядка создания, реорганизации и ликвидации специализированной государственной некоммерческой организации, правового режима имущества таких организаций, права собственника в отношении этого имущества, вопросов управления данными организациями.

В результате реорганизации некоммерческих (бюджетных) организаций они могут быть преобразованы в специальные некоммерческие государственные организации, государственные автономные некоммерческие организации, хозяйственные общества. Все будет зависеть от особенностей функционирования и специфики выполняемых задач. Участие государства в предоставлении услуг, ранее производившихся бюджетными учреждениями, будет осуществляться с применением различных бюджетных инструментов, включающих нормативно-подушевое финансирование, государственный заказ и другие формы. Министерство экономического развития и торговли не согласилось с Министерством имущества по вопросу ужесточения режима хозяйственного ведения, сравнив его с тем режимом, который на сегодняшний день существует в унитарных предприятиях. Последние – это коммерческие организации, новая организационно-правовая форма – это государственные некоммерческие организации.

В заключение хотелось отметить, что у начавшейся реформы масса подводных камней.

По логике, федеральным бюджетом должны пользоваться только федеральные службы и организации. Но у нас на балансе многих бюджетных организаций находится имущество, которое отрицательно сказывается на основной деятельности. К нему относятся поликлиники, гаражи, столовые, дома отдыха, детские сады. Они требуют финансовых вложений, что

¹ Статья 26 Федерального закона Российской Федерации «О некоммерческих организациях» от 12.01.1996 г. № 7-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. №3. 15.01.1996. Ст. 145.

увеличивает стоимость услуг, предоставляемых государственными учреждениями. Следовательно, необходимо отсечь сопутствующие функции данных организаций. Для этого потребуется передать местным властям данное имущество на баланс в целях социального обслуживания населения.

Возникают небеспочвенные опасения, что пройдет немного времени, и в помещениях детских садов будут располагаться фирмы или органы исполнительной власти, а здравницы будут потеснены дачными участками. В Оренбурге такие примеры уже есть. Помещения многих муниципальных детских садов, расположенных в хороших зданиях в престижных местах, отданы под оптовые магазины, частные фирмы, органы социальной защиты и т.п. В данном случае должны создаваться профильные комитеты, которые не позволят перепрофилировать учреждения. Но станут ли они эффективными сторожами?

Правительство разработало концепцию. Теперь оно ее прорабатывает и будет готовить предложение к закону, который на сегодняшний день так и не принят. Изменив правовой статус государственных учреждений, грамотно распределив средства государства, при условии создания четкого и жесткого механизма контроля их использования, ответственности министерств за использование государственных денег на объекты, которые абсолютно бесполезны, государство-собственник даст мощнейший толчок рынку, который не потребует больших капиталовложений, результат получится мгновенно. Должно быть выполнено лишь одно условие – поспешать надо, не торопясь.

СООТНОШЕНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ ПРИЗНАКОВ ЖИЛИЩНЫХ СЕРТИФИКАТОВ С ПРИЗНАКАМИ ЦЕННЫХ БУМАГ

Марченко Т.В. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса

Согласно Положению «О выпуске и обращении жилищных сертификатов», утвержденному указом Президента РФ №1182 от 10 июля 1994 года (далее – Указ №1182), жилищный сертификат – разновидность облигации, в свою очередь являющейся ценной бумагой. В п. 1 ст. 142 ГК РФ содержится понятие ценной бумаги: «Ценная бумага – это документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении». Основываясь на этом, можно сказать, что жилищный сертификат должен обладать такими признаками ценных бумаг, как документарность и формализм.

Обладает ли жилищный сертификат признаком документарности и что такое документ по российскому законодательству? В ст. 2 закона «Об информации, информатизации и защите информации» от 20 февраля 1995

года¹ (далее – Закон об информации) сказано, что «документированная информация (документ) – это зафиксированная на материальном носителе информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать». Коротко говоря, это определенного рода информация.

Ст. 128 ГК РФ перечисляет виды объектов гражданских прав, относя к ним вещи, включая ценные бумаги, а также информацию. Буквальное толкование данной нормы позволяет сделать вывод о том, что информация вещью не является, в то время как ценная бумага отнесена к категории вещей. Это подтверждается и ст. 2 Закона об информации, где информация представлена как «сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления», тем самым подчеркивается нематериальность данного объекта гражданских прав.

Сопоставив сказанное, можно было бы сделать следующий вывод: документированная информация (документ) – есть нематериальная информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать. Тем самым признавалась бы нематериальность документа, то есть он также не считался бы вещью. Кроме того, наличие реквизитов у нематериального объекта абсурдно. А также невозможным было бы употребление понятия собственности на информационные ресурсы (ст.ст. 2, 6 Закона об информации), так как объектами права собственности могут быть только вещи. То есть документированная информация (документ), будучи вещью, не может обозначаться в качестве нематериальной информации, вещью не являющейся. Поэтому, на наш взгляд, неверно представление понятия документа в Законе об информации.

Если понятия «информации» и «документированной информации» неидентичные, если документированная информация должна иметь реквизиты, идентифицирующие ее, и является объектом вещных прав, то она должна содержаться на каком-либо материальном носителе, который как раз и является вещью.

Поэтому понятие документа, на наш взгляд, в абз. 4 ст. 2 Закона об информации необходимо представить следующим образом: «Документированная информация (документ) – это материальный носитель, фиксирующий информацию с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать и имеющий юридическую силу».

Понятие документа содержится также и в Федеральном законе от 29 декабря 1994 г. №77 «Об обязательном экземпляре документов»: документ – это «материальный объект с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи или изображения, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях хранения и общественного использования».² В.К. Андреев считает, что термин «документ» с его определением в Федеральном законе «Об обязательном экземпляре документов» имеет

¹ СЗ РФ. 1995. №8. Ст. 609.

² СЗ РФ. 1995. №1. Ст. 1.

общеправовое значение вне зависимости от того, является ли им ценная бумага или акт органа исполнительной власти.¹

Однако можно согласиться с мнением В.А. Белова и А.К. Шестопаловой о том, что это определение не может быть применимо к ценным бумагам, так как не раскрывает функции, которые ценная бумага должна выполнять в качестве документа.² Помимо этого, указание целей его использования сужает сферу применения любого документа.

Согласно Инструкции «О порядке выпуска, обращения и погашения жилищных сертификатов на территории РФ», утвержденной постановлением ФКЦБ РФ 12 мая 1995 года №2 с изм. от 30 июня 1997 года³ (далее Инструкция ФКЦБ 1995 г.), жилищный сертификат может выпускаться как в документарной, так и в бездокументарной форме.

Можно ли жилищный сертификат признать документом? Обладает ли жилищный сертификат в документарной и бездокументарной форме признаком документарности? Если жилищный сертификат – разновидность облигации, то, согласно Федеральному закону «О рынке ценных бумаг» от 22 апреля 1996 года⁴ (далее – Закон о РЦБ), он, так же, как и облигации, может быть как в документарной, так и в бездокументарной форме.

Используя понятие «бездокументарные ценные бумаги», законодатель, по мнению А.В. Майфата, заимствует свою позицию из американской правовой системы, где используется термин «доля», «участник», «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)»⁵.

ГК РФ называет все ценные бумаги вещами. Отдельные авторы полагают, что ценная бумага – это «бестелесная вещь, то есть совокупность установленных законом гражданских прав, своеобразная правовая условность, фикция, не имеющая никакой материальной формы».⁶ Но далеко не все правила о вещах можно отнести к «бестелесным вещам» (например, виндикация).

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

¹ Андреев В.К. Рынок ценных бумаг. Правовое регулирование. - М., 1998. С. 27.

² См.: Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. Вопросы теории. Дисс. канд. юрид. наук. 1996. С. 23; Шестопалова А.К. Гражданско-правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг в России. - М., 1997. С. 16.

³ Российская газета. №176. 09.09.95.

⁴ СЗ РФ. 1996. № 17. С. 1918.

⁵ Майфат А.В. Ценные бумаги (сравнительный анализ понятий в правовых системах России и США)// Государство и право. 1997. №1.

⁶ См.: Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. №5; Марченко А. Символ комплекса прав. // Рынок ценных бумаг. 1996. №12; 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.

природой».¹ 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 значение большее, чем образному выражению... не обладающему той степенью точности, которая необходима в юридических построениях».²

Нельзя рассматривать «бездокументарную ценную бумагу» как «бестелесные вещи».³ Е.А.Суханов, А.В. Трофименко считают, что такой взгляд приведет лишь к усложнению реальной ситуации, ничего не добавляя к статусу управомоченного лица. 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.⁴ К схожему выводу приходит и А.В. Трофименко, утверждая, что не следует смешивать понятия ценной бумаги и иных форм фиксации прав.⁵

То есть в п. 2 ст. 142 ГК РФ и в ст. 149 ГК РФ речь идет не о «бездокументарных ценных бумагах», а о способе фиксации прав, закрепленных ценной бумагой. Поэтому, на наш взгляд, заголовок ст. 149 необходимо изменить и представить следующим образом: «бездокументарная форма фиксации прав по ценным бумагам».

Тип материального носителя не влияет на то, какие права удостоверяет документ. Поэтому ценная бумага как документ может находиться также на бумажном, электронном, магнитном носителе. «...Отсутствие бумажного носителя информации не лишает ценную бумагу безбумажного типа признака документарности».⁶ 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.⁷

При таком понимании документа можно сделать вывод, что жилищные сертификаты в документарной и бездокументарной форме обладают признаком документарности.

¹ См.: Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав // Рынок ценных бумаг. 1997. №2.

² Агарков М.М. Учения о ценных бумагах. - М., 1993.

³ См.: Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. №2, 4, 5; Демушкина Е. Безналичные ценные бумаги: фикция или реальность? // Рынок ценных бумаг. 1996. №18-20.

⁴ Суханов Е.А. Ценные бумаги: мировая практика и российское новаторство. // Экономика и жизнь. 1994. №7; Трофименко А.В. Право собственности на ценные бумаги. Дисс. канд. юрид. наук. - Саратов, 1997. С. 125.

⁵ Трофименко А. Признаки ценной бумаги. // Справочная правовая система «Гарант». 7 апреля 2001 года.

⁶ Окунев К. Феномен бездокументарных ценных бумаг. // Кодекс INFO: информационный бюллетень текущего законодательства. 1996. №18.

⁷ Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории. - М., 1996. С. 23.

Другой признак – формализм. Согласно ст. 142 ГК РФ, ценная бумага как документ должна быть составлена в установленной форме с наличием обязательных реквизитов. Это качество, отражающее необходимость помещения в ценной бумаге всех реквизитов (формальных признаков); без реквизитов нет самой ценной бумаги, нет ее формы. При лексическом анализе «форма» и «реквизиты» - не взаимозаменяемые термины. «Форма» – это технические характеристики исполнения бланка бумаги.¹ Однако, как справедливо отмечает А.В. Габов, при таком понимании «формы» из поля зрения выпадает «бездокументарная» реальность ценных бумаг, и считает, что форма - это способ фиксации прав, удостоверенных ценной бумагой.² 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 этих институтов.³ Само определение ценной бумаги как документа исключает ее выдачу в устной форме.⁴

Необходимость строгой формальности ценных бумаг не подлежит сомнению. «Специфика ценных бумаг состоит в том, что, будучи инструментом удостоверений и передачи субъективных гражданских прав, они являются особым инструментом, поскольку призваны упростить порядок удостоверения принадлежности прав определенному субъекту».⁵ Поэтому форма фиксации прав должна быть подчинена более строгим требованиям, отличным от всех иных способов удостоверения гражданских прав, она должна четко и достоверно фиксировать факт существования прав, составляющих ценную бумагу и их принадлежность определенному лицу. «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».⁶

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». Законодатель, как правило, везде использует сочетание «обязательные реквизиты», но в некоторых случаях встречается выражение «дополнительные реквизиты». При этом можно согласиться с заключением А.А. Вишневого применительно к векселю о выделении «реквизитов безусловно обязательных» и «реквизитов,

¹ Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи: правовые проблемы современной теории ценных бумаг. - М., 1998. С. 10.

² Габов А.В. О форме и реквизитах векселя. // Журнал российского права. 1999. №10. 1999. С. 92.

³ Майфат А.В. Указ. соч. С. 85.

⁴ Белевич А.В. Правовые основы рынка ценных бумаг. / Под ред. Е.А. Шерстобитова. - М., 1997. С. 71-72.

⁵ Крылова М. // Рынок ценных бумаг. №5, 1997. С. 31.

⁶ Белов В.А. Указ. соч. С. 63.

отсутствие которых не влечет автоматического лишения документом вексельной силы, но может быть восполнено в силу существующих в вексельном праве презумпций», и применить данный вывод к реквизитам ценных бумаг вообще (обязательные и определяемые обязательные).¹

Для документарного жилищного сертификата обязательные реквизиты установлены в Указе №1182.

А. Наименование «жилищный сертификат».

В гражданском обороте встречается несколько видов сертификатов, но не все из них являются ценными бумагами, а те, что являются, имеют различный правовой режим. Для большей определенности эту ценную бумагу следовало бы именовать «жилищной облигацией». Это точнее выражало бы ее сущность, поскольку она мало чем отличается от обыкновенных облигаций. А слово «жилищная» придавало бы ей особое значение, основанное на специальном регулировании.

Б. Дата и номер государственной регистрации выпуска жилищных сертификатов.

Согласно ст. 2 Закона о РЦБ, государственный регистрационный номер – это цифровой (буквенный, знаковый) код, который идентифицирует конкретный выпуск эмиссионных ценных бумаг. Наличие этого реквизита служит гарантией законности выпуска и дает возможность заинтересованному лицу удостовериться в этом.

В. Срок действия жилищного сертификата.

Можно выделить два вида сроков - это срок, в течение которого эмитент исполняет принятые на себя обязательства по строительству жилья; и срок, в течение которого владелец жилищного сертификата осуществляет закрепленные в нем имущественные права.

Облигации могут выпускаться только на определенный срок. Это объясняется их выдачей на основании возникновения отношений займа, одним из принципов которых является срочность. Указание срока действия жилищного сертификата предполагает совершение должником активных действий по его исполнению в ограниченный период времени, по истечении которого кредитор вправе требовать исполнения обязательства. Именно с этого момента возникают субъективные права и обязанности сторон. И с этого момента жилищный сертификат пускается в гражданский оборот.

Г. Дата приобретения жилищного сертификата первым собственником.

Дата государственной регистрации и дата приобретения прав первым владельцем, как правило, не совпадают. Период между ними необходим для осуществления дальнейших действий по эмиссии жилищных сертификатов – изготовлению сертификатов, сообщению в средствах массовой информации о выпуске и публикации проспекта эмиссии, первичному размещению. Указание данного реквизита необходимо для определения момента возникновения прав и обязанностей у эмитента и правообладателя.

¹ Вишнеvский А.А. Вексельное право. - М., 1996. С. 15.

Д. Размер общей площади жилья, оплаченной при приобретении одного жилищного сертификата.

Точнее сказать, номинал, установленный в единицах общей площади жилья (в натуральном выражении), который не может быть установлен менее 0,1 кв. м. и не изменяется до окончания срока погашения жилищного сертификата. Однако указанный реквизит целесообразно обозначить как «номинальная стоимость жилищного сертификата». Схожая формулировка используется при эмиссии акций и облигаций по Закону о РЦБ. Например, номинальная стоимость одного жилищного сертификата эмитированного государственным учреждением «Фонд капитального строительства, реконструкции и капитального ремонта» в единицах общей площади жилья составляет 0,1 кв. м., а жилищный сертификат, выпущенный в Белгородской области, имеет номинал 0,5 кв. м. Данный реквизит нужен для того, чтобы будущий их владелец смог рассчитать необходимое для себя количество сертификатов, на которые он планирует приобрести жилое помещение желаемой площади.

Е. Общий объем эмиссии жилищных сертификатов данной серии.

Согласно п. 1 Указа №1182, объем эмиссии жилищных сертификатов (выраженных в единицах общей жилой площади) не может превышать размера общей площади строящегося эмитентом жилья, являющегося объектом привлечения средств. Если эмитент решит привлечь большее количество заемных средств, выпустив сертификатов больше, чем предоставляемой по ним жилой площади, то это может служить признаком недобросовестности эмитента, так как тот, естественно, не сможет их все погасить. Тем самым права отдельных владельцев будут ущемлены. Поэтому обозначение данного реквизита служит дополнительной гарантией обеспечения прав владельцев жилищных сертификатов.

Ж. Цена приобретения жилищного сертификата первым собственником.

Цена первичного размещения жилищных сертификатов устанавливается эмитентом отдельно по каждому выпуску жилищных сертификатов. От цены приобретения жилищного сертификата зависит результат индексации его номинальной стоимости.

На наш взгляд, данный реквизит необходимо определить следующим образом: «Денежный эквивалент номинальной стоимости жилищного сертификата». Если номинал жилищного сертификата устанавливается в единицах общей площади жилья, то речь идет о его натуральном выражении, но если номинальная стоимость индексируется в соответствии со схемой индексации, приведенной в проспекте эмиссии, то это уже номинал в денежном выражении.

З. Схема индексации номинальной стоимости жилищного сертификата при его выкупе эмитентом относительно цены приобретения жилищного сертификата первым собственником.

Схема индексации номинальной стоимости жилищного сертификата устанавливается в проспекте эмиссии и остается неизменной в течение срока действия жилищного сертификата. Она представляет собой однозначно определяемый порядок изменения цены выкупа жилищного сертификата эмитентом, включающий формулы индексации, основанные на объективных показателях, и процедуру расчета. Индексация должна производиться не реже одного раза в три месяца.

Схема индексации разрабатывается самостоятельно эмитентом с учетом прогнозов развития экономики и роста инфляции. Индексация номинальной стоимости жилищных сертификатов необходима в случае предъявления его владельцем требований к эмитенту о выкупе. Выкуп жилищных сертификатов в период их обращения осуществляется по цене, равной текущей индексированной номинальной стоимости. В проспекте эмиссии эмитентом должна быть определена схема индексации. И право требования выкупа у инвестора возникает после проведения первой индексации номинальной стоимости.

Е. Демушкина утверждает, что «установление индексации номинальной стоимости противоречит веками складывавшемуся принципу номинализма исполнения денежных обязательств, который подразумевает неизменность величины долга по денежному обязательству».¹ В соответствии с этим принципом игнорируется изменение ценности денег.² По мнению Е.А. Васильева, за время применения данного принципа законодательство, судебная практика и доктрина создали гибкую юридическую конструкцию этого принципа, которая дает сторонам в некоторых случаях в договорных обязательствах защитить себя от применения этого принципа, применяя золотые, валютные и индексные оговорки. В соответствии с индексной оговоркой предусматривается, что обязательство должника изменяется в соответствии с изменением во время существования обязательства указанного в договоре индекса.³ А.В. Габов отмечает также возможность установления правила об индексации номинальной стоимости вследствие диспозитивности гражданско-правового регулирования соответствующих правоотношений.⁴

Е. Демушкина указывает, что определение облигации не допускает возможности установления «плавающей» номинальной стоимости, увеличивающейся в зависимости от инфляционных процессов (наличие же индексации придает юридической природе жилищного сертификата «необлигационный» характер).⁵ А.В. Габов же, наоборот, отмечает, что

¹ Демушкина Е. Положение о выпуске и обращении жилищных сертификатов: проблемы и комментарии. // Рынок ценных бумаг. №11. 1994. С. 9.

² Гражданское и торговое право капиталистических государств. / Отв. ред. Е.А. Васильев. - М., 1993. С. 294.

³ Гражданское и торговое право капиталистических государств. / Отв. ред. Е.А. Васильев. - М., 1993. С. 296-298.

⁴ Габов А.В. Юридический мир. // Некоторые проблемы применения законодательства о жилищных сертификатах. Ноябрь-декабрь. 1998. С. 72.

⁵ Демушкина Е. Положение о выпуске и обращении жилищных сертификатов: проблемы и комментарии. // Рынок ценных бумаг. 1994. №11. С. 8-9.

индексация придает номинальной стоимости жилищного сертификата «плавающий характер».¹ Однако любая облигация содержит в себе право требования не только возврата номинальной стоимости, но и выплаты дохода. Поэтому В.А. Белов справедливо определяет, что «именно в этом ключе нужно было говорить о праве требования возврата номинальной стоимости сертификата».²

Е. Демушкина утверждает, что «право на получение индексированной номинальной стоимости»³ не указано в реквизитах жилищного сертификата. Так оно и есть. И это вызывает сомнение в том, что такое право вообще удостоверяется жилищным сертификатом. К чему нужна индексация без самого права? То же отмечает и В.А. Белов.⁴ Из содержания ценной бумаги должно следовать обязательство должника. Поскольку определение понятия жилищного сертификата включает возможность получения от эмитента индексированной номинальной стоимости, то считаем целесообразным обозначить указанное право в качестве самостоятельного реквизита и представить следующим образом: «Право получения индексированной номинальной стоимости жилищного сертификата и схема индексации при его выкупе».

И. Предварительные условия договора купли-продажи квартиры, который обязуется заключить эмитент с собственником определенного количества жилищных сертификатов, дающих право на приобретение квартиры с установленными характеристиками.

К. Порядок согласования дополнительных и окончательных условий будущего договора купли-продажи квартиры, которые заранее не определяются в жилищном сертификате, в том числе указание на срок, в течение которого эмитент должен давать ответ на разногласие по условиям договора, в случае возникновения этих разногласий.

На наш взгляд, данные два реквизита взаимосвязаны и относятся к одному вопросу - вопросу заключения будущего договора купли-продажи жилого помещения. Исходя из формулировки указанных реквизитов, можно выделить следующие условия будущего договора купли-продажи: предварительные, дополнительные и окончательные.

ГК РФ не содержит определения понятия «предварительные условия», но, вероятно, под этим термином понимаются, как минимум, существенные условия договора купли-продажи квартиры. В момент выпуска жилищных сертификатов предмет договора можно определить только приблизительно (наименование предмета, примерное место нахождения жилого помещения). Закон требует, чтобы в договоре купли-продажи недвижимости были указаны данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество. Данные о продаваемой недвижимости содержатся в специальных документах. Цену конкретного жилого помещения указать невозможно, так

¹ Габов А.В. Там же. С. 71.

² Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. - М., 1996. С. 175.

³ Демушкина Е. Указ. соч. С. 9.

⁴ См.: Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. - М., 1996. С. 175.

как точно не определен предмет (это может быть и одно-, и пятикомнатная квартира). Цена предмета договора купли-продажи не зависит от характеристик жилищного сертификата. В возводимом жилом помещении еще никто не имеет прав на постоянное проживание (объект гражданского права еще не создан и не зарегистрирован). Указание иных условий в качестве предварительных представляется нецелесообразным. Поэтому в качестве предварительного условия может быть обозначен только предмет.

Указание на дополнительные и окончательные условия позволяет в дальнейшем вносить коррективы в предварительные условия. Логично предположить, что если в жилищном сертификате определяются предварительные условия, то непременно при осуществлении прав по нему возникает необходимость согласования дополнительных и окончательных условий. Однако выделять в качестве реквизита такие виды условий не имеет смысла, поскольку все условия будущего договора купли-продажи будут согласовываться уже после размещения жилищных сертификатов.

По требованию собственника жилищных сертификатов эмитент обязан заключить с ним договор купли-продажи жилого помещения, поэтому в сертификате необходимо в качестве реквизита обозначить «предмет, порядок и сроки согласования условий договора купли-продажи жилого помещения...». И поскольку закон при продаже недвижимости не устанавливает порядок урегулирования разногласий, то для защиты интересов собственника жилищных сертификатов данный реквизит можно дополнить словами «...и разногласий при его заключении».

Л. Условия, дающие право владельцу сертификата заключить договор на покупку квартиры.

Каждый сертификат воплощает право требования заключения договора купли-продажи квартиры, которое может быть осуществлено только при наступлении определенных условий. «Выдача-приобретение жилищного сертификата получает в таком случае значение одностороннего обязательства эмитента о заключении им в будущем договора купли-продажи».¹ Содержание данного реквизита придает жилищному сертификату характер условной сделки с отлагательным условием.

Сертификат ограничивает право владельца начальным и конечным сроком, в пределах которых эмитент обязан заключить договор и передать жилое помещение в собственность покупателям. Эти сроки устанавливаются для осуществления строительной деятельности в течение нормально-необходимого времени.

В Указе №1182 определено, что собственник жилищных сертификатов, соответствующих не менее 30% общей площади квартиры, имеет право на заключение договора купли-продажи, то есть устанавливается законодательный минимум. Соответственно в проспекте эмиссии может быть указан больший процент для возникновения такого права.

М. Полное наименование эмитента, его подпись и печать.

¹ Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве - М., 1996. С. 175.

Данный реквизит необходим для идентификации должника. Согласно ст. 54 ГК РФ, юридические лица имеют свое наименование, содержащее указание на его организационно-правовую форму. Так как эмитентом выступают только юридические лица, то они не могут иметь своей подписи. Необходимо внести изменение в этот реквизит и определить как «подпись руководителя».

Наименование – это признак, индивидуализирующий юридическое лицо. Еще одним индивидуализирующим признаком является местонахождение. Представляется необходимым его включение в число реквизитов.

Исходя из вышесказанного, реквизит «М» будет представлен: «наименование и местонахождение эмитента, подпись руководителя, печать».

Н. Полное наименование (имя) собственника жилищного сертификата.

Для юридического лица это – наименование, для физического – фамилия, имя, отчество. Идентификация владельца будет проводиться эмитентом по данным, указанным в жилищном сертификате и в специальном реестре владельцев жилищных сертификатов.

О. Полное наименование банка (банков), контролирующего целевое использование привлеченных средств.

В Указе №1182 нет требований о привлечении банковских организаций в качестве контролирующего субъекта. Инструкция ФКЦБ 1995 года в п. 4 определяет, что средства, полученные эмитентом от размещения жилищных сертификатов, поступают на специальные банковские счета эмитента и используются строго с их целевым назначением. Временно свободная часть средств может по согласованию с поручителем (гарантом) размещаться в высоконадежные финансовые инструменты. Этот реквизит является дополнительной гарантией обеспечения исполнения обязанностей эмитента, поскольку нецелевое использование привлеченных средств исключается.

Отсутствие какого-либо из указанных реквизитов делает жилищный сертификат недействительным. Иных реквизитов не установлено.

Е. Демушкина говорит, что право на приобретение квартиры при условии приобретения пакета жилищных сертификатов в порядке и на условиях, установленных Указом №1182 и условиями эмиссии, не удостоверяется каждым жилищным сертификатом.¹ Можно согласиться с мнением В.А. Белова о необходимости четкого отражения в жилищном сертификате в виде реквизита прав его владельца на заключение договора купли-продажи и обозначить его «право на заключение договора купли-продажи квартиры», и должен быть помещен перед реквизитом «Л».²

Основываясь на вышесказанном, можно определить, что жилищные сертификаты, эмитируемые по Указу №1182, обладают признаками

¹ Демушкина Е. Положение о выпуске и обращении жилищных сертификатов: проблемы и комментарии.// Рынок ценных бумаг. №11. 1994. С. 9.

² Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. - М., 1996. С. 175.

документарности и формализма. Однако в отдельные нормативные документы, связанные с определением данных признаков, следует внести соответствующие изменения.

УСЛОВИЯ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

*Саттарова З.З. – доцент кафедры гражданского права и процесса,
к.ю.н.*

Проблема признания иностранных судебных решений неразрывно связана с вопросом о суверенитете государств, который не должен нарушаться вмешательством судебной власти одного государства в иностранную судебную власть. В силу принципа государственного суверенитета судебное решение одного государства не может быть автоматически признано и исполнено на территории другого государства. Оно должно пройти процедуру признания и разрешения принудительного исполнения в суде государства, в котором требуется его реализация. Данная процедура представляет собой проверку условий (предпосылок) признания иностранного судебного решения, предусмотренных внутренним законодательством признающего государства и международными соглашениями. Следует отметить, что нормы международного права не содержат единообразных условий признания иностранного судебного решения. Установление этих условий внутренним законодательством признающего государства является проявлением суверенного права каждого государства.

Законодательство ряда стран предусматривает наличие взаимности со стороны иностранного государства в качестве необходимого условия признания и/или исполнения решений его судов на своей территории. Поль Лагард различает два возможных подхода к условию взаимности.¹ Прежде всего, в некоторых системах оно рассматривается в качестве средства, направленного на защиту своих соотечественников за рубежом. Решения иностранных судов обычно признаются и исполняются, но иностранной стороне будет отказано в выдаче экзекватуры, если в ее стране представитель соответствующего государства не имеет возможности добиться исполнения решения, вынесенного на аналогичных условиях судом его страны.

Рассматривая принцип взаимности, Д.В. Литвинский отмечает, «что ссылаясь на «начала взаимности» носит слишком неопределенный характер, и ее закрепление не способствует достижению каких-либо практических результатов: формальное применение этой оговорки может обернуться против собственных граждан или же привести к нарушению прав человека,

¹ Lagarde P. La réciprocité en droit international privé // Recueil des Cours de l'Académie de droit international. 1977-1. T. 154. P. 141.

для суда ее наличие создает дополнительные сложности на стадии оценки»¹. Поэтому правовые системы многих стран развиваются в направлении признания и исполнения иностранных решений на базе проверки юрисдикционной компетенции иностранного суда и соответствия публичному порядку. Иностранное решение достойно уважения как таковое. И различие в юридических концепциях, существующих в разных странах, не играет решающей роли, так же, как и состояние политических отношений с тем государством, от имени которого оно вынесено.

Рассмотрим установление правила взаимности на примере Франции и Англии с учетом особенностей континентальной и англо-саксонской системы права. Французский правопорядок отказывается от принципиального запрета признания на своей территории всех решений, вынесенных в государстве, в котором нарушаются основные права человека, а ограничивается изучением каждого конкретного решения в отдельности. Именно поэтому французское право, в отличие от права многих других стран, никогда не выдвигало требования взаимности со стороны другого государства в качестве необходимого условия для исполнения решений, вынесенных на его территории. Оно всегда исходило из того, что оценка взаимности предполагает со стороны судьи анализ незнакомых ему правил, часто основанных на иной системе ценностей, как и из того, что требование взаимности, направленное против иностранного государства, в первую очередь наносит вред частным лицам, на правах которых отражаются последствия не зависящих от них отношений политического характера.

Для лучшего понимания существующего режима следует кратко представить историческую эволюцию отношения во Франции к решениям иностранных судов. Экзекватура ведет свое происхождение от «*parcatis*» института старинного права, при помощи которого Парламент провинции разрешал исполнение на своей территории решения, вынесенного судом другой провинции. Изначально действие «*pareatis*» не распространялось на иностранные решения, для исполнения которых требовался новый процесс.² Однако впоследствии институт был воспроизведен в области международных отношений под названием «*exequatur*».

Основным условием исполнения иностранного решения в период, предшествующий французской революции, было его вынесение надлежащим судьей. В соответствии с интерпретацией, даваемой ст. 121 Ордонанса 1629 г., решение пользовалось признанием, если было вынесено «естественным» судьей сторон. Теория «естественного судьи» (*Juge naturel*) требовала проводить различие в зависимости от того, касалось ли иностранное решение исключительно иностранцев или оно было вынесено по делу между иностранцем и французом в пользу последнего. В таком случае речь шла о простой формальности. Если же оно было вынесено против французской

¹ Литвинский Д.В. Взаимность в области признания и исполнения решений судов иностранных государств // Журнал международного частного права. 2002. №2-3 (36-37). С. 34.

² Loussouarn, Bourel. Par 492.

стороны, в выдаче экзекватуры должно было быть отказано. Речь даже не шла о пересмотре решения, так как основным принципом являлось то, что французская сторона может быть осуждена только своим «естественным» судьей.¹

Начиная с 1819 г., Кассационный суд решением от 19 апреля по делу Паркер провозгласил переход к системе пересмотра дела по существу применительно ко всем иностранным решениям.² В отличие от англосаксонского права, пересмотр по существу обычно не превращался в новую инстанцию разрешения дела в той степени, в которой на судью не возлагалась обязанность начать процесс заново. Отказ в выдаче экзекватуры не лишал заинтересованную сторону права на новый процесс во Франции. В практическом плане единственными преимуществами требования об экзекватуре по сравнению с началом нового процесса во Франции являлись перенос бремени доказательств «необоснованности» иностранного решения на ответчика и отсутствие риска истечения сроков исковой давности. Вместе с тем, влияние теории «естественного судьи» длительное время оставалось сильным. Объем полномочий судьи зависел от того, относится ли дело к компетенции французских судов. Если дело относилось к исключительной компетенции французского судьи на основании статей 14 и 15 Гражданского кодекса³, спор в части, затрагивающей личные права, пересматривался во всем своем объеме. Иностраный процесс воспроизводился полностью, и судья мог трансформировать иностранное решение: изменить объем присужденного, принять к рассмотрению новые факты и новые возражения, заменить его другим решением. Здесь речь шла уже о «пересмотре-исправлении». Напротив, если решение было вынесено «естественным» судьей сторон, его содержание по существу не играло существенной роли.

Принцип пересмотра дела по существу не находил подтверждения со стороны доктрины и создавал серьезные проблемы на практике, являясь основанием для отказа в выдаче экзекватуры французским решениям в тех странах, которые, как Германия, предъявляли требование взаимности. Со временем практика начала признавать некоторые последствия за иностранными решениями в области личного статуса, и с 1900 г. из ведения судьи было изъято изучение дела по существу в отношении этой категории.⁴ Но только с вынесением Кассационным судом 7 января 1964 г. решения по

¹ Lyon-Caen. Droit international privé. Rapport français // Efreclivité des décisions Je justice Travaux de l'Association Henri Capitant. 1985. Paris: Economics, 1987. Tome 36. P. 421, 423.

² Кассационный суд, 19 апреля 1819 г., Holker c. Parker // G.A.D.I.P Par. 2.

³ Согласно ст. 14 ГК Франции: «Иностранец, хотя бы и не проживающий во Франции, может быть вызван перед французскими судами в связи с исполнением обязательств, принятых им на себя во Франции в отношении француза; он может предстать перед судами во Франции в связи с обязательствами, принятыми им на себя в другой стране в отношении французов». Согласно ст. 15 ГКФ: «Француз может предстать перед французским судом в связи с обязательствами, принятыми им на себя в другой стране, даже и в отношении иностранца».

⁴ Кассационный суд, 9 мая 1990, Dc Wrede//J.D 1. 1900. 613; G.A, D.I.P, Par. 10.

делу Мюнзер¹ отказ от пересмотра дела по существу стал носить общий характер.

В настоящий момент французское право, перейдя к системе контроля над иностранным решением, отказалось от требования пересмотра дела по существу. Так, решение Апелляционного суда Парижа от 10 ноября 1966 г. четко определяет, что «предметом изучения на стадии получения экзекватуры является решение, в отношении которого экзекватура испрашивается, а не сам спор». Но действует система смешанного типа. По общему правилу, получение экзекватуры необходимо для признания юридической силы за иностранным решением и его принудительного исполнения. Однако за отдельными категориями, не требующими принудительного исполнения, различные по объему юридические последствия признаются и без экзекватуры. В отличие от конвенционной практики и права международного арбитража, французское право не проводит четкого различия между режимами признания и исполнения иностранных судебных решений, поэтому при рассмотрении общего режима признания иностранных решений, французская доктрина говорит о степени их «эффективности» (*effet de la decision etrangere*) во Франции.

Судья обязан проверить указанные пять условий, и «...такая проверка, которая достаточна для обеспечения защиты правопорядка и французских интересов, - непосредственной задачи института экзекватуры, - представляет в любой области одновременно выражение и ограничение контрольных полномочий судьи, ответственного за исполнение во Франции иностранного решения, без того, чтобы этот судья должен наниматься пересмотром решения по существу».

В своей совокупности все пять условий отражают общий подход французского права в вопросе допущения эффективности иностранных решений на национальной территории. Вместе с тем, следует отметить, что они не являются чем-то статичным и меняются со временем. Так, в настоящее время первоначальный список сокращен до четырех пунктов. Кассационный суд решением по делу Башир от 4 октября 1967 г.,² лишил самостоятельности условие регулярности процедуры перед иностранным судом и отныне рассматривает его как один из аспектов соответствия публичному порядку; Соотношение между условиями меняется: одни теряют свой объем и значение, вплоть до их возможной отмены, другим же, напротив, отводится все более важная роль.

Английский суд исполнит иностранное решение при условии, что иностранное судебное учреждение компетентно рассмотрит данный спор. Однако квалификация иностранного суда как имеющего компетенцию определяется английским судом по его собственному закону, а не по

¹ Французские суды и ранее выносили решения, в которых говорилось о невозможности пересмотра дела по существу при принятии решения о выдаче экзекватуры. Например. Кассационный суд, 8 января 1963, Hohen/ollern // R.C.D.I.P. 1963. P. 109; Paris Court of appeal, October 2L 1955, Chan // J D-I-, 1956. P. 164; R.C.D.I.P., 1955. P. 769.

² Кассационный суд, 4 октября 1967, Bashir // J.D.I. 1969. P. 102. R.C.D.I.P., 1918, 98: G.A.D.I.J. Par. 45.

законодательству иностранного государства, суд которого рассмотрел дело. Английский суд не признает юрисдикцию иностранных судов только потому, что английские судебные учреждения могли бы быть компетентными в сходных обстоятельствах.

Наиболее приемлемыми основаниями для признания английскими судами компетенции иностранных судов являются местожительство (местопребывание) ответчика в пределах иностранной юрисдикции и соглашение сторон о подчинении дела рассмотрению иностранным судом (пророгационное соглашение). Вместе с тем, иностранное решение, даже удовлетворяющее приведенным условиям, не будет признано и исполнено в Великобритании, если оно не является окончательным. В дополнение к изложенному, по ходатайству лица, против которого иностранное решение вынесено, в его признании и исполнении может быть отказано в случаях, когда оно было принято вследствие обмана (однако, если судебный акт, вынесенный иностранным юрисдикционным органом, сам по себе касается вопроса обмана или заблуждения, он обладает исполнительной силой); противоречит естественному праву справедливости или публичному порядку; либо противоречит ст. 5 Закона о защите интересов торговли. Под последнюю категорию противоречий могут быть легко подведены иностранные решения, выносимые судами США, которые зачастую присуждают к нескольким видам взысканий в рамках антимонопольного законодательства.¹

Применительно к российскому законодательству следует отметить, что исполнение иностранных решений возможно лишь при наличии соответствующего международного договора (ч. 3 ст. 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», ч. 1 ст. 80 Федерального закона «Об исполнительном производстве», ч. 1 ст. 409 ГПК РФ, ч. 1 ст. 241 АПК РФ). Начиная с первого ГПК 1923 г. и в течение последующих десятилетий российское право придерживалось принципа невозможности исполнения иностранного судебного решения в тех случаях, когда отсутствовал международный договор. Делалось исключение только для решений о расторжении брака. Принятый 8 января 1998 г. ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в п. 7 ст. 1 закрепил, что решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федерации, при отсутствии международных договоров Российской Федерации решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом. Ныне действующий ФЗ от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в п. 6 ст. 1 дословно воспроизводит положения Федерального закона 1998 г. В указанном законе требование взаимности сформулировано в общем виде, не

¹ Schmitthoff C. Business Law. L., 1991. P. 225.

позволяющем точно определить содержание такой взаимности. По мнению Д.В. Литвинского, выражение «на началах взаимности» само по себе не предполагает обязательного отказа в признании и исполнении тех решений, право страны вынесения которых не демонстрирует взаимности в отношении решений российских судов.¹ Российское право не может требовать абсолютной взаимности, поскольку ее установление блокировало бы весь механизм признания и исполнения иностранных решений и лишало бы смысла само существование этого условия. Поль Лагард полагает, что «критерием признания иностранных решений должно быть лишь их качество в этой области и имеет смысл в том, чтобы позволить государствам при помощи договора вместе определить условия, позволяющие отличить хорошие решения от плохих».² На наш взгляд, не следует принцип взаимности рассматривать как альтернативу международному договору. Взаимность может включаться в качестве одного из условий наряду с юрисдикционной компетенцией и требованием публичного порядка.

Отсутствует единообразный подход в понимании взаимности в формулировках, используемых в настоящее время в нормативных актах стран СНГ. Так, в соответствии с п. 1 ст. 425 ГПК Казахстана, решения иностранных судов и арбитражей признаются и исполняются в республике Казахстан, если это предусмотрено законом или международным договором Республики Казахстан на началах взаимности (подчеркнуто мною – З.С.). В ст. 390 ГПК Украины закреплено, что решение иностранного суда признается и исполняется в Украине, если его признание и исполнение предусмотрено международными договорами или на основании принципа взаимности, закрепленной договором *ad hoc* с иностранным государством, решения судов которого исполняются в Украине (подчеркнуто мною – З.С.). Согласно ч. 1 ст. 1 Приложения №2 к Хозяйственно-процессуальному кодексу Беларуси, решения иностранных и международных арбитражных (третейских) судов признаются и исполняются в Республике Беларусь, если это предусмотрено международным договором Республики Беларусь либо на началах взаимности (подчеркнуто мною – З.С.). Приведенные примеры наглядно показывают закрепление в национальном законодательстве двух различных форм взаимности – договорной и внедоговорной. Каждая формулировка имеет разную смысловую нагрузку и соответственно приводит к изменению общего подхода к признанию иностранных судебных решений.

При разработке проектов ГПК и АПК РФ высказывались и обосновывались предложения о допущении признания и исполнения и при отсутствии международного договора, если соблюдена взаимность, то есть если в стране, суд которой вынес требующее исполнения решение, акты российских судов исполняются. Первый вариант проекта ГПК, разработанный в Министерстве юстиции РФ и опубликованный в 1995 году,

¹ Литвинский Д.В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины) - СПб., 2005. С. 387.

² Lagarde P. Op. cit. P. 145.

содержал правило о признании и исполнении решений иностранных судов, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации или при наличии взаимности. Как уже отмечалось, действующие ГПК РФ и АПК РФ условие взаимности не закрепили.¹ Несмотря на очевидную позицию законодателя, в литературе, а иногда и на практике высказывается точка зрения о возможности исполнения иностранных судебных решений и при отсутствии международного договора, если соблюдена взаимность. Здесь речь идет о внедоговорной взаимности, когда оказывается правовая помощь по исполнению судебных решений в отсутствие международного договора. Т.Н. Нешатаева отмечает, что «в российской международно-правовой науке дискутируется вопрос о возможности оказания правовой помощи в отсутствие международного договора, отсутствуют договоры России с Великобританией, США, но сложилась традиция придерживаться принципов «comity» - вежливости - при оказании правовой помощи».² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 7 июня 2002 г. и Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского округа от 2 декабря 2002 г. не являются убедительным примером того, что в области признания и исполнения иностранных решений действует принцип взаимности. Законность названных судебных актов вызывает сомнения, поскольку они приняты с нарушением процессуальных норм, устанавливающих императивные правила по вопросу о признании и исполнении иностранных судебных решений. Придавать взаимности статус общепризнанного принципа или нормы международного права нет оснований. В Постановлении 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» разъясняется, что «под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо», а «под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного».³ Однако на современном этапе развития международного права признание и исполнение иностранных судебных решений не рассматривается международным сообществом государств как юридически обязательное. Требование о признании иностранного судебного решения в отсутствие международного договора нарушает принцип суверенного равенства государств. Осуществление правосудия является актом государственного суверенитета, которое ограничивается собственной

¹ Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.М. Жуйкова, В.К. Пучинского, М.К. Треушникова. - М., 2003. С. 871.

² Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. - М., 2004. С. 536.

³ Бюллетень ВС РФ. 2003. №12.

территорией. Не существует обязанности признавать иностранное судебное решение в силу норм международного права. Общеизвестных норм международного права о признании и исполнении иностранных судебных решений в обязательном порядке не существует.

Представляется, что для использования принципа взаимности при отсутствии международного договора будет необходимо изменение позиции законодателя, т.е. закрепление его в российском законодательстве. В большинстве государств, формулирующих требование взаимности, ее существование носит характер презумпции, действующей до того момента, пока не будет доказано обратное. Аналогичная формулировка может быть использована и в российском законодательстве. Она может стать временным условием, которое будет отменено, как только другие условия исполнения иностранных судебных решений будут четко сформулированы в российском праве с учетом межгосударственного сотрудничества на договорном уровне.

Установление условий признания зависит от предмета признания, обусловленного видом судебного решения. В зависимости от вида судебного решения признание может быть простым и квалифицированным. Простое признание применяется в отношении решений, не требующих принудительного исполнения. В этом случае юридические последствия признания связаны с действием свойств неопровержимости, исключительности и преюдициальности. Простое признание без дальнейшего производства по делу возможно при отсутствии возражений со стороны заинтересованного лица, которые оно может заявить в течение определенного времени. Установленная законом презумпция отсутствия возражений относительно признания решения может быть опровергнута заинтересованным лицом. Таким образом, условием простого признания без дальнейшего производства по делу будет отсутствие возражений со стороны заинтересованного лица в течение установленного времени. Второй вариант простого признания предполагает производство по делу, когда поступают возражения заинтересованного лица против признания. Суд проверяет обоснованность возражений, наличие препятствий к признанию, являющихся основаниями отказа в признании иностранного судебного решения.

Квалифицированное признание представляет собой более сложную процедуру, состоящую из подтверждения действия законной силы судебного решения и санкционирования (допущения) принудительного исполнения. Допущение принудительного исполнения не происходит автоматически, исходя из признания, для этого необходимо заявление ходатайства взыскателем в течение срока исполнительской давности. Усложнение порядка признания связано с дополнительными требованиями к действию свойства исполнимости. На взыскателя возлагается обязанность представления надлежащим образом оформленных документов, позволяющих признающему суду начать процедуру по разрешению принудительного исполнения. Должник может воспользоваться своим правом на возражения,

ссылаясь на обстоятельства, препятствующие принудительному исполнению и являющиеся основаниями к отказу в выдаче экзекватуры.

Суд, проверив требуемые условия, может отказать в признании и разрешении принудительного исполнения. Следует отметить, что условия простого и квалифицированного признания непосредственно связаны с установлением наличия или отсутствия обстоятельств, препятствующего характера, являющихся основаниями к отказу в признании и разрешении принудительного исполнения. Таким образом, общим условием для признания будет отсутствие оснований к отказу в признании и разрешении принудительного исполнения. Есть основания считать, что проверка условий признания требует активности суда в смысле действий по своей инициативе независимо от наличия или отсутствия возражений против признания со стороны заинтересованных лиц. При этом активность суда должна проявляться при проверке условий, обеспечивающих защиту публичных интересов. Требуется также внимание к вопросу о том, как будет распределяться обязанность по доказыванию обстоятельств, относящихся к условиям признания. Нормативно закрепленные в национальных и международных источниках основания отказа в признании имеют разнородную правовую природу, что вызывает необходимость их классификации. Баланс частных и публичных интересов предопределяет деление оснований к отказу на две группы. К первой группе относятся основания, имеющие целью защиту частного интереса лица, участвующего в споре (сторона не была извещена о времени и месте рассмотрения дела, решение не вступило в законную силу, истек срок исполнительской давности и др.). Ко второй группе относятся основания, обеспечивающие защиту публичных интересов государства и общества (нарушение правила об исключительной подсудности, несоответствие публичному порядку, угроза безопасности или суверенитету государства)¹.

В соответствии с принципами состязательности и диспозитивности основания первой группы должны быть доказаны стороной, против которой постановлено решение, а суд должен ставить их на обсуждение и принимать во внимание только по заявлению стороны. Основания отказа в признании, имеющие частно-правовую природу, дают должнику еще одну возможность защитить свои интересы. В данном случае предполагается активная позиция должника по доказыванию препятствующих обстоятельств, служащих основаниями отказа в признании и разрешении принудительного исполнения. Основания, относящиеся ко второй группе, должны быть предметом судебного контроля независимо от возражений заинтересованной стороны. С учетом этих положений следует отметить, что суд при признании иностранных судебных решений, не нуждающихся в принудительном исполнении, должен проверять основания публичного характера независимо от возражения должника. Признание решения иностранного суда, рассмотренного с нарушением норм российского права об исключительной

¹ Ануфриева Л.П. Международное частное право. - М., 2001. С. 383.

подсудности, при отсутствии возражений должника будет нарушением принципа законности. Есть основания утверждать, что при этом теряется смысл судебного контроля в отношении иностранных судебных решений, призванного защищать не только частные, но и публичные интересы.

МЕСТО ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В СИСТЕМЕ ПРИНЦИПОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Томина А.П. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса

В соответствии со ст. 2 ГПК РФ, главной целью гражданского судопроизводства является защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов РФ, субъектов РФ, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых и иных правоотношений.

Исходя из того, что задачи гражданского судопроизводства достигаются в процессе практической деятельности субъектов гражданских процессуальных правоотношений, применение норм гражданского процессуального права невозможно без уяснения их внутренней связи и согласованности, в основе которой лежат принципы гражданского процессуального права.

Н.А. Чечина обращает внимание на то, что один отраслевой принцип, каким бы важным он ни был, не может дать полное представление о специфике и содержании норм отрасли права. Поскольку изолированное действие (применение) любого принципа как самостоятельного правила, вне связи с другими, автономно или обособленно невозможно, это предполагает оценку значимости принципов именно в системе¹. В процессуальной литературе наиболее часто встречается мысль о том, что взаимосвязь принципов определяется единством выраженных в них идей, устремленностью к достижению единой цели².

По мнению В.С. Букиной, под системой принципов гражданского процессуального права следует понимать «складывающуюся из множества проявлений в нормах права целостность принципов в их единстве и

¹ Чечина Н.А. Основные направления развития науки гражданского процессуального права. - Л., 1987. С. 83; Гражданский процесс. Учебник под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. - М., 2001. С. 23; Чечина Н.А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление. Избранные труды по гражданскому процессу. - С.-Пб.: Издательский Дом С-Петербур. гос. ун-та, 2004. С. 268-269.

² Гражданский процесс под ред. В.В. Яркова - М.: БЕК, 1999. С. 25; Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. - М., 1971. С. 34; Орлова Л.М. Права сторон в гражданском процессе. - Минск: БГУ, 1973. С. 20.

противоположности, взаимообусловленности, взаимополагаемости и взаимогарантированности»¹.

Система принципов процессуального права как взаимообусловленное и взаимосвязанное их единство определяет сущность гражданского процессуального права, предопределяет возможность реализации права граждан на судебную защиту, ее доступность, а также позволяет выявить основные черты процессуальной формы².

Все вышеизложенное дает основание для вывода: оценка реального действия принципа состязательности возможна только с учетом его связи со всеми остальными принципами³.

Прежде всего, принцип состязательности связан с диспозитивностью гражданского судопроизводства.

Принцип диспозитивности – это нормативно-руководящее положение, в соответствии с которым главным движущим началом гражданского судопроизводства служит инициатива участвующих в деле лиц⁴. Р.Е. Гукасян уточняет это положение, указывая, что «главным источником движения гражданского процесса служит инициатива материально (лично) заинтересованных лиц»⁵.

Поскольку предметом судебного разбирательства является нарушенное или оспоренное право или законный интерес сторон, сторонам и должно принадлежать право влиять на регулирование движения гражданского судопроизводства. Выражением этого права является принцип диспозитивности⁶.

В.В. Самсонов предлагает разграничивать принцип состязательности и диспозитивности следующим образом: во-первых, в соответствии с доктриной гражданского процесса с диспозитивностью связывают лишь те положения процесса, от которых зависит его возникновение, развитие и окончание, возможность распоряжаться спорным субъективным правом. Сущность же принципа состязательности заключается в том, что этот принцип определяет такой порядок отправления правосудия, при котором стороны - истец и ответчик - сами определяют доказательства, которые необходимы им для подтверждения своих требований и возражений. Во-вторых, принцип диспозитивности представляет сторонам, участвующим в деле, возможность свободно распоряжаться своими материальными и процессуальными правами. Принцип состязательности, напротив, возлагает на стороны обязанности

¹ Букина В.С. Принципы советского гражданского процессуального права (теоретические вопросы понятия и системы). Дисс. канд. юрид. наук. - Л., 1975. С. 136.

² Чечина Н.А. Основные направления развития науки гражданского процессуального права. С. 84.

³ Тараненко В.Ф. Принципы диспозитивности и состязательности в советском гражданском процессе. - М.: ВЮЗИ. 1990. С. 36-37.

⁴ Гражданское процессуальное право. Учебник под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект. 2004. С. 52; Гражданский процесс. Учебник под ред. М.А. Вилкут. - М.: Юристъ, 2004. С. 46.

⁵ Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. - Саратов, 1970. С. 67.

⁶ Самсонов В.В. Состязательность в гражданском процессуальном праве. Дисс. канд. юрид. наук. - М., С. 46; Гурвич М.А. Судебное решение, теоретические проблемы. - М., 1976. С. 18; Поляков И.Н. Принцип диспозитивности в деятельности судебных и общественных юрисдикционных органах, рассматривающих гражданские дела. Автореф. канд. юрид. наук. - М., 1977.

предоставить суду доказательства, подтверждающие их требования либо возражения¹.

В содержание принципа диспозитивности входит и само наличие, а также осуществление прав, закрепляющих возможность заинтересованных лиц возбуждать, продолжать и заканчивать процесс и возможность определять объем судебной защиты.²

К.И. Малышев отмечал, что «разные действия суда в процессе зависят от требований сторон, от их инициативы, и спорные отношения сторон обсуждаются по тем только фактам, которые сообщены суду тяжущимися»³. В юридической литературе правильно отмечалось, что принцип диспозитивности в гражданском процессе является отражением самостоятельности субъектов в имущественных и связанных с ними неимущественных отношениях⁴.

Право сторон и других лиц, участвующих в деле, свободно распоряжаться материальными и процессуальными правами имеет пределы, обусловленные соображениями охраны общественных и государственных интересов, интересов лиц, участвующих в деле, а также соображениями укрепления законности и правильного разрешения дела.

«Если в зависимости от инициативы заинтересованных в исходе дела лиц процесс возбуждается, изменяется, переходит из стадии в стадию, если деятельность этих лиц выступает двигательным началом в процессе, то и сам процесс должен строиться как их состязание перед судом, в ходе которого они доказывают обоснованность своих требований и возражений.

С другой стороны, если процесс строится как состязание заинтересованных в исходе дела лиц перед судом, то это требует не только того, чтобы стороны сами собирали и предъявляли доказательства, но, прежде всего, предполагает, что стороны свободно сами распоряжаются своим материальным правом и средствами его защиты»⁵.

Так, Т.М. Яблочков указывал, что «в основе состязательного порядка судопроизводства лежит та идея, что судья призван разрешить вопрос о праве; заинтересованные же лица должны представить нужный для решения материал. Касательно значения этого материала проходит состязание перед судом в словесной форме, которое и должно открыть истину»⁶.

На основе приведенного положения Т.В. Докучаева справедливо делает вывод: согласно традиционной теории это положение принципа состязательности обусловлено природой частных прав, защищаемых тяжущимися. Так как осуществление гражданского права может интересовать исключительно лишь его обладателя, то и защита его в

¹ Самсонов В.В. Указ. соч. С. 48.

² Гурвич М.А. Советское гражданское процессуальное право. - М., 1964. С. 39-40.

³ Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. - С.-Пб., 1876. Т.1. С. 18.

⁴ Галесник Л.С. Вопросы общей теории советского права. - М., 1960. С. 27.

⁵ Ференс-Сороцкий А.А. Аксиомы и принципы гражданско-процессуального права. Дисс. канд. юрид. наук. - Л., 1989. С. 39.

⁶ Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. - Ярославль, 1910. С. 25.

судебном порядке должна быть поставлена в зависимость от воли упавомоченного лица¹.

Взаимосвязь состязательности и диспозитивности можно проследить на этапе подачи искового заявления: в нем истец должен указать не только предмет и объем исковой защиты, определив их, в соответствии с принципом диспозитивности, по своему усмотрению, но и обстоятельства, на которых оно основывает свои требования, доказательства, подтверждающие их (ч.2 ст. 131 ГПК РФ), а последнее относится к правилам, выражающим содержание принципа состязательности.

Выбирая порядок участия в процессе, (лично или через представителя), истец, тем самым, не только осуществляет свое диспозитивное правомочие, но и определяет форму своей состязательной деятельности; привлекая к участию в процессе соистцов и третьих лиц без самостоятельных требований, он расширяет круг субъектов доказывания и т.д.

В свою очередь, направление ответчику копий искового заявления и (в необходимых случаях) копий приложенных к нему документов, является не только отправным моментом судебного состязания, но и важной предпосылкой осуществления ответчиком его диспозитивных прав: узнав о возбуждении гражданского дела и ознакомившись с изложенными в исковом заявлении фактами, ответчик может прийти к решению о добровольном выполнении требований истца или о заключении с ним мирового соглашения².

Таким образом, с действием принципа состязательности тесно связано осуществление сторонами всех правомочий диспозитивного характера. Так, например, для обоснования нового предмета иска, как правило, бывает недостаточно представленных истцом доказательств. Необходимы новые, ранее не представленные доказательства, следовательно, изменение истцом предмета иска означает и изменение направления его доказательственной деятельности³.

Прежде чем сделать вывод о необходимости изменения основания иска, истец, как правило, анализирует результаты судебного состязания, которые могут выражаться, например, в доводах, высказанных процессуальными оппонентами, в показаниях свидетелей, в итогах судебного исследования доказательств.

Изменение истцом основания иска (то есть действие, выражающее содержание принципа диспозитивности), обусловлено ходом судебного состязания, но, свою очередь, служит импульсом к совершению сторонами действий, выражающих содержание принципа состязательности –

¹ Докучаева Т.В. Гражданско-процессуальная доктрина истины в России конца XIX-XX веков. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1999. С. 41.

² Евдотьева И.А. Принцип состязательности как правовая гарантия защиты прав граждан на различных стадиях гражданского процесса. // Процессуальные средства реализации конституционного права на судебную и арбитражную защиту. – Калинин, 1982. С. 13.

³ Евдотьева И.А. Указ. соч. С. 13.

представлению новых доказательств, вызову новых свидетелей, высказыванию суду своих мнений и соображений (ст. 56 ГПК РФ)¹.

Отказ от иска, признание иска, мировое соглашение сторон принимаются судом только в том случае, если они не противоречат закону и не нарушают права и интересы других лиц. Убедиться в этом суд может только в результате анализа и сопоставления доводов сторон, исследования доказательств, подтверждающих эти доводы, то есть также при реализации основных требований принципа состязательности².

Таким образом, практическое полезное действие исследуемых принципов возможно только в том случае, если нормы ГПК сформулированы на основе необходимости учета их взаимосвязи.

Анализ проблемы состязательности судопроизводства, несомненно, имеет прямое отношение к справедливому и законному отправлению правосудия, ведет к становлению более совершенной юридической практики. Социальная действительность свидетельствует о необходимости совершенствования правовых институтов и деятельности судов, поскольку принцип равноправия сторон является обязательной предпосылкой состязательности в гражданском процессе³.

В свою очередь, диспозитивность и состязательность предполагают равенство прав сторон. «Если процесс строится как состязание, то оно возможно лишь при равенстве в правах состязующихся и при полной возможности пользоваться своими процессуальными правами»⁴. Следовательно, одной из необходимых предпосылок и условий состязательного процесса является процессуальное равноправие сторон. Реально состязаться могут только субъекты, которые имеют в процессе равные возможности для защиты своих интересов.

Р. Иеринг отмечал, что понятие справедливости основано на принципе равенства в праве⁵.

Совершенствование гражданского процессуального законодательства, призванного обеспечить надежную и эффективную защиту прав граждан, должно сочетать в себе создание определенных удобств для сторон в сфере применения права, а также соблюдения разумного баланса интересов как истца, так и ответчика⁶.

Следует отметить, что осознание значимости процессуального равноправия сторон как обязательной предпосылки состязательного судопроизводства характерно не только для современного периода.

Д.В. Туткевич указывал, что полное невмешательство суда в состязание сторон уместно только там, где по составу населения тяжущиеся более или менее интеллектуально равносильны, чего невозможно даже

¹ Гражданское процессуальное право. Учебник под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект, 2004. С. 65.

² Евдотьева И.А. Там же. С. 14.

³ Самсонов В.В. Указ. соч. С. 108.

⁴ Ференс-Сороцкий А.А. Указ. соч. С. 39.

⁵ Иеринг Р. Цель в праве. Т. 1. - С.-Пб., 1881. С. 265.

⁶ Самсонов В.В. Указ. соч. С. 62.

презумировать в России¹. Однако это предполагает в свою очередь существование в процессе (и вне его) ряда экономических гарантий такого равноправия. К сожалению, в настоящее время это положение может служить скорее ориентиром, перспективой на будущее, нежели реально существующим фактом.

Анализируя практику рассмотрения конкретных дел, приходится констатировать, что обязанности суда в гражданском судопроизводстве по организации состязательного процесса выполняются лишь формально, а реальное экономическое неравенство сторон влечет за собой невозможность равного их состязания в процессе. Формальный подход суда к выполнению своих обязанностей автору этих строк приходится видеть достаточно часто, но фактически получается, что нарушений процессуального закона нет – судья зачитал соответствующую статью, спросил у сторон, понятно ли им ее содержание, и в протоколе судебного заседания сделана соответствующая запись.

Поясняя сказанное, следует отметить, что в основном судьи ограничиваются весьма поверхностным перечислением прав лиц, участвующих в деле, и очень редко разъясняют смысл какого-либо специального правомочия. Нередко поэтому возникают ситуации, когда лица, участвующие в деле, не совершают действий, указанных в законе, потому что не знают, что это для них может быть необходимо и выгодно.

Безусловно, в таких ситуациях в более выигрышном положении оказывается субъект, который имеет возможность воспользоваться квалифицированной юридической помощью. А как быть тем, для кого такая возможность отсутствует?

Поэтому в гражданском судопроизводстве должны быть механизмы, которые могут обеспечить процессуальное равноправие субъектов, чье материальное положение отличается². В юридической литературе справедливо отмечается, что состязательность сама по себе вряд ли имеет ценность вне связи с объективной реальностью³.

Как отмечает В.В. Самсонов, «на пути реализации идеи состязательного судопроизводства встречается ряд препятствий, носящих социальный характер: например, неспособность государства обеспечить всем слоям населения квалифицированную помощь. Несмотря на то, что получение такой помощи гарантировано Конституцией РФ, практика свидетельствует о декларативности этого положения»⁴.

«Последовательное проведение в жизнь принципа состязательности возможно только при установлении равенства процессуальных прав сторон,

¹ Туткевич Д.В. О достижении материальной правды в гражданском процессе. // Журнал Мин-ва Юстиции. – С.-Пб., 1897. №2. С. 45-46.

² Шишкин С.А. Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав. Дисс. канд. юрид. наук. – М., 1996. С. 18.

³ Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. – Новосибирск, 1997. С. 265; Бернам У., Решетникова И.В., Ярков В.В. Судебная реформа: проблема гражданской юрисдикции. – Екатеринбург, 1996. С. 27.

⁴ Самсонов В.В. Указ. соч. С. 53-54.

то есть там, где стороны располагают равными процессуальными средствами защиты. В этом смысле принцип процессуального равноправия выступает в качестве одной из необходимых предпосылок состязательности. Реальность принципа состязательности должна обеспечиваться тем, что закон должен представлять лицам, участвующим в деле широкие процессуальные права и обеспечивать равную возможность ими воспользоваться при защите своих законных интересов. Принцип процессуального равноправия сторон не устанавливает объема их прав в процессе, а лишь ставит их в равное положение при использовании принадлежащих им прав. Что касается круга процессуальных прав, то он формируется под непосредственным воздействием принципа диспозитивности, устности и непосредственности, состязательности»¹.

Таким образом, анализ принципа состязательности возможен только в соотношении с принципом процессуального равноправия. Рассмотрение этих вопросов, безусловно, имеет прямое отношение к справедливому и законному отправлению правосудия, ведет к становлению более совершенной юридической практики.

Действие принципов состязательности, процессуального равноправия сторон, диспозитивности обеспечивает достижение объективной истины в процессе.

Достижение объективной истины, являясь средством защиты прав и законных интересов, служит важной вехой на пути осуществления правосудия. Выяснение действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон, предопределяющее конечный вывод суда, есть основа справедливости.

Однако в настоящее время вопрос о месте принципа объективной истины в системе принципов гражданского процессуального права, о соотношении объективной истины и состязательности, относится к дискуссионным.

После изменений процессуального законодательства 1995 года в общем виде можно выделить несколько точек зрения по данному вопросу.

Исключение из процессуального законодательства нормы об обязанности суда собирать доказательства по собственной инициативе дало основание некоторым авторам сделать вывод о том, что законодатель отказался от принципа объективной истины в гражданском процессе². В некоторых учебниках после 1995 года данный принцип вообще не упоминался³, что можно назвать существенным недостатком таких учебников. Другие авторы высказывали мнение, в соответствии с которым в

¹ Тараненко В.Ф. Указ. соч. С. 36-37.

² Комментарий к ГПК РФ под ред. М.К.Треушникова. - М.: Спарк. 1997. С. 26. Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. – Екатеринбург, 1997. С. 11; Шишкин С.А. Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1996.

³ Гражданский процесс. Учебник под ред. М.К.Треушникова. - М., Городец. 1998. Гражданский процесс. Учебник под ред. В.В.Яркова. - М.: Изд-во БЕК, 1999. Гражданский процесс. Учебник под ред. В.В.Яркова. - М.: ВолтерсКлувер, 2004.

настоящее время возможно достижение в процессе только формальной истины¹. Однако большинство процессуалистов считает, что отказываться от данного принципа нельзя².

Процессуалисты, считающие возможным отказаться от принципа объективной истины в гражданском процессе, по всей видимости, исходят из того, что исключение из текста процессуального закона формулировки, обязывающей суд собирать доказательства по собственной инициативе, автоматически означает невозможность установить действительные обстоятельства дела (объективную истину) каким-либо иным образом.

Но при этом они не учитывают, что изменившиеся социально-экономические условия объективно не позволяют сохранить содержание принципа в том виде, в котором он оправдывал себя в советский период, но, в то же время, отказ от него грозит невозможностью реализации положений Конституции РФ о праве на судебную защиту.

Компромиссным, на первый взгляд, может показаться предложение рассматривать истину, устанавливаемую судом, как юридическую (формальную). По мнению В.В. Яркова, под влиянием изменения социально-правовых реалий и законодательства изменился и ряд принципов. «Принцип объективной истины свелся фактически к установлению юридической истины, соответствующей материалам дела»³. Указанный автор говорит о принципе формальной истины, имея в виду, что суд не должен стремиться выяснить подлинные взаимоотношения сторон. Кроме того, автор отмечает, что в настоящее время в соответствии с принципом юридической истины суд разрешает дело на основании представленных сторонами доказательств, не вмешиваясь в процесс доказывания, и лишь определяет, какие факты и какая сторона должна доказывать, то есть распределяет между ними обязанность по доказыванию.

Взаимосвязь же принципа юридической истины с принципом состязательности проявляется в том, что суд теперь может отказать в удовлетворении иска, например, за недоказанностью, а сам не будет принимать мер к установлению обстоятельств дела.

Представляется, что со всеми перечисленными доводами трудно согласиться. Прежде всего, вызывает сомнение правильность избранного

¹ Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. - М.: Норма, 1999. С. 100; Плюхина М.А. Истина в гражданском судопроизводстве. // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. - М., 2001. №1. С. 334; Бернам У., Решетникова И.В., Ярков В.В. Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. - Екатеринбург, 1996. С. 26; Клеандров М.И. Арбитражный процесс. - М.: «Юристъ», 2003. С. 117.

² Гражданский процесс. Учебник под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. - М., 2001. С. 33-34. Гражданское процессуальное право. Учебник под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект, 2004; Олегов М.Д. Истина в гражданском процессе. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1999; Чистякова О.П. Проблема активности суда в гражданском процессе Российской Федерации. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1998; Стрельцова Е.Г. Восприятие основных принципов гражданского процесса в новейшем процессуальном законодательстве. Ст. в сб. Новеллы гражданского процессуального права. Материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию М.С. Шакарян. МГЮА. 2004. С. 34-37.

³ Решетникова И.В., Ярков В.В. Указ. соч. С. 98.

термина – может ли истина быть формальной?¹ И применительно к этой ситуации правомерно вспомнить рассуждения дореволюционных процессуалистов.

Так, Д.М. Азаревич категорически утверждал: «Есть только одна правда, правда – материальная, которая состоит в согласии представления с действительностью. Так называемая формальная или юридическая правда не есть правда, а есть простая фикция, то есть положение, принятое лишь по повелению положительного закона».²

Л.С. Гольденвейзер утверждал, что формальной правды не существует вообще, существует только правда материальная, которая «в законе обуславливается его формализмом и единообразием применения».³

Достижение материальной, а не формальной правды, указывал Л.С. Гольденвейзер, возможно путем усиления формализма и в доказательствах, который проявляется в требовании письменной формы для договоров и исключения свидетельских показаний. «Это единственно верный путь для достижения истинной правды в огромном большинстве случаев. Гарантией правосудия может быть только строжайший формализм закона».⁴

Еще одним сторонником установления материальной истины в гражданском процессе являлся и К.И. Малышев. «Истина столь же необходима для суда, как и справедливость. Если бы суд стал ошибочно или ложно признавать действительные факты несуществующими, а факты вымышленные действительными, и применять к ним затем правила закона со всею точностью, такая комедия правосудия указывала бы на глубокую порчу его и была бы страшным бедствием для народа».⁵

К.И. Малышев указывал, что достижение материальной истины возможно и в состязательном процессе, но суду должен быть предоставлен широкий круг полномочий для достижения в гражданском процессе ее полного раскрытия.

В.А. Рязановский провозглашал достижение материальной истины постулатом любого процесса. «Суд должен установить право действительно существующее, а не формальное право. Формальная истина есть фикция истины, принимаемая за таковую предписанием закона – при невозможности или крайней затруднительности раскрытия материальной истины».⁶ Он указывал на то, что при организации процесса должны быть приняты во внимание и частные, и публичные интересы.

¹ Достаточно подробно вопрос о терминологии рассматривается в диссертационных исследованиях. См., например: Докучаева Т.В. Указ. соч. С. 3, 4, 5. Олегов М.Д. Истина в гражданском процессе. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1999. С. 15-18.

² Азаревич Д.М.. Правда в гражданском процессе. Журн. гр. и уг. права. 1888. Кн.1 С. 2.

³ Гольденвейзер Л.С. Доклад члена Общества, читанный в собрании Общества 23.10.1899г. «О материальной, а не формальной правде» и «О широком просторе усмотрения суда» в проекте об обязательствах. – Киев, 1901. С. 1.

⁴ Гольденвейзер Л.С. Указ. соч. С. 14.

⁵ Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. – С.-Пб., 1876. Т.1. С. 18.

⁶ Рязановский В.А. Единство процесса. - М., 1996. С. 31.

В.А. Рязановский отмечал, что в целях достижения материальной истины, которые обусловлены интересами публичными, интересами правильного отправления правосудия, суду должна быть предоставлена возможность направлять деятельность тяжущихся по пути исследования материальной истины, то есть принцип состязательности должен быть дополнен началом следственным, принципом материального руководства суда процессом.

Это означает, что вмешательство суда должно быть там, где есть в этом необходимость для достижения материальной истины, причем особо оговаривается, что должны реализовываться права личности, так как «в современном процессе личность не может быть объектом процесса, а всегда является субъектом в нем».

Особого внимания заслуживает позиция Е.В. Васьковского, который, объясняя суть правильности судебного решения, указывал, что она состоит, во-первых, в соответствии его действительному смыслу юридических норм, а, во-вторых, в соответствии его фактическим обстоятельствам разбираемого дела. Первое он называет постулатом правомерности, второе – постулатом материальной правды.¹ Последний должен обеспечиваться надлежащим устройством судов и судопроизводства.

Сущность гражданского процесса обусловлена частным характером защищаемых прав и заключается в проверке истинности заявлений сторон о фактах. Это обуславливает и его цель – «осуществление материальных гражданских прав, а не установление материальной правды».²

Таким образом, в результате рассмотрения дела суд нередко устанавливает формальную правду, то есть, «суд должен применять законы к фактическим обстоятельствам разрешаемых дел не в том виде, какой эти обстоятельства имеют в действительности, а в том виде, как они могут быть установлены судом на основании приведенных сторонами данных и при помощи предписанных законом правил оценки доказательств».³

Суд должен только помогать тяжущимся при установлении фактических обстоятельств дела, но не может при этом ни поступать наперекор воле заинтересованной стороны, ни производить самостоятельных розысков процессуального материала. Материальная правда, по мнению Е.В. Васьковского, это сформированное предположение, которое в каждом конкретном случае может быть либо формальным, либо материальным. Это объясняется природой предмета спора – ведь он частно-правовой. Несмотря на то, что стороны представляют фактический материал, а суд использует установленные законом правила оценки доказательств, и все это имеет целью достижение материальной правды, в реальности часто достигается только правда формальная.

¹ Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. - М.: Изд-е Бр. Башмаковых, 1913. Т. 1. С. 356.

² Васьковский Е.В. К вопросу о значении признания в гражданском процессе. // Право. 1915. С. 361.

³ Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. - М.: Изд-е Бр. Башмаковы, 1913. Т. 1. С. 393-394.

Таким образом, материальная истина представляет собой полное раскрытие судом, наделенным активными полномочиями *ex officio*, действительных обстоятельств дела, которое обеспечивается реализацией принципа состязательности сторон.

Кроме того, важным является и то, что термин «формальная истина» противоречив по своей сути: формально истинное суждение – суждение ложное.

Возвращаясь к исходным рубежам нашего исследования, следует сказать, что и в настоящее время большинство процессуалистов высказываются за необходимость выделения в системе принципа объективной (судебной) истины.

Более того, закон предусматривает целый ряд мер, направленных на обеспечение реализации этого принципа. Принцип состязательности возлагает на стороны роль основных агентов доказывания с распределением между ними деятельности по доказыванию.

Поскольку принцип состязательности – один из основополагающих принципов гражданского процессуального права, основанный на противоположности материально-правовых интересов сторон, он создает благоприятные условия для выяснения всех имеющих существенное значение для дела обстоятельств и вынесения судом обоснованного решения.

В силу принципа состязательности стороны, другие участвующие в деле лица, если они желают добиться для себя либо лиц, в защиту прав которых предъявлен иск, наиболее благоприятного решения, обязаны сообщить суду имеющие существенное значение для дела юридические факты, указать или представить суду доказательства, подтверждающие или опровергающие эти факты, а также совершить иные предусмотренные законом процессуальные действия, направленные на то, чтобы убедить суд в своей правоте.

В соответствии с принципом состязательности стороны и другие лица, участвующие в деле, наделены широкими правами, позволяющими им отстаивать свою позицию. Реализация данного принципа дает возможность наиболее полно исследовать обстоятельства дела, так как стороны сами заинтересованы в обосновании своих притязаний.

Таким образом, принцип состязательности обеспечивает полноту фактического и доказательственного материала, способствует всестороннему, полному и объективному выяснению действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон. А все это обеспечивает достижение истины по делу.

Установлению истины по делу способствует наделение сторон равными процессуальными правами по собиранию и представлению доказательств, представлению им одинаковых возможностей в плане участия в судебном заседании, наличие обязанности суда содействовать сторонам в

реализации процессуальных прав. Совокупные, хотя и разнонаправленные действия сторон в процессе обеспечивают установление искомых фактов¹.

По справедливому замечанию А.Т. Боннера, единственным путем к установлению действительных обстоятельств дела должна стать подлинная состязательность сторон в представлении и исследовании доказательств под руководством хотя и беспристрастного, но всемерно заинтересованного в установлении истины суда².

Состязательная форма процесса должна обеспечить реализацию ст. 2 ГПК, а это предполагает защиту судом действительно нарушенных или оспариваемых неправомерно прав, свобод и охраняемых законом интересов. «Весьма четко сформулированный в ч. 2 ст. 12 ГПК принцип состязательности имеет не только, а может быть, и не столько самостоятельное значение, но занимает весьма важное место в системе гарантий установления судебной (объективной) истины»³.

В настоящее время суд не может быть пассивным наблюдателем процессуального противоборства сторон. На суд возлагается максимум возможных в состязательном процессе обязанностей по установлению истины по делу, то есть действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон в спорном правоотношении.

«То, что действующий ГПК содержит нормы, закрепляющие принцип объективной истины, подтверждается структурой процессуального познания, наличием в нем активных полномочий суда настолько, насколько это требуется для установления фактических обстоятельств по каждому гражданскому делу»⁴.

Поскольку в современных условиях установление истины по делу может быть только результатом полноценного состязания сторон, принципы состязательности и объективной истины взаимообусловлены. Возникает вопрос: может ли быть установлена в процессе объективная истина (действительные обстоятельства дела), если процесс не состязательный?

Представляется, что может, так как это допустимо и при следственном типе судопроизводства. Но защитить свои права более реально в состязательном процессе, где суд сам не расследует и не собирает доказательства, а дает сторонам возможность осуществить процессуальное противоборство перед лицом беспристрастного арбитра.

По мнению Е.А. Нефедьева, главной задачей суда является обнаружение действительной истины, которая должна быть выведена из состязания сторон перед судом, так как состязание дает суду «возможность

¹ Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. - М.: Городец, 2004. С. 52.

² Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. - М., 2000. С. 52; Боннер А.Т. Гражданский процессуальный кодекс. Проблемы применения. ЛексЭст. - М., 2005. С. 26.

³ Боннер А.Т. Гражданский процессуальный кодекс. Проблемы применения. ЛексЭст. - М., 2005. С. 26.

⁴ Докучаева Т.А. Гражданско-процессуальная доктрина истины в России конца XIX-XX веков. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1999.

развить свое убеждение о праве тяжущихся до той степени достоверности, которая необходима для безошибочного решения дела».¹

Сущность судебной защиты, указывал Е.А. Нефедьев, требует того, чтобы суд постановлял решение согласно с действительно существующими фактами, то есть чтобы ему даны были способы убедиться в их существовании и чтобы он не был поставлен в необходимость довольствоваться доказательствами, представленными сторонами...

Но в настоящее время у суда не может быть обязанности по собиранию доказательств в гражданском судопроизводстве, так как именно невозможность ее практической реализации явилась основанием для изменения процессуального законодательства в 1995 году.

По мнению Д.М. Азаревича, задачей любого процесса, ведущегося и в интересе публичном, и в интересе частном, является принятие решения, согласного с действительным положением дела. А это есть стремление к материальной правде.

Ученый не согласен с положением о том, что это является характерной чертой именно следственного процесса, так как «нельзя отождествлять принцип следственности с принципом материальной правды, так как первый относится ко второму как средство к цели».² Чисто следственный или чисто состязательный процесс не могут гарантировать достижение материальной правды. Поэтому Д.М. Азаревич видит наиболее эффективной «форму состязательную, обставленную более или менее следственным началом, поскольку оно делает нахождение правды более обеспеченным и твердым»³.

Представляется, что автор справедливо не видел оснований рассматривать следственное и состязательное начала как взаимно исключающие формы производства, и материальная правда является соответствием представлений судьи о споре действительности, которое можно достичь при сочетании следственного и состязательного начал в судопроизводстве, где границы состязательности обусловлены нахождением правды. И в связи с этим, по мнению Д.М. Азаревича, суду должна быть предоставлена большая свобода в раскрытии фактической основы спора. Задачей суда должно быть полное раскрытие действительных обстоятельств дела и точное применение к ним положительного закона. И только в этом случае в решении суда отразится материальная, а не формальная правда.

Е.В. Васьковский утверждал, что состязательность лучше обеспечивает достижение материальной правды в процессе, так как каждая сторона заинтересована в исходе дела.

В связи с этим сторона стремится представить доказательства, свидетельствующие в ее пользу, с максимальной полнотой, а также опровергнуть ложный или искаженный факт, на который опирается другая сторона. Государство же в лице судебной власти заинтересовано здесь только

¹ Нефедьев Е.А. Основные начала гражданского судопроизводства. Речь, произнесенная в торжественном годовом собрании Императорского Казанского Университета. 5.11.1895. - Казань, 1895. С. 33.

² Азаревич Д.М. Указ. соч. С. 6.

³ Азаревич Д.М. Там же. С. 7.

в охране публично-правового порядка. Кроме того, стороны по сравнению с судом имеют преимущество: им лучше знакома фактическая сторона дела и они знают, какие именно доказательства и где именно нужно искать. Состязательность гарантирует беспристрастность (незаинтересованность) суда в части самих исковых требований сторон.

«Задача суда ограничивается проверкой, действительно ли существуют обстоятельства в том виде, как утверждает истец, и правильно ли подведены под него нормы действующего права».¹

По сути, рассуждая о том, какой тип судопроизводства – состязательный или следственный – предпочтительнее в настоящее время, следует помнить, что только лишь теоретические рассуждения в области права не могут быть источником конкретного ответа на данный вопрос. Функционирование принципов состязательности, объективной истины, да и всей системы принципов гражданского процессуального права в целом зависит и от многих других факторов.

Безусловно, анализируя вышеприведенные мнения, следует исходить из того, что существует обусловленность принципа в системе изменениями в обществе, и зависимость от реальных жизненных условий, которые и показывают, что более оправдано в настоящее время является закрепление в большей степени состязательного, а не следственного типа судопроизводства.

М.А. Фокина выразила эту мысль применительно к гражданскому судопроизводству дореволюционного периода достаточно четко. «Установление капиталистических экономических отношений на базе частной собственности привело к утверждению состязательного процесса как наилучшей формы судебной охраны и защиты интересов частного собственника»². На наш взгляд, это во многом справедливо и для современного гражданского процесса.

Переход к рыночным отношениям предполагает использование преимущественно диспозитивного регулирования в сфере гражданских правоотношений, а это, в свою очередь, требует изменения многих принципиальных положений гражданского процесса, делающих правосудие более удобным средством правозащиты, развития инициативы сторон, ограничение властной роли суда по отношению к ним, активизации альтернативных форм гражданского судопроизводства³.

Введение состязательного судопроизводства не может быть обеспечено одним лишь его провозглашением. Необходимо решение целого блока проблем с тем, чтобы обеспечить реальное равенство возможностей сторон по защите своих прав и интересов. Наличие широких слоев населения, которые не имеют, в силу своего имущественного положения, возможности пользоваться услугами адвоката, а следовательно, и квалифицированно

¹ Васильковский Е.В. Указ. соч. С. 387.

² Фокина М.А. Указ. соч. С. 27.

³ Концепция судебной реформы в РФ. - М., 1992. С. 99.

защищать себя в гражданском процессе, требует урегулирования вопросов, связанных с оказанием юридической помощи.

Выходом из создавшейся ситуации может быть, например, наличие в стране развитой системы бесплатной юридической помощи, а также гарантий ее реального предоставления.

Нельзя оспаривать положительных моментов, внесенных в российский гражданский процесс законом от 30 ноября 1995 года. Но реформа судопроизводства не должна быть односторонней. Необходимо решение целого комплекса вопросов с тем, чтобы обеспечить фактическую состязательность в условиях равенства правовых возможностей сторон по защите своих интересов.

Представляется, что в реальной деятельности судей состязательность более важно рассматривать даже не как основополагающую идею, принцип судопроизводства, а в более позитивном, практическом плане – как механизм (набор приемов) для разрешения спора.

Поэтому процессуальные права и обязанности всех участников процесса должны быть сформулированы таким образом, чтобы в условиях именно состязательного процесса способствовать выполнению общих задач и целей гражданского судопроизводства.

Все вышеизложенное – только некоторые примеры взаимодействия принципа состязательности и другими принципами в системе. Однако, даже они позволяют понять, насколько важно системное действие принципов для обеспечения эффективности судебной деятельности.

Как справедливо отмечал А.А. Ференс-Сороцкий, «в понятии принципа нельзя игнорировать того, как руководящая идея, закреплённая в нормах права, воплощается в ходе судопроизводства. Придерживаясь такого понятия принципа, мы делаем акцент на выявлении реально действующих, а не декларируемых основных начал судопроизводства»¹.

И с теоретических, и с практических позиций очевидна условность разграничения процесса на состязательный и следственный тип. В чистом виде таких типов судопроизводства не существует, поэтому в качестве основной проблемы выступает поиск оптимального баланса между правами сторон и полномочиями суда в сфере доказывания².

Обобщая вышеизложенное, можно с уверенностью сказать, что реализация целей гражданского судопроизводства на данном этапе развития законодательства зависит от системного действия всех принципов гражданского процессуального права. Но поскольку законодатель отводит решающую роль в процессе установления истины по делу тем доказательствам, которые предоставили стороны, особое значение имеет порядок представления фактического материала, который составляет содержание принципа состязательности в гражданском судопроизводстве.

¹ Ференс-Сороцкий А.А. Аксиомы и принципы гражданского процессуального права. Дисс. канд. юрид. наук. - Л., 1989. С. 20.

² Шишкин С.А. Указ. соч. С. 13.

Укрепление законности и борьба с преступностью

ПРОИЗВОДСТВО ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ У МИРОВОГО СУДЬИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Великий Д.П. – доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики, к.ю.н.

Впервые мировые суды были созданы в Англии в XIV веке, а затем – в XVII веке в Северной Америке и в конце XVIII – во Франции. В Россию этот институт пришел с реформами 60-х годов XIX века. Судебные Уставы, Высочайше утвержденные 20 ноября 1864 года, включали в себя Учреждения Судебных установлений, Устав Гражданского судопроизводства, Устав Уголовного судопроизводства и Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. По этим Уставам мировые суды создавались в городах и уездах. Как правило, каждый уезд составлял мировой округ (в столицах было создано несколько мировых округов), разделявшийся на мировые участки. В мировых участках правосудие осуществлялось единолично мировым или почетным судьей. В результате судебно-административной реформы 1889 года в 37 внутренних и 6 западных губерниях (кроме Санкт-Петербурга, Москвы, Одессы, Нижнего Новгорода, Саратова, Харькова, Астрахани, Казани и Кишинева) мировые суды были заменены земскими участковыми начальниками, совмещавшими административные и судебные функции. Часть компетенции мировых судов была передана волостным и городским судам. По закону 15 июня 1912 года «О преобразовании местного суда» были восстановлены мировые судьи в уездах, а волостные суды были включены в общую систему судебных установлений и освобождены от подчинения административным учреждениям. После Октябрьской революции мировые суды, хотя и не были упразднены, но их деятельность была прекращена. На этом закончилась первая часть их истории.

Уголовная подсудность мировых судов определялась рядом нормативных актов. Основным являлся Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями¹. Продолжало действовать, хотя и в новой редакции, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.² Многие составы были разбросаны по другим уставам: казенных управлений, таможенному, горному, рекрутскому, о земских повинностях, о соли, о паспортах, строительному и путей сообщения, пожарному, почтовому и

¹ ПСЗ, собр. 2. Т. XXXIX, №41478.

² ПСЗ, собр. 2. Т. XL, №42839.

телеграфному. На протяжении периода с 1864 по 1917 гг. в компетенцию мировых судов входили следующие категории уголовных дел:

- 1) проступки, за которые определялись:
 - выговоры, замечания и внушения;
 - денежные взыскания не свыше трехсот рублей;
 - арест не свыше трех месяцев;
 - заключение в тюрьму на срок не свыше 1,5 года (с 1903 г. – не свыше 1 года);
- 2) дела о порубках (леса) во всех тех случаях, когда ущерб, нанесенный такими порубками, не превышал 300 руб.;
- 3) дела о некоторых религиозных нарушениях и нарушениях запрета торговли женщинами в целях разврата;
- 4) дела об оскорблениях в камере присутственного места, об оскорблениях волостных старшин и приравненных к ним лиц, а также дела о составлении ложных видов на жительство и проживании по ним и передаче своего вида другому лицу;
- 5) дела о нанесении легких ран или увечий, причиненных по неосторожности, когда эти деяния подлежат наказанию не иначе как по жалобе;
- 6) все дела о нанесении более или менее тяжелых ран, когда они не подсудны Общим судам;
- 7) некоторые дела о нарушениях постановлений о печати.

Эти категории дел изымались из подсудности мировых судов в случаях, если наказание за проступок было сопряжено с высылкой из места жительства, с запрещением проводить торговлю или промысел или с закрытием торгового или промышленного заведения, а также в случаях, когда иск о возмещении вреда, заявляемый в уголовном деле, превышал 500 руб. Кроме того, все имущественные преступления относились к подсудности окружного суда с участием присяжных, если обвиняемый принадлежал к духовенству или дворянству.

Для выборных мировых судей требование высшего юридического образования не было строго обязательным критерием. Такое образование мог заменить определенный стаж службы в таких должностях, при исполнении которых лица могли приобрести практические сведения в производстве судебных дел. Для тех же мировых судей, которые назначались на свою должность, требование высшего юридического образования было обязательным¹.

Глава II Устава уголовного судопроизводства называлась «О порядке начатия дел у Мировых Судей», а ст. 42 определяла поводы к принятию мировым судьей дела к своему производству (поводы к начатию дел). Такими поводами были:

¹ Один из проектов закона «О мировых судьях в Российской Федерации» также не предусматривал для мировых судей требования именно юридического образования, ограничившись лишь требованием высшего образования.

- жалобы частных лиц, потерпевших вред или убытки. Перечень этих лиц, согласно Разъяснению п. 1 ст. 42 (пункта первой статьи 42) не ограничивался «тем тесным смыслом, что лишь осуществившийся уже вред или убыток дает потерпевшему право принести жалобу». Угроза причинения вреда и «нравственный» вред тоже давали на это право. Кроме того, жалобу могли принести и лица относительно «вверенного его заведыванию имущества»;¹

- сообщения полицейских и других административных властей;
- непосредственное обнаружение (усмотрение) мировым судьей преступлений, подлежащих наказанию независимо от жалобы частных лиц.

Таким образом, несмотря на принцип состязательности и разделение процессуальных функций, которое проповедовал УУС, мировой судья имел право в некоторых случаях возбудить уголовное дело. Подготовительные действия и само судопроизводство у мировых судей было существенно упрощено. Обвиняемый мог быть вызван повесткой или устно (ст. 54). Обвиняемый мог прислать вместо себя поверенного, если ему (обвиняемому) не грозило наказание строже ареста. Статья 88 устанавливала устный и публичный порядок разбирательства дел, ст.ст. 89, 89-1 и 89-2 – случаи закрытого судебного разбирательства, ст. 90 разрешала участникам спора поручать защиту своих интересов поверенным. Обе стороны имели в процессе одинаковые права на допрос свидетелей, мировой судья мог и по собственному усмотрению задавать свидетелям, обвинителю, обвиняемому вопросы, необходимые для устранения противоречий и для разъяснения дела (ст.ст. 100, 101). Представленные одной стороной доказательства мировой судья представлял другой (ст. 103), а в делах, по которым возможно примирение, судья ограничивался только представленными сторонами доказательствами и не имел права изыскивать доказательства самостоятельно (ст. 104). Осмотры, обыски и освидетельствования проводились самим мировым судьей, и лишь в исключительных случаях – полицией по его поручению (ст.ст. 105 и 106). В случае, если в процессе разбирательства дела мировой судья устанавливал, что оно ему не подсудно, он был обязан немедленно передать это дело судебному следователю, а если в производстве следствия не было надобности – непосредственно прокурору (ст. 117). Производство у мирового судьи было видом ускоренного производства, вследствие чего ст. 116 УУС предписывала мировым судьям оканчивать дела, по возможности, в одно заседание. Статья 118 разрешала мировым судьям в случаях, когда какой-либо вопрос не был закреплен разделом о производстве в мировых судебных установлениях, обращаться к правилам о судопроизводстве в общих судебных местах. В тех случаях, когда дело может быть прекращено примирением, судья обязывался «склонить» стороны к миру, и лишь в случае неудачи мировой судья переходил к постановлению приговора (ст. 120). Согласно ст. 127, мировой судья записывал приговор вкратце и объявлял его участвующим в деле лицам, а также разъяснял

¹ См.: Устав уголовного судопроизводства по сост. На 1 декабря 1898 г. Б/г. С. 86-87.

порядок и сроки обжалования (ст. 128), а в окончательной форме приговор должен был быть изложен судьей «не далее как в три дня». Апелляционной инстанцией для мировых судей был Съезд мировых судей. Его приговор был окончательным, но подлежал кассационному обжалованию. На него допускались кассационные жалобы сторон и товарища прокурора. Эти жалобы должны касаться лишь явного нарушения смысла уголовного закона, а также существенного нарушения «обрядов и форм судопроизводства». Жалобы и протесты направлялись в Уголовный Кассационный департамент Сената.

Таков был порядок производства у мировых судей. Научная общественность начала века по-разному оценивала его. Так, профессор Фойницкий считал, что действовавшие в то время законы о производстве у мировых судей не нуждались в исправлении и требовали лишь точного исполнения, и что «поле для желательного вмешательства законодателя вряд ли здесь существует»¹. С ним не соглашался И.В. Михайловский. Он считал, что российскую местную юстицию и, в частности, мировые суды можно и нужно совершенствовать как с чисто процессуальной стороны, так и со стороны организации². Что же не устраивало И.В. Михайловского в порядке производства, установленном для мировых судей Уставом уголовного судопроизводства, то есть, в чем минусы этого порядка:

- статья 50 УУС заставляла судью тратить много времени на ознакомление с материалами полицейского дознания, тогда как эти материалы должны были иметь значение только для обвинителя, который черпал из него доказательства;

- статья 130 УУС предусматривала слишком много требований к приговору судьи, между тем, как он вполне мог бы излагаться в несколько строк;

- примерно те же претензии и к ст. 142 УУС, но только по отношению к протоколу судебного заседания: «Едва ли найдется хоть один судья, каким бы поклонником бумажного производства он ни был, который стал бы вносить в протокол... все те сведения, которые требуются означенною статьей»³. И действительно, зачем записывать в протокол «время и сущность его объявления», «время начатия дела», «сущность жалоб и сообщений» и т.п., раз мы ведем речь о сокращенном производстве?

В плане организационного обеспечения деятельности мировых судов И.В. Михайловский предлагал незамедлительно ввести канцелярии мировых судов. «Россия - единственная страна, - отмечал он, - где единоличный судья совмещает в себе и должность своего секретаря (а во время судебных заседаний, даже и пристава)»⁴. Введение таких канцелярий резко повысило бы производительность труда мировых судей и такого большого их количества уже бы не требовалось.

¹ Цит. по журналу «Вестник права», 1903, №2-3. С. 24.

² См.: Михайловский И.В. Упрощение суммарного производства // Вестник права, 1903, №2-3. С. 24-25.

³ Там же. С. 26.

⁴ Там же.

Однако дальше местной юстиции в России развиваться не пришлось. Хотя закон 15 июня 1912 года и предусматривал восстановление мировых судов, но война, а затем революция не позволили реализовать его в полной мере.

Интересным представляется вопрос о причинах упразднения мировых судов в большинстве российских регионов в 1889 году. Тогда компетенция упразднявшихся мировых судов была распределена между земскими участковыми начальниками¹, городскими судьями² и уездными членами окружного суда³. С точки зрения предмета нашего исследования необходимо выяснить, насколько изменился порядок производства у этих «преемников» мировых судов. Иными словами, не подверглись ли пересмотру заодно с основными идеями реформ 1864 года и идеи упрощенного судопроизводства, не наметились ли тенденции к унификации уголовно-процессуальной формы? Документом, закрепляющим новый порядок уголовного производства, стали Высочайше утвержденные Правила о производстве судебных дел, подведомственных земским начальникам и городским судьям от 29 декабря 1889 года⁴. Эти Правила действовали в тех местностях, где мировые суды были упразднены. Правила оставили в силе ст.ст. 2 (в ред. 1887 г.), 6, 7 (в ред. 1887 г.), 8, 12-16, 18-22, 23 (в ред. 1887 г.), 23-1, 24-28, 29 (в ред. 1887 г.) и 30-32 УУС, то есть, изъятия коснулись лишь Общих положений УУС. В остальном же производство у земских начальников и в городских судах проходило практически в том же порядке, что и у мировых судей. Следовательно, можно сделать вывод, что упразднение мировых судов в большей части России никак не связано с признанием несовершенным процессуального законодательства, регулировавшего их деятельность. Скорее всего, причины этих изменений лежали в социально-политической плоскости, нежели в правовой.

Временем начала возвращения института мировых судей⁵ в Россию можно считать 1991 год. Тогда в Концепции судебной реформы, принятой в октябре Верховным Советом РСФСР содержалось предложение вновь ввести институт мировых судей, которые делились бы на почетных, специализированных и участковых⁶. Федеральный конституционный закон «О судебной системе в РФ» от 31 декабря 1996 года⁷ уже говорит о мировых судьях как о низшем звене в системе судов общей юрисдикции, а также относит их к судам субъектов Федерации. Это, помимо всего остального, означает, что их формированием занимаются сами субъекты. 17 декабря 1997 года принимается Федеральный закон «О мировых судьях в Российской

¹ Положение о земских участковых начальниках, ст.ст. 47 и 49. ПСЗ, собр. 3. Т. IX, 1889, №6196. С. 515.

² Правила об устройстве судебной части в местностях, в которых введено Положение о земских участковых начальниках, ст. 14. Там же. С. 525.

³ Там же. Ст. 29. С. 527.

⁴ ПСЗ. Собр. 3. Т. IX. №6483.

⁵ Термин «мировой суд» в современном законодательстве не употребляется.

⁶ См.: Концепция судебной реформы в РФ. - М., 1992. С. 32.

⁷ Российская газета, 6 января, 1997 г.

Федерации»¹, который определяет, что мировым судьям будут подсудны уголовные дела о преступлениях, за которые предусмотрено максимальное наказание не более двух лет лишения свободы. Что касается производства у мировых судей, то до августа 2000 г. оно предусматривалось лишь проектом УПК РФ, принятом в июне 1997 года в первом чтении и проектом 2000 г., представленном в Государственную Думу для прохождения второго чтения. Однако в августе 2000 года Президентом РФ был подписан закон², дополнивший УПК РСФСР разделами одиннадцатым и двенадцатым, посвященным производству у мирового судьи и производству в апелляционной инстанции. В действующем УПК особенностям производства у мирового судьи посвящен раздел XI.

Какие дела подсудны мировым судьям? Представляется, что этот вопрос достаточно просто разрешен в действующем законодательстве. Часть первая ст. 31 УПК говорит о том, что мировому судье подсудны дела о преступлениях, за совершение которых максимальное наказание не превышает трех лет лишения свободы, за исключением прямо предусмотренных в этой же части составов. Хотя по ФЗ «О мировых судьях в РФ» к подсудности мировых судей до сих пор относятся дела о преступлениях, за которые предусматривается санкция до двух лет лишения свободы, следует применять именно часть первую ст. 31 УПК, как федеральный закон, принятый позднее.

Следует отметить, что проект УПК РФ 1997 г. связывал подсудность мировых судей с несколько иными основаниями, не совпадающими полностью с основаниями принятого УПК. Так, часть 1 ст. 262 проекта УПК 1997 г. предусматривала, что мировому судье должны быть подсудны дела:

- частного обвинения (ст.ст. 115, 116, 129 ч. 1 и 130 УК РФ);
- о преступлениях, предусмотренных ст. 255 проекта, то есть дела, по которым предварительное следствие необязательно.

Способ регламентации подсудности, избранный в УПК, нам представляется более предпочтительным, т.к. «завязывание» одной процессуальной формы (производство у мирового судьи) на другой (дознание) сделает данную конструкцию неповоротливой с точки зрения реформирования подсудности или подследственности (подведомственности). Нельзя обойти вниманием и тот факт, что с момента начала деятельности мировых судей их подсудность несколько раз серьезно изменялась: некоторые составы исключались из подсудности, а некоторые, наоборот, включались в подсудность мировых судей. И все же общая тенденция – расширение подсудности мировых судей говорит о том, что данный институт в основном оправдал свое возвращение в нашу процессуальную систему.

Теперь рассмотрим порядок производства по делам, подсудным мировому судье. Поскольку производство по делам частного обвинения

¹ СЗ РФ. 1998. №51.

² Федеральный закон от 7 августа 2000 года №119-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» // Российская газета. 10 августа 2000 г.

имеет определенную специфику, подробно рассмотрим историю, современные проблемы и перспективы данного производства.

Частное обвинение является наиболее древней формой обвинения. Несмотря на это, до сих пор в литературе нет единого понимания термина «частное обвинение». Сложность в характеристике производства по делам частного обвинения заключается в том, что на различных исторических этапах в той или иной степени наблюдалось взаимопроникновение формы частного обвинения и формы производства у мирового судьи. Специфику производства по делам частного обвинения образуют следующие черты:

- а) специфика преступлений;
- б) специфика возбуждения уголовного дела;
- в) специфика досудебного производства;
- г) специфика судебного производства;
- д) специфика прекращения уголовного дела.

В первой главе настоящей работы нами уже отмечалось, что основаниями для конструирования данной процессуальной формы являются небольшая общественная опасность деяний и личная заинтересованность потерпевшего в привлечении обвиняемого к ответственности. Очень важно, чтобы данные основания рассматривались именно в совокупности, поскольку раздельное их рассмотрение приведет к неоправданному расширению круга дел частного обвинения и утрате истинной сущности данного института. Изначально, в эпоху существования частно-искового - обвинительного процесса, в расчет принималась только лично проявленная заинтересованность в наказании обидчика и практически не учитывалась тяжесть содеянного. Так, если одно лицо причинило тяжкий вред здоровью другого лица, но потерпевший не заявил о своем желании восстановить справедливость, делу «не давался ход», как мы выразились бы сегодня. Весь уголовный процесс того времени можно было назвать производством по делам частного обвинения.

Другая крайность – когда дела частного обвинения выделяют в отдельную группу, исходя лишь из их «маловажности»¹. В этом случае не учитывается желание, а иногда и нежелание потерпевшего возбуждать производство. Государство как бы навязывает гражданину свой сценарий разрешения конфликта. Представляется, что только умелое сочетание двух рассмотренных нами критериев может обеспечить равномерную защиту частных и публичных интересов.

Далее нам необходимо выяснить, в чем специфика преступлений, производство по которым ведется в форме частного обвинения. На первый взгляд, эта проблема выходит за рамки науки уголовного процесса и относится, скорее, к науке уголовного права. Но это не совсем так. Выяснение специфики указанных преступлений позволит нам решить вопрос о степени допустимого вмешательства государства в ход процессов частного обвинения (возможность возбуждать дела без жалобы потерпевшего;

¹ См., например: *Чельцов М.А.* Советский уголовный процесс. - М., 1951. С. 99.

возможность не допускать примирения или допускать не на всех стадиях процесса и др.). Достаточно точную характеристику составам подобных преступлений дал Ю.К. Якимович. Он отметил, что в ряде случаев сам состав сконструирован так, что наличие его в каждом конкретном случае зависит от того, как воспринято это деяние лицом, против которого оно было направлено. «Одни и те же выражения в разных социальных слоях и разными людьми воспринимаются неоднозначно, даже если объективно эти выражения и не соответствуют общепринятым или официально признаваемым в данном обществе моральным нормам.

Отмеченное выше относится и к определенным видам физического воздействия, но даже если потерпевшие и воспринимают направленные против них деяния как неправомерные, они (и не только по преступлениям незначительным) могут воспринимать огласку свершившегося и все тяготы, связанные с производством по делу, как более значительные, чем последствия содеянного против них»¹. Таким образом, предварительно мы можем сделать вывод, что по делам частного обвинения чрезмерное вмешательство государства может лишь усугубить вред, причиненный самим преступлением.

Действующий УПК регламентирует производство в порядке частного обвинения лишь по делам о четырех преступлениях, предусмотренных ст. 115 (умышленное причинение легкого вреда здоровью), ст. 116 (побои), ч. 1 ст. 129 (клевета без отягчающих обстоятельств) и ст. 130 УК РФ (оскорбление). В целом этот же круг преступлений был отнесен к разряду дел частного обвинения и по УПК РСФСР 1961 и 1922 годов, а вот в УПК УССР того же периода рассматривались в качестве дел частного обвинения еще и дела о присвоении вверенного личного имущества и самоуправстве. Устав уголовного судопроизводства и Уложение о наказаниях, налагаемых мировыми судьями среди составов частного обвинения, которых было более тридцати, выделяли также кражи и мошенничества между родителями и детьми, и между супругами. Это означает, что законодатель того времени учитывал третий критерий при конструировании рассматриваемой процессуальной формы – родственные отношения между потерпевшим и нарушителем. Советское и современное российское процессуальное законодательство это положение не восприняло.

Следует отметить, что на протяжении более чем ста лет в науке ведутся дискуссии об объеме и характере дел, которые можно отнести к делам частного обвинения, а если выразиться точнее – о пределах полномочий лица в распоряжении им различными принадлежащими ему благами. Так, в конце XIX – начале XX века велись споры о праве человека на распоряжение собственной жизнью и здоровьем. Мнения высказывались самые различные. К примеру, Н.С. Таганцев и И.Н. Розин считали, что если лицо, которому наносятся телесные повреждения (любой тяжести), не имеет претензий к тому, кто их нанес, то по инициативе государства дело не может быть

¹ Якимович Ю.К. Уголовно-процессуальные производства. Дисс. ... докт. юрид. наук. - М., 1992. С. 163-164.

возбуждено. Противоположной точки зрения придерживались Н. Сергеевский, С. Познышев и С. Мокринский. Такие же споры возникали и по поводу убийства человека по его просьбе¹. В первые десятилетия советской власти, когда принцип публичности пронизывал не только право, но и всю жизнь страны, также не утихали споры об объеме дел частного обвинения. Говорилось о том, что «институт частного обвинения противоречит основам уголовного права – началам плановости и целесообразности»². Высказывалась точка зрения, что частное обвинение допустимо на определенном этапе, но эти дела неизбежно исчезнут, поскольку разделение дел на дела частного, частно-публичного и публичного обвинения должно быть упразднено³. С другой стороны, во многих публикациях этих лет отстаивалась идея существования частного обвинения, и даже предлагалось расширить круг дел, относящихся к этой категории⁴.

Следующей специфической чертой уголовно-процессуальной формы производства по делам частного обвинения является порядок возбуждения уголовных дел по этим преступлениям. Во-первых, следует остановиться на субъекте, возбуждающем уголовные дела частного обвинения. Устав уголовного судопроизводства таким субъектом называл частное лицо, потерпевшее вред или убытки (ст.ст. 5 и 42). То есть подача этим лицом жалобы приравнивалась к возбуждению уголовного преследования. В советском уголовном процессе не было фигуры частного обвинителя, а уголовные дела частного обвинения возбуждались судом. После принятия Постановления «О концепции судебной реформы в РСФСР» в 1991 году и Конституции РФ в 1993 г., отечественные суды стали занимать то положение, которое им предписывалось, то есть положение правоприменительных, а не правоохранительных органов. Это должно было коснуться и возбуждения уголовных дел. В своем постановлении от 28 ноября 1996 года Конституционный Суд РФ указал на несоответствие Конституции действовавшей тогда ст. 418 УПК РСФСР, обязывавшей суд возбуждать уголовные дела по протокольной форме досудебной подготовки материалов. Что касалось дел частного обвинения, то позднее Конституционный Суд РФ специально подчеркнул, что «даным выводом не затрагивается установленный УПК РСФСР порядок возбуждения судом уголовных дел частного обвинения по жалобе потерпевшего... Предусмотренное в УПК РСФСР полномочие суда возбуждать уголовные дела этой категории, по существу, означает лишь его право и обязанность принять к своему рассмотрению жалобу потерпевшего. Возбуждение судом уголовных дел частного обвинения по жалобе потерпевшего, таким образом, имеет иной юридический смысл, чем возбуждение уголовных дел

¹ Достаточно подробно эти дискуссии рассмотрены Ю.Е. Петуховым. См.: Петухов Ю.Е. Соотношение публичного и частного обвинения в уголовном процессе. Дисс. ... к.ю.н. - М., 1996. С. 99-101.

² Мокринский С.П. Основные задачи советской уголовной политики. - М.-Л., 1929. С. 152.

³ См.: Грабовская Н.П., Солодкин П.С. К вопросу о делах частного обвинения // Вопросы уголовного права и процесса. - Л., 1956. С. 184.

⁴ Подробнее об этом см.: Якимович Ю.К. Указ. соч. С. 165-167.

публичного обвинения»¹. Несмотря на это, авторы УПК РФ не стали использовать термин «возбуждение уголовного дела» применительно к суду даже по делам частного обвинения. И в этом с ними можно согласиться, поскольку использование одной терминологии в разных юридических смыслах не ведет к единообразному пониманию и применению закона и свидетельствует о низком уровне юридической техники. Согласно части первой ст. 318 УПК, уголовные дела частного обвинения возбуждаются путем подачи заявления потерпевшим или его законным представителем. В то же время, анализируя часть первую ст. 319, мы можем сделать вывод, что дело можно считать возбужденным не с момента подачи заявления потерпевшим, а с момента принятия этого заявления судьей. Может возникнуть ситуация, когда заявитель не привел свое заявление в соответствие с требованиями ст. 318 УПК и судья вообще отказал в принятии данного заявления, т.е. заявление было, а уголовного дела не было! Данные рассуждения приводят нас к единственному выводу, что окончательную точку в вопросе о том, быть уголовному делу или нет, ставит судья. Оправданием некорректности закона в приведенной ситуации может служить то, что большого практического неудобства несоответствие статьи 318 статье 319 не несет. Однако окончательные выводы можно сделать, изучив проблему необходимости существования стадии возбуждения уголовного дела более подробно, что не является целью настоящей работы.

Говоря о специфике возбуждения уголовных дел частного обвинения, нельзя не обратить внимание на еще одно положение, не имеющее аналогов ни в законодательстве царской России, ни в одном из УПК РСФСР, ни в современном УПК. Речь идет о ст. 11 УПК УССР 1927 года, которая устанавливала трехмесячную давность со дня совершения преступления для возбуждения дела в порядке частного обвинения. Этот срок, не имея ничего общего со сроком давности совершения преступления, более всего напоминал сроки исковой давности, устанавливаемой при гражданском судопроизводстве. Несмотря на это, М.А. Чельцов в целом положительно оценивал эту норму и считал, что данный срок ставит предел «вздорным обвинениям, хранимым «про запас» в течение продолжительного времени»². С этим положением можно согласиться, заметив лишь, что трехмесячный срок должен исчисляться не с момента совершения преступления, а с момента, когда потерпевший узнает о его совершении. В некоторых случаях эти моменты могут не совпадать (например, при клевете).

Еще одной проблемой, связанной с регламентацией порядка возбуждения уголовного дела частного обвинения является возможность прокурора в исключительных случаях возбуждать уголовные дела частного обвинения и без жалобы потерпевшего или его представителя. По советским УПК, это, главным образом, относилось к случаям, когда, по мнению прокурора, деяние затрагивало не только частные, но и публичные интересы.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.01.2000 г. №1-П // Российская газета, 2 февраля 2000 г.

² Чельцов М.А. Указ. соч. С. 100.

Однако, как уже говорилось, есть ситуации, когда огласка совершенного преступления принесет больший вред потерпевшему, чем само преступление (например, оскорбление родителей детьми, супругов друг другом и др.). Подобного рода положения давали возможность ряду авторов совершенно справедливо констатировать, что наше частное обвинение никогда не утрачивало публичного характера¹. Интересно, что Устав уголовного судопроизводства не содержал оговорки на возможность государственных органов возбуждать дела частного обвинения вопреки желанию потерпевшего, а Уголовный Кассационный департамент в своем решении №29 от 1878 года прямо указал, что «рассмотрение в публичном порядке такого дела, которое возбуждается не иначе как по жалобе потерпевшего и может быть окончено миром, есть существенное нарушение, влекущее уничтожение всего производства»². В связи с этим можно приветствовать тот факт, что в части третьей ст. 318 УПК право прокурора возбуждать уголовные дела частного обвинения предусматривается лишь в случаях, когда потерпевший не может сделать этого сам по причине своего беспомощного состояния или по иным причинам. Ни о каких публичных интересах уже не говорится. В то же время, возможность данное нововведение подвергалась критике некоторыми практическими работниками еще до принятия УПК РФ. Так, прокурор Казани Ф. Багаутдинов считает, что такое положение резко уменьшит возможности прокурора для оказания профилактического влияния на так называемую бытовую преступность³. Доводы Ф. Багаутдинова, в принципе, понятны, однако нам представляется, что профилактические меры подобного рода не должны нарушать прав и интересов потерпевших. К сожалению, и в вопросе о субъектах, имеющих исключительное право возбудить уголовное дело частного обвинения без жалобы потерпевшего или его представителя нет четкости. В части третьей ст. 318 УПК говорится только о прокуроре, а в части четвертой ст. 20 - о прокуроре, а также следователе и дознавателе с согласия прокурора. Логика законодателя в данном случае непонятна и, на наш взгляд, это техническая ошибка авторов УПК.

Определенной спецификой обладает и процедура прекращения уголовных дел частного обвинения. В части второй ст. 20 УПК предусмотрено, что уголовное дело частного обвинения подлежит прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым. Интересным представляется вопрос о моменте, до которого допускается примирение сторон. И здесь преобладают публичные начала: примирение по действующему УПК может состояться только до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора. Считается, что примирение, состоявшееся после вынесения приговора, может поколебать

¹ См.: Шейфер С.А., Петрова Н.Е. Проблемы реформирования производства по делам частного обвинения в духе расширения частных начал в уголовном процессе РФ // Государство и право, 1999. №6. С. 51.

² Устав Уголовного судопроизводства по состоянию на 1 декабря 1898 года с постатейными материалами. Б/г. Тезис (2) комментария к ст. 5.

³ См.: Багаутдинов Ф. Возбуждение дел частного обвинения // Законность, 2000. №3. С. 20.

стабильность последнего. Следует отметить, что по УПК 1923 года (ст. 10) примирение допускалось до вступления приговора в законную силу, то есть даже УПК 1923 года в этом вопросе оказался более демократичным. Что же касается Устава Уголовного судопроизводства, то в нем вообще не оговаривалось каких-либо временных пределов для примирения по делам частного обвинения. В решениях Уголовного Кассационного департамента (№22 от 1882 г., №2 от 1887 г. и др.) указывалось, что обвинительные приговоры мировых судей, вынесенные по делам частного обвинения, подлежат отмене за примирением сторон и после обращения приговора к исполнению¹. Нам представляется такое положение наиболее рациональным, поскольку таким образом стороны могут полнее реализовать свои интересы. Стоит лишь предусмотреть обязанность сторон по договоренности или пополам оплатить судебные издержки, связанные с данным производством.

Наличие такого основания для прекращения дела частного обвинения как примирение сторон продиктовано все той же спецификой рассматриваемых нами дел. По данным Ю.К. Якимовича, подобные конфликты носят временный характер и возникают в подавляющем большинстве случаев (95%) между родственниками, соседями, близкими знакомыми. В таких случаях государство должно осуществлять не карательную, а примирительную функцию, не раздувать конфликт посредством возбуждения уголовного и публичного обвинения, а напротив, погасить его². По данным Х.У. Рустамова, количество дел частного обвинения, закончившихся примирением в судах республики Дагестан с 1991 по 1996 год, увеличилось примерно на 20%³ и составило около 60%. Похожую ситуацию мы наблюдаем и в оренбургских судах: в течение пяти последних лет дела частного обвинения, закончившиеся примирением, составили от 60% до 64%. Это говорит о том, что граждане активно используют свое право поддерживать или не поддерживать обвинение в суде.

Примирение по делам частного обвинения следует отличать от одностороннего отказа потерпевшего от жалобы. На это обращалось внимание и в судебной практике конца XIX века,⁴ и в учебниках уголовно-процессуального права конца XX века⁵. В связи с этим Ю.К. Якимович писал: «Сам термин «примирение» означает, что обе стороны во всяком случае согласны, чтобы дело не возбуждалось либо было прекращено. Если же обвиняемый возражает против этого, то о примирении говорить не приходится.... Речь может идти об одностороннем отказе потерпевшего от жалобы.... И в принципе, я не нахожу аргументов против того, чтобы отказ потерпевшего от жалобы не мог служить основанием против возбуждения уголовного дела либо основанием его прекращения»⁶. С этим предложением

¹ Там же, тезис (30) комментария к ст. 16.

² Якимович Ю.К. Указ. соч. С. 164-165.

³ Рустамов Х.У. Уголовный процесс. Формы. 1998 г. С. 216-217.

⁴ УУС, комментарий к ст. 16, тезис (29).

⁵ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. Отв. ред. П.А. Лупинская. - М., 1998. С. 561.

⁶ Якимович Ю.К. Указ. соч. С. 179-180.

согласился Ю.Е. Петухов, отметив, что «это наиболее точно будет отражать то положение, когда примирения как такового не было, но претензий друг к другу больше нет»¹. Как результат, рассматриваемое положение было закреплено в УПК РФ (часть пятая ст. 321). Однако если мы обратимся к Приложению 42 к ст. 477, то обнаружим, что основанием для подобного прекращения служит не сам факт отказа от обвинения, а отсутствие состава преступления. Кроме отказа от обвинения, УПК предусмотрел возможность прекращения уголовного дела частного обвинения при неявке потерпевшего без уважительных причин (часть третья ст. 49).

Говоря о примирении сторон как об особой форме прекращения уголовного дела, необходимо отметить, что по УПК РСФСР 1923 и 1961 годов оно не допускалось по делам, которые возбудил или в которых участвовал прокурор. Данное положение справедливо критиковалось в литературе, как трансформировавшееся частное обвинение в публичное и, тем самым, нарушавшее права частного обвинителя. В части четвертой ст. 318 УПК РФ специально сделана оговорка о том, что вступление в уголовное дело прокурора не лишает стороны права на примирение.

Важной чертой, характеризующей производство по делам частного обвинения именно как упрощенную форму, является возможность рассмотрения данной категории дел, минуя стадию предварительного расследования. В большинстве случаев по делам частного обвинения в досудебных стадиях нет необходимости, но на случай, если стороны не способны самостоятельно собрать и представить некоторые доказательства, судья вправе оказать им в этом содействие (часть вторая ст. 319). Вместе с тем, возможны и ситуации, когда одного содействия будет недостаточно. В таких случаях мировой судья направляет материалы дела прокурору для проведения предварительно расследования. Предварительное расследование по данной категории дел поводится в форме дознания (часть третья ст. 150), хотя прокурор вправе назначить и следствие (часть четвертая ст. 150).

По УПК РСФСР 1961 года существовала еще одна форма досудебного производства по делам частного обвинения – протокольная форма. Однако, как справедливо обращали внимание С.А. Шейфер и Н.Е. Петрова, после исключения законом от 15 ноября 1997 года из УПК РСФСР ст. 418, регламентировавшей порядок возбуждения судом уголовных дел на основании материалов, подготовленных в протокольной форме, само производство в протокольной форме потеряло смысл². И действительно, подобное производство ничем не оканчивалось, так как суд возбудить дело уже не мог, а органу дознания запрещала это делать ч. 4 ст. 415 УПК. Получается, что досудебное производство по делам частного обвинения с ноября 1997 года было возможно только в форме дознания и, теоретически, предварительного следствия. Проект УПК 1997 г. допускал досудебное

¹ Петухов Ю.Е. Указ. соч. С. 115.

² Шейфер С.А., Петрова Н.Е. Указ. соч. С. 55.

производство по делам частного обвинения в форме дознания, а проект 2000 г. - в протокольной форме. Это свидетельствует о том, что законодатели до последнего не могли определиться в выборе концепции упрощения досудебного производства. В научных кругах вариантов было еще больше. Так, Ю.Е. Петухов широко смотрел на проблему реформирования досудебного производства. Он, подходя к данному вопросу с позиции процесса доказывания, считал, что из всего процесса доказывания спецификой по делам частного обвинения обладает только собрание, поскольку, проверка и оценка доказательств осуществляется судом¹. Ю.Е. Петухов предлагал на досудебных стадиях по делам частного обвинения допустить наряду с публичным способом собирания доказательств и частный способ². Способ должен выбирать сам потерпевший или его законный представитель, за исключением случаев, когда он обвиняет несовершеннолетнего или лицо с физическими или психическими недостатками, а также, когда дело возбуждается против представителей власти и других должностных лиц. При этом, как считал Ю.Е. Петухов, если пострадавший доверяет государству, он должен лишаться права на прекращение дела примирением, если же не доверяет, то он подает жалобу, которая и определяет пределы судебного разбирательства³. Однако хотелось бы заметить, что в тех случаях, когда потерпевший возвращается к государственным органам за помощью в собирании доказательств, речь идет не о доверии или недоверии гражданина к государству, а о его способности или неспособности самостоятельно доказать какие-либо факты. Поэтому нам представляется, по крайней мере, не совсем логичным увязывать право на примирение с фактом обращения за «технической» помощью профессионалов в поиске доказательств. Неприемлемым, на наш взгляд, является и предложение Ю.Е. Петухова об ограничении перечня следственных действий по делам частного обвинения лишь допросом, осмотром, выемкой и назначением экспертизы, причем два последних должны санкционироваться прокурором⁴. Во-первых, санкционирование прокурором следственных действий, которые в обычных формах проводятся без санкций, привело бы не к упрощению данного производства, а к его неосновательному усложнению. Во-вторых, трудно найти причину, по которой круг следственных действий необходимо как-то ограничивать. Например, по делам об оскорблении можно провести следственный эксперимент с целью проверки способности потерпевшего слышать или видеть на определенном расстоянии и др.

Следует подчеркнуть, что тенденция расширения частных начал в уголовном судопроизводстве характерна не только для отечественного, но и для иностранного процесса. В Рекомендации Комитета министров Совета

¹ Петухов Ю.Е. Указ. соч. С. 134-135.

² Как нам представляется, УПК РФ воспринял эту рекомендацию наоборот: наряду с частным допустил и публичный способ собирания доказательств.

³ Там же. С. 139-140.

⁴ Там же. С. 167.

Европы относительно упрощения уголовного правосудия от 17 сентября 1987 года указано, что должно быть увеличено количество дел, по которым общественные интересы не являются доминирующим фактором, а основанием для судебного преследования может быть просьба или согласие потерпевшего¹. Вместе с тем, подобное реформирование не должно превращать частное обвинение в разновидность производства по гражданскому иску в рамках уголовного процесса.

Теперь рассмотрим порядок производства по делам частного обвинения. Этот порядок обладает определенными особенностями.

Дела частного обвинения возбуждаются путем подачи потерпевшим либо его законным представителем заявления мировому судье². С момента принятия заявления лицо, его подавшее, является частным обвинителем.

К содержанию заявления предъявляются определенные формальные требования (часть пятая ст. 318), невыполнение которых приводит к отказу в его принятии.

Судья обязан разъяснить сторонам возможность примирения.

Рассмотрение заявления по делу частного обвинения может быть объединено в одно производство с рассмотрением встречного заявления. При этом лица, подавшие их, участвуют в процессе одновременно в качестве частного обвинителя и подсудимого и допрашиваются по соответствующим правилам.

Неявка частного обвинителя или его представителя в судебное заседание без уважительных причин влечет прекращение дела.

По делам частного обвинения возможно проведение судебного разбирательства в особом порядке (т.е. совмещение двух упрощенных процессуальных форм).

Как представляется, УПК РФ не воспринял многих положительных моментов, касающихся производства по делам частного обвинения и у мировых судей вообще, которые были предусмотрены в проектах УПК 1997 и 2000 годов. В частности приговор мировых судей не отличается от приговора, выносимого в обычном заседании, что лишает производство у мирового судьи черт упрощенного производства (ст. 322); неявка частного обвинителя автоматически влечет за собой прекращение дела, независимо от возражений подсудимого (часть третья ст. 249). Как представляется, проект УПК РФ 2000 г. более удачно регламентировал требования, предъявляемые к приговору мирового судьи. Это касалось производства по всем делам, подсудным мировому судье. Приговор по проекту состоял лишь из вводной и резолютивной частей. Описательно-мотивировочная часть составлялась бы по ходатайству одной из сторон в течение трех суток после провозглашения приговора. Подобные упрощенные требования к форме приговора логически

¹ См.: Рекомендация Комитета министров государствам-членам относительно упрощения уголовного правосудия. // Российская юстиция. 1997. №8. С. 2-5.

² О противоречивости данного положения см. выше.

вытекают из целей создания процессуальной формы производства у мирового судьи – упрощения и ускорения процесса.

Второй порядок, предусмотренный разделом XI УПК, – производство по делам частного-публичного и публичного обвинения, отнесенным к подсудности мирового судьи. Сразу же хотелось бы отметить, что в ст. 320 эта категория дел ошибочно названа дела «с обвинительным актом». Если по делу частного обвинения поводилось дознание, то оно также будет закончено составлением обвинительного акта. Это не означает, что дело будет рассмотрено в обычном режиме, предусмотренном главой 33 УПК, без всех особенностей, предусмотренных для рассмотрения дел частного обвинения. В то же время, если по уголовному делу, подсудному мировому судье, по письменному указанию прокурора проводилось предварительное следствие, то расследование будет закончено составлением обвинительного заключения. Формально этот случай не подпадает под действие ст. 320 и вообще не учтен законодателем.

Итак, в ст. 320 содержится указание на то, что производство у мирового судьи осуществляется по общим правилам судебного разбирательства. Единственное отличие от обычного разбирательства состоит в сроках начала разбирательства: оно должно быть начато не ранее 3 и не позднее 14 суток со дня поступления в суд заявления или уголовного дела. Кроме того, приговор мирового судьи, не вступивший в законную силу, обжалуется в апелляционном порядке, но эта особенность не самого судебного разбирательства, а его последствий.

Вместе с тем, рассмотрение процессуальной формы производства у мирового судьи было бы неполным без упоминания, что в науке нет единства взглядов насчет того, должна ли процессуальная форма производства у мирового судьи являться формой упрощенного производства. Так, С.В. Лонская одним из признаков, общих для мировых судов различных государств, признает использование некоторых упрощений в судопроизводстве¹. Т.В. Трубникова, наоборот, считает, что в деятельности «...мировых судей применение сокращенного порядка судебного следствия ... вообще недопустимо, так как в силу своих особенностей и с учетом использования упрощенного порядка досудебной подготовки, повышенное внимание должно быть уделено обеспечению полноты, всесторонности, непосредственности судебного следствия. Исходя из этого положения, никакие сокращения судебного следствия, изъятия из принципа непосредственности в деятельности мирового судьи вообще недопустимы»². Это, однако, не мешает Т.В. Трубниковой вносить предложения по упрощению требований к приговорам мировых судей, а именно включать в приговор описательно-мотивировочную часть лишь по просьбе сторон³. Как

¹ См.: Лонская С.В. Мировой суд в России (1864-1917 гг.): историко-правовое исследование. Дисс. ... канд. юрид. наук. - Калининград, 1998. С. 27.

² Трубникова Т.В. Упрощенные судебные производства в уголовном процессе России. Дисс. ... канд. юрид. наук. - Томск, 1997. С. 218.

³ Там же. С. 219.

видим, предложения Т.В. Трубниковой практически не нашли поддержку у авторов УПК РФ. Нам представляется, что производство у мирового судьи все-таки должно быть несколько проще, чем стандартное производство. Это предопределяется степенью тяжести рассматриваемых преступлений, историческими традициями, материальным положением государства, а также самой сущностью мировой юстиции. Мы также считаем, что формирование процессуальной формы производства у мирового судьи не закончено принятием УПК РФ.

ПОНЯТИЕ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ

*Жовнир С.А. – доцент кафедры уголовного права и криминологии,
к.ю.н.*

В Уголовном кодексе РФ часто употребляется термин «уголовная ответственность», но законодатель не определяет его содержание. В науке уголовного права этот вопрос является одним из самых дискуссионных и сложных. К нему в разное время обращались такие известные криминалисты, как М.Д. Шаргородский, А.Н. Игнатов, В.И. Курляндский, М.П. Карпушин, Н.И. Загородников, Я.М. Браинин, Ю.М. Ткачевский, И.Я. Козаченко и многие другие авторы, но и сегодня позиция законодателя остается противоречивой. Уголовный закон в главе 11 выделяет основания освобождения от уголовной ответственности, с актом освобождения от ответственности связаны серьезные правовые последствия для виновного лица, поэтому необходима четкость позиции закона в данном вопросе.

Итак, существуют несколько точек зрения на природу уголовной ответственности. Проанализируем основные подходы. Согласно первой точке зрения (авторы - Я.М. Браинин, М.П. Карпушин, В.И. Курляндский, Л.В. Багрий-Шахматов¹), уголовная ответственность – это обязанность лица, совершившего преступление, претерпеть меры государственного принуждения. С настоящим определением нельзя согласиться, поскольку неверно уравнивать обязанность ответить и сам ответ. Прав С.Н. Братусь, который писал: «Ответственность - это уже исполнение под принуждением обязанности. Обязанность может быть исполнена или не исполнена, но когда наступает ответственность, т.е. приводится в действие аппарат принуждения, выбора у ответственного лица нет, - оно не может не выполнить действий (или бездействия), составляющих содержание реализуемой обязанности».² Наглядно это можно представить на примере: если вы дали займы определенную сумму денег, и вам ее должны вернуть, то это вовсе не

¹ См.: Браинин Я.М. Уголовная ответственность и ее основания в советском уголовном праве. - М., 1963. С. 25; Карпушин М.П., Курляндский В.И. Уголовная ответственность и состав преступления. - М., 1984. С. 39; Багрий-Шахматов Л.В. Уголовная ответственность и наказание. - Минск, 1976. С. 17.

² Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. - М., 1976. С. 103.

означает, что вам ее уже вернули. Справедливо и замечание И.С. Ретюнских: «Нельзя трактовать ответственность существующей, наличной, когда она хотя бы частично не реализована, а только возможна в будущем. В этом случае нет объективного возложения ответственности, претерпевания негативных последствий совершения преступления»¹. К сожалению, несмотря на очевидную ошибочность такого подхода к пониманию уголовной ответственности, именно он положен в основу учебного материала в настоящее время.

Далеко не все лица ощущают обязанность как бремя, многие после совершения преступления ведут привычный образ жизни, не испытывая каких-либо неудобств. В настоящее время существует массив нераскрытых преступлений, когда не установлены лица, их совершившие, либо латентно само преступление, либо субъект преступления известен следствию, но скрывается. Вполне очевидно, что во всех указанных ситуациях нельзя говорить о реализации уголовной ответственности, а в части случаев (при неустановленном лице или неизвестном преступлении) вообще неясно, кто и за что несет обязанность ответа.

Другая позиция (авторы – И.С. Самощенко, М.Х. Фарукшин, С.Н. Братусь²) состоит в том, что уголовная ответственность и наказание тождественны. Уголовная ответственность рассматривается как «применение санкции». Такое понимание уголовной ответственности берет начало с классического периода науки уголовного права XIX века. В настоящий период времени уголовный закон разделяет эти категории. Так, в ч. 2 ст. 84 УК РФ говорится: «Лицо может быть освобождено от уголовной ответственности или от наказания», в главах 11 и 12 УК РФ ответственность и наказание закреплены как самостоятельные основания освобождения. Поэтому данную позицию нельзя поддержать как не основанную на законе. На наш взгляд, наказание составляет главную, но не единственную часть уголовной ответственности. Кроме наказания, в ответственность входит порицание деяния виновного лица, выраженное самим фактом наличия обвинительного приговора суда, вступившего в законную силу. Государство при помощи суда дает официальную оценку содеянного как преступления, а лица, его совершившего, как преступника. Обвинительный приговор суда, независимо от наказания, призван оказать моральное воздействие на преступника, кроме того, он имеет преюдициальное значение в вопросах возмещения материального ущерба в рамках гражданского иска, при привлечении к административной ответственности. Большинство авторов в качестве элемента уголовной ответственности рассматривают судимость.³ На наш взгляд, судимость следует признать частью ответственности, поскольку

¹ Ретюнских И.С. Уголовная ответственность и ее реализация по советскому законодательству // Уголовная ответственность: проблемы содержания, установления, реализации. - Воронеж, 1989. С. 113, 116.

² См.: Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. - М., 1971. С. 69; Братусь С.Н. Указ. соч. С. 85.

³ Не все криминалисты придерживаются такого мнения. См., например: Курс советского уголовного права. Т. 3. - М., 1970. С. 12; Ребане И.А. Проблемы совершенствования уголовного законодательства // Правоведение, 1987. №5. С. 54.

объем правоограничений определяется в том числе и сроками погашения судимости. Так, судимые лица не имеют права устроиться на работу в правоохранительные органы, органы государственной власти, местного самоуправления, им не может быть выдана лицензия на приобретение огнестрельного оружия, на них не распространяются основания освобождения от ответственности, предусмотренные ч. 1 ст. 75 УК, ст. 76 УК, при совершении нового преступления в части случаев может определяться рецидив преступлений, что учитывается как отягчающее обстоятельство и усиливает наказание, для некоторых категорий судимых устанавливается административный надзор и т.д. Как компонент уголовной ответственности следует рассматривать принудительные меры воспитательного воздействия, поскольку они применяются для несовершеннолетних вместо наказания и преследуют те же цели, что и наказание. Дискуссионен вопрос о том, можно ли признать элементом уголовной ответственности принудительные меры медицинского характера.¹ Некоторые криминалисты (Л.В. Багрий-Шахматов) положительно отвечают на этот вопрос, полагая, что такие меры, как и меры наказания, отвечают целям предупреждения совершения лицом новых преступлений. На наш взгляд, принудительные меры медицинского характера, назначаемые как лицам невменяемым, так и страдающим психическим расстройством, не исключающим вменяемости, либо применяемые к алкоголикам, наркоманам, не могут быть рассмотрены в качестве мер уголовной ответственности, поскольку главная цель их – медицинская, облегчить состояние лица, а не карательная. В тех случаях, когда такие меры применяются к невменяемым лицам, ни о каком возложении ответственности говорить вообще не приходится, так как их адресат не способен понимать социальный характер назначенных мер.

Уголовная ответственность может включать все названные компоненты либо быть представленной только обвинительным приговором суда без назначения наказания или с назначением и освобождением от его отбывания. На основании положения ч. 2 ст. 86 УК РФ такие лица являются несудимыми.

Представители третьей точки зрения (И.Я. Козаченко, Н.И. Загородников²) полагают, что уголовная ответственность - это все уголовно-правовое отношение в целом. Занимая настоящую позицию, некоторые авторы момент начала уголовного правоотношения связывают с моментом вынесения судом обвинительного приговора.³ Наверное, учитывая положения общей теории права, уголовное правоотношение как комплекс прав и обязанностей возникает с момента совершения преступления, а само преступление выступает юридическим фактом. Вопросы применения

¹ См., например: Багрий-Шахматов Л.В. Указ. работа. С. 104.

² См.: Козаченко И.Я. Санкции за преступления против жизни и здоровья. - Томск, 1987. С. 45; Загородников Н.И. О пределах уголовной ответственности. // Сов. государство и право, 1967. №7. С. 39.

³ См., например: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. - М., 1960. С. 485; Смирнов В.Г. Функции советского уголовного права. - Л., 1965. С. 78.

наказания, положений о судимости урегулированы законом, поэтому понятно, что уголовная ответственность реализуется в рамках правоотношения. Нельзя согласиться только с тем, что она полностью совпадает с ним по содержанию. Прежде всего, наше несогласие с авторами основано на том, что содержание ответственности, в отличие от правоотношения, не могут составлять обязанности. Ответственность – это реальное претерпевание правоограничений и лишений, а не обязанность претерпеть их. Во-вторых, на наш взгляд, правоотношение и ответственность имеют разные моменты возникновения и не могут совпадать. Ответственность составляет часть правоотношения и начинается с момента вступления в законную силу обвинительного приговора суда. Заканчивается правоотношение в тот же момент, что и уголовная ответственность, по общему правилу, при погашении или снятии судимости.

Четвертая точка зрения (авторы – В.Н. Кудрявцев, И.Э. Звечаровский, З.А. Астемиров¹) предлагает нетрадиционное понимание уголовной ответственности как воздержание от совершения преступлений под страхом наказания. Указанные специалисты в области уголовного права называют такую ответственность перспективной или позитивной. Приведенная позиция подверглась справедливой критике Ю.М. Ткачевского, А.Н. Игнатова, Т.А. Костаревой². Верно пишет по данному вопросу Ю.М. Ткачевский: «Невозможно представить себе человека, который одновременно несет ответственность чуть ли не за все преступления, перечисленные в УК РФ». Ответственность происходит от сочетания слов «дать ответ», а потому она не может быть перспективной. Лицо может отвечать только за прошлое, за уже содеянное, поэтому уголовная ответственность всегда ретроспективна и ограничена кругом лиц, виновных в преступлении. С представленной позицией нельзя согласиться еще и потому, что большинство преступлений не совершаются не из-за страха наказания и ответственности, а в силу моральных принципов. Следует отметить и правильность рассуждений А.Н. Игнатова и Т.А. Костаревой о том, что указанные авторы допускают смешение понятий ответственности и позитивного влияния УК РФ на общественное сознание. Уголовный закон стимулирует положительное поведение, но это нельзя отождествлять с ответственностью. Возможно, В.Н. Кудрявцев и другие криминалисты смешивают понятия общественного долга как позитивного поведения и ответственности, приравнивая категории «отвечать» и «вести себя в обществе ответственно». Наконец, непонятна практическая значимость позитивной уголовной ответственности, учитывая иную точку зрения уголовного закона по данному вопросу.

Пятая позиция предлагает рассматривать как уголовную ответственность само государственно-принудительное воздействие. Часть

¹ См.: Астемиров З.А. Проблемы теории уголовной ответственности и наказания. - Махачкала, 1987; Кудрявцев В.Н. Закон, поведение, ответственность. - М., 1986; Звечаровский И.Э. Уголовная ответственность. - Иркутск, 1992.

² См.: Ткачевский Ю. Уголовная ответственность. // Уголовное право, 1999. №3. С. 39;

Игнатов А.Н., Костарева Т.А. Уголовная ответственность и состав преступления. Лекция 4. - М., 1996. С. 8.

специалистов считает, что меры уголовно-процессуального принуждения на предварительном следствии следует признать элементом уголовной ответственности (авторы – В.С. Егоров, Н.А. Огурцов, Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский¹), другие полагают верным рассматривать в качестве государственно-принудительного воздействия только возложенное по приговору суда (авторы – Ю.М. Ткачевский, А.Н. Тарбагаев, В.Г. Смирнов²), и состоящее в осуждении, назначении наказания и судимости, либо только в осуждении без наказания и без судимости.

Известно, что процедура предварительного расследования занимает определенный промежуток времени, а обвинение лица в совершении преступления влечет для него реальные правоограничения в течение этого времени, которые часто сравнимы по характеру и длительности с наказанием. Наибольшей суровостью обладает мера пресечения в виде заключения под стражу. На регулирование данной меры именно в силу ее суровости обращает внимание Конституция РФ в ч. 2 ст. 22, позволяя ее применять только по судебному решению. Другие меры пресечения (залог, домашний арест, подписка о невыезде) или процессуального принуждения (привод обвиняемого в случае неявки по неуважительной причине, наложение ареста на имущество, временное отстранение от должности, денежное взыскание) также существенно ограничивают права обвиняемого лица. Проводимые в ходе следствия действия (допросы, обыск, выемка, контроль и запись переговоров и иных сообщений и т.д.), безусловно, значительно ограничивают права лица. Срок содержания под стражей на предварительном следствии может быть продлен на период до полутора лет (ч. 3 ст. 109 УПК РФ), тогда как минимальное наказание в виде лишения свободы составляет по ч. 2 ст. 56 УК РФ 2 месяца. Наконец, части 3, 4 ст. 72 УК РФ предусматривают необходимость зачета срока меры пресечения в виде содержания под стражей в срок назначенного наказания, а ч. 6 ст. 302 УПК РФ обязывает суд в случае равенства этих сроков вынести обвинительный приговор с назначением наказания и освобождением от его отбывания. Основываясь на приведенных положениях, значительная часть криминалистов усматривает уголовную ответственность уже при привлечении лица в качестве обвиняемого. Данная точка зрения не нова (см. работы О.Э. Лейста, Я.М. Брайнина, М.П. Карпушина, В.И. Курляндского и др.). Ошибочность такого подхода, на наш взгляд, состоит в том, что авторы, уделяя внимание существенности правоограничений, забывают о значении термина «уголовная ответственность» как ответственности за преступление. В соответствии с ч. 1 ст. 49 Конституции РФ «каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не

¹ См.: Егоров В.С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. - М., 2002. С. 33; Огурцов Н.А. Правоотношение и ответственность в советском уголовном праве. - Рязань, 1976. С. 161; Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. - С.-Пб., 2003. С. 36.

² См.: Ткачевский Ю.М. Указ. раб. С. 39; Прохоров В.С., Кропачев Н.М., Тарбагаев А.Н. Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность. - Красноярск, 1989. С. 179; Смирнов В.Г. Указ. раб. С. 157-159.

будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда». В ст. 11 Всеобщей Декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. определено: «Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком – путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты». Поэтому нельзя принять другие подходы к определению понятия и сущности уголовной ответственности как противоречащие Конституции РФ и признанным РФ международным правовым актам. Меры пресечения, следственные действия не являются компонентами ответственности, поскольку (и это видно из их названия) преследуют другие цели. Цели мер пресечения закреплены в ст. 97 УПК РФ. Ими выступают: пресечение совершения лицом нового преступления или продолжения преступной деятельности, обеспечение расследования преступления, обеспечение в дальнейшем вынесения приговора по делу, обеспечение безопасности участников процесса. Цель проведения следственных действий – объективное установление обстоятельств совершения деяния, что позволит в дальнейшем вынести справедливый приговор. Цели мер процессуального принуждения закреплены в ч. 1 ст. 111 УПК РФ. Таковыми предусмотрены: обеспечение законного порядка судопроизводства, исполнения приговора суда. Зачет срока содержания под стражей лица на предварительном следствии в порядке ст. 72 УК РФ также не свидетельствует о том, что мера пресечения является частью ответственности. Этот факт говорит лишь о суровости таких мер, а, значит, основываясь на началах справедливости, их следует учесть как понесенные лишения при назначении наказания.

Само событие преступления служит фактическим основанием уголовной ответственности, а ее юридическим основанием - как это указано в ст. 8 УК РФ – наличие в содеянном всех признаков состава преступления.

Наверное, самый весомый аргумент против признания ограничений прав лица на предварительном следствии мерами ответственности приводит Ю.М. Ткачевский¹. Он обращает внимание на возможность вынесения судом оправдательного приговора. В таком случае вполне резонно возникает вопрос: за что лицо несло ответственность на следствии?

Начиная настоящую работу, мы отмечали, что законодатель часто использует термин «уголовная ответственность». Однако употребление этого термина в ряде случаев в УК РФ и УПК РФ вызывает возражения, противоречит Конституции РФ. Так, ст.ст. 299, 300 УК РФ говорят о заведомо незаконном привлечении лица к уголовной ответственности или об освобождении от нее, совершенных лицом, проводящим дознание, следователем, прокурором. На наш взгляд, правом привлечь к ответственности обладает только суд. Действия следователя, прокурора, при всей их обоснованности и мотивированности, носят предварительный

¹ См.: Ткачевский Ю.М. Указ. раб. С. 40.

характер, не решают дело по существу, поэтому названные субъекты не могут «привлечь к ответу» за содеянное. Судебная практика тоже на протяжении долгих лет, к сожалению, исходит из возможности привлечения к уголовной ответственности на предварительном следствии. Так, в решении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР по делу У. сказано, что «датой привлечения лица к уголовной ответственности является день вынесения постановления о привлечении его в качестве обвиняемого»¹. Современный УПК РФ в настоящем вопросе занимает более верную позицию. Он говорит не о привлечении к уголовной ответственности, а об уголовном преследовании, вместо термина «освобождение от уголовной ответственности» УПК РФ употребляет термин «Прекращение уголовного преследования». Так, в ч. 3 ст. 24 УПК РФ закреплено: «прекращение уголовного дела влечет за собой одновременно прекращение уголовного преследования». При правильной терминологии УПК РФ вызывает недоумение и возражение использование разных терминов в материальном и процессуальном законах. Считаем, что на этапе предварительного расследования можно говорить только об уголовном преследовании и освободить тоже только от преследования.

В соответствии со статьями 25, 27, 28 УПК РФ уголовное дело прекращается дознавателем и следователем с согласия прокурора, прокурором при наличии оснований, предусмотренных статьями 75, 76, 78 УК РФ. В уголовном законе они рассматриваются как основания освобождения от уголовной ответственности (глава 11 УК РФ). Согласно ст. 133 УПК РФ, все основания освобождения от уголовной ответственности не реабилитирующие. Это означает, что на лицо, освобожденное от уголовной ответственности, можно возложить ответственность гражданско-правовую, административную в силу установленности факта события преступления и виновности в нем. Фактически органы следствия нарушают презумпцию невиновности до вступления в силу обвинительного приговора, констатируют виновность лица. Конституционный Суд РФ в постановлении от 28 октября 1996 г. признал, что «существующая практика освобождения от уголовной ответственности соответствует Конституции РФ, так как прекращение уголовного дела не означает установления виновности лица в совершении преступления, не препятствует осуществлению им права на судебную защиту и предполагает получение согласия на прекращение уголовного дела»². Полагаем, что Конституционный суд неправ в данном вопросе. Соображения целесообразности им поставлены выше принципа законности. Иное решение вопроса Конституционным Судом РФ привело бы к тому, что правом освобождения лица от уголовной ответственности нужно было бы наделить только суд, причем не ранее вступления в силу обвинительного приговора. Более целесообразно прекращать уголовное преследование уже на стадии предварительного расследования, поскольку

¹ Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1973. №11. С. 10.

² Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. №5. С. 14.

меры пресечения и процессуального принуждения достаточно суровы, прекращение дела на более раннем этапе позволяет государству избежать значительных финансовых затрат, применение мер освобождения на следствии способствует раскрытию преступлений (особенно совершенных в группе), возмещению ущерба потерпевшему, заглаживанию вреда, а кроме того, такова уже давно сложившаяся практика освобождения от ответственности (см. дату решения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР в нашей работе). Неконституционность уголовного и уголовно-процессуального законов приводит к созданию искусственных конструкций в теории уголовного права. Так, по мнению С.А. Данилюка, необходимо разделять такие категории, как признание виновным и установление вины. Признание виновным является, согласно позиции этого автора, прерогативой суда и служит основанием для назначения уголовного наказания. Установление вины входит в компетенцию органов дознания и предварительного следствия и может стать предпосылкой для прекращения уголовного дела по нереабилитирующему основанию. Указанные положения дают С.А. Данилюку повод считать, что освобождение от уголовной ответственности путем прекращения уголовного дела не противоречит принципу презумпции невиновности¹. На наш взгляд, установить вину как раз и означает признать виновным.

Если отставить соображения целесообразности и привести действующее законодательство в соответствие с Конституцией РФ, предоставить право освобождения от уголовной ответственности суду, то правовые последствия освобождения от ответственности и от наказания будут одинаковы, если освобождение от наказания не сопряжено с отбыванием его части. Вообще, учитывая, что освобождать от уголовной ответственности должен суд путем вынесения приговора, мы не видим практического значения категории «освобождение от уголовной ответственности». На основании ч. 2 ст. 86 УК РФ лицо, освобожденное от наказания, считается несудимым. Поэтому уголовному закону будет достаточно только оснований освобождения от наказания. В настоящее время они предусмотрены в УК РФ как освобождение от отбывания всего назначенного наказания либо только от его части.

ОТЛИЧИЯ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЭКСПЕРТА ОТ ЗАКЛЮЧЕНИЯ СПЕЦИАЛИСТА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ

Ломакина Е.В. – преподаватель кафедры гражданского права и процесса

¹ См.: Данилюк С.А. Вопросы освобождения от уголовной ответственности. // Правоведение. 1987. №3. С. 85-91.

Рассмотрению вопросов использования специальных знаний в судопроизводстве посвящена обширная литература. Однако в современных социально-экономических условиях, когда успешность правовой реформы неразрывно связана с объективизацией судопроизводства, их роль существенно возрастает.

Федеральный закон от 4 июля 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» ввел в уголовный процесс новый вид доказательств - заключение специалиста. Статья 80 УПК дополнена ч. 3 такого содержания: «Заключение специалиста - представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами».

Эта законодательная новелла сразу же поставила ряд вопросов: что представляет собой заключение специалиста как новый вид доказательств, чем оно отличается от заключения эксперта, каков порядок истребования и представления заключения специалиста, как оно может быть использовано в доказывании?

Полагаем, что оценить рассматриваемую новеллу законодателя можно только положительно. Новый вид доказательств расширяет возможности органов дознания, дознавателя, следователя и прокурора в доказывании по уголовному делу. Кроме того, заключение специалиста - это еще одна форма использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве.

Разграничение указанных форм использования специальных знаний представляется весьма актуальным как для практических целей, так и для дальнейшего совершенствования законодательного регулирования. Это тем более важно, что сущность и цели участия специалиста — в сопоставлении с экспертизой — в разное время и в различных странах понимались (и понимаются) неоднозначно; нередко противоречиво.

Для начала наиболее важным с процессуальной точки зрения является разрешить вопрос о разграничении и регламентации таких форм применения специальных знаний, как экспертиза и участие специалиста. Данная проблема имеет давние корни, к ней не раз обращалось внимание и современных ученых.

Так, И.Л. Петрухин, полагая неправильным отождествление деятельности специалиста с экспертизой, в то же время утверждает, что функции специалиста и эксперта отчасти совпадают¹, поскольку его деятельность, как и деятельность эксперта, зачастую направлена на выявление фактических данных, чем и обусловлена ее доказательственная значимость. По сути, критерием сравнения здесь берется цель (объект) деятельности (применительно к специалисту — ее часть), что, на наш взгляд, представляется не совсем верным. К достижению одного и того же результата может быть направлена различная по содержанию деятельность; цель здесь выступает объектом, который лежит за пределами анализируемого явления. Один вид деятельности отличается от другого своей сущностью, т.е.

¹ Петрухин И.Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. С. 63-70.

средствами и методами осуществления, которые у эксперта и специалиста не тождественны.

Однако этот общий тезис не решает многих назревших вопросов, связанных с участием специалиста; главными из них остаются определение юридической значимости деятельности специалиста и его процессуального статуса.

В соответствии со ст. 58 УПК, специалист - это лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном УПК РФ, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. В этой статье ничего не говорится ни о праве, ни об обязанности специалиста давать какие-либо заключения. В ст. 168 УПК РФ, регламентирующей участие специалиста в следственных действиях, также нет указаний о порядке дачи им заключений. Это обстоятельство следует считать упущением законодателя.

Практика пытается выйти из ситуации путем допроса специалиста в качестве свидетеля, что, на наш взгляд, неправомерно. Специалист и свидетель - разнородные участники уголовно-процессуальной деятельности, что подтверждается закреплением статуса каждого в разных статьях УПК РФ (56 и 58), неодинаковой нормативной дефиницией этих субъектов, собственной совокупностью прав и обязанностей того и другого, а главное - различным характером приобретенного знания. Поэтому допрос специалиста есть самостоятельное следственное действие, подлежащее, по нашему мнению, безотлагательному внесению в УПК РФ.

В УПК РФ участник уголовного процесса - специалист приобрел новое качество. По УПК РСФСР предназначение специалиста заключалось в одном - используя свои специальные знания, содействовать следователю или суду в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств (ст.ст. 133.1, 253.1). Теперь, согласно ст. 58 УПК РФ, специалист может приглашаться для решения, кроме указанной, еще двух задач - постановки вопросов эксперту и разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Кроме того, претворяя в уголовное судопроизводство принцип состязательности и стремясь к равноправию сторон, законодатель предоставил защитнику новое полномочие - привлекать специалиста (п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК).

Безусловно, данные новшества следует приветствовать, поскольку они вызваны практическими потребностями и заметно расширяют рамки использования специальных знаний в уголовном процессе.

Мнение, высказываемое в уголовно-процессуальной литературе, о том, что специалист, в отличие эксперта, не обладает процессуальной самостоятельностью, обосновывают тем, что вся деятельность специалиста протекает под контролем следователя, суда в уголовном процессе, что

специалист лишь помощник следователя (или суда) и что он заменяет следователя в силу не процессуальной, а научно-технической некомпетентности последнего.

Процессуальная деятельность всех субъектов протекает под контролем суда — это неотъемлемая черта процессуальной формы, от чего субъекты процесса вовсе не теряют своей самостоятельности. Признать или не признавать того или иного субъекта самостоятельным участником процесса зависит лишь от того, предусматривает ли процессуальный закон его участие в процессе, регламентируются ли его процессуальные права и обязанности. Строго говоря, в процессе не может быть несамостоятельных участников, т.е. таких, процессуальный статус которых законом не определен. Иное противоречит принципам построения уголовного процесса.

Тем более нельзя согласиться с утверждением, что специалист заменяет следователя (или судью). Специалист может оказать важную помощь и следователю, и судье — но собой их не заменяет. И следователь, и судья имеют определенную законом компетенцию и ответственность, которые не могут быть переложены ни на кого иного в процессе. Ни о какой замене речи быть не может.

Положение о том, что специалист, прежде всего, помощник следователя (или судьи) при осуществлении процессуального действия, не означает отрицания самостоятельности процессуального статуса специалиста. Другое дело, что следователи (или судьи) могут и не прибегать к помощи специалиста, если сами в достаточной степени обладают специальными знаниями (чтобы квалифицированно произвести осмотр доказательств и или изъять образцы для сравнительного исследования и пр.). В этом проявляется одно из отличий участия специалиста и участия эксперта в процессе: как известно, действующее законодательство России не допускает смешения функций суда и эксперта.

Таким образом, специалист — это самостоятельный субъект процесса, его необходимым признаком является участие в следственном (процессуальном) действии. Это положение вытекает из закона: «Следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста в соответствии с требованиями части пятой статьи 164 настоящего Кодекса» (ч. 1 ст. 168 УПК РФ).

Различаются также способы применения специальных знаний экспертом и специалистом. Так, эксперт проводит специальное исследование, содержание которого находится вне рамок процессуальной регламентации (закон не регулирует процесс получения научного знания), а специалист, как правило, участвует в осуществлении судом процессуального действия. Экспертного исследования он не проводит. Это, однако, не означает, что специалист вообще не должен применять никаких специальных методов к своей деятельности. При необходимости он вправе и должен к ним прибегнуть, но такие исследовательские действия (наблюдение, измерение и пр.) направлены не на получение новых фактических данных, а на

объяснение имеющихся в распоряжении суда и доступных его восприятию. В литературе признается, что специалист применяет специальные знания для выявления фактических данных, которые могут быть восприняты непосредственно. Так, многие факты, существующие на момент рассмотрения дела (так называемые факты-состояния), суд может непосредственно воспринять путем осмотра доказательств. Техническую помощь в этом суду способен оказать именно специалист; его функция — содействие в правильном осуществлении процессуального действия. Участие специалиста в некоторых случаях необходимо суду для определения потребности в экспертизе. Так, при осмотре судом письменного доказательства специалист с помощью специального прибора может выявить исправления (подчистки, дописки) в тексте договора, что дает суду основание назначить криминалистическую экспертизу документа. Никакого заключения специалист при этом не дает.

Иногда подчеркивается, что экспертное исследование проводится для выявления фактов-доказательств, существовавших в прошлом, тогда как специалист использует свои знания, чтобы помочь суду непосредственно воспринять факты-доказательства, имеющие место здесь и сейчас. Принять данное положение в полной мере нельзя. При проведении некоторых экспертиз также устанавливаются факты, существующие на момент рассмотрения дела в суде (например, определение группы крови, психического состояния лица). Различие заключается в том, что устанавливаемые экспертизой факты и профессиональная оценка экспертом информации о них недоступны непосредственному сенсорному восприятию (через органы чувств); их выявление требует применения специальных методик, проведения исследования.

Главное отличие эксперта от специалиста видится также в различных функциях. В современной уголовно-процессуальной доктрине общепризнаны следующие положения: специалист привлекается к участию в следственных действиях для содействия следователю своими специальными знаниями и навыками в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств; он также обращает внимание следователя на обстоятельства, связанные с обнаружением, закреплением и изъятием доказательств.

Пояснения и консультации специалиста могут быть сделаны в письменном и устном виде; письменные оглашаются и приобщаются к делу, устные заносятся в протокол судебного заседания. Возникает вопрос: в каком качестве выступают письменные пояснения, приобщенные к делу? УПК РФ ответа не содержит. Вместе с тем, если консультация дана в устной форме, она заносится в протокол, который сам при определенных обстоятельствах может играть роль доказательства.

Специалист в уголовном процессе объективно способен выполнять различные функции: либо содействовать суду при осуществлении им познавательной процессуальной деятельности (никакого самостоятельного доказательственного значения здесь консультация специалиста не имеет),

либо давать пояснения справочного характера, которые не требуют проведения специального исследования.

Различение двух функций специалиста в процессе — вспомогательной и доказательственной — весьма важно как для дальнейшего совершенствования законодательства, так и для практики.

На наш взгляд, заключение эксперта и заключение специалиста различаются не только специальной природой, но и — в связи с этим — процессуальным значением. Заключение эксперта чаще всего выступает доказательством юридических фактов (хотя, как было доказано, оно может играть роль доказательства при доказывании доказательственного факта). Заключение же специалиста, сделанное в письменной форме, чаще играет роль доказательства доказательственного факта.

Следователь, дознаватель, судья, обладая специальными знаниями и соответствующими научно-техническими средствами, могут обойтись и без помощи специалиста. Случаи обязательного участия прямо указаны в законе:

1) участие судебного медика, а при невозможности его участия иного специалиста, в наружном осмотре трупа (ст. 178 УПК);

2) участие педагога в допросе потерпевшего или свидетеля в возрасте до 14 лет (ч. 1 ст. 191 УПК), а по усмотрению следователя и при допросе потерпевших или свидетелей в возрасте от 14 до 18 лет (ч. 1 ст. 191 УПК);

3) участие врача в освидетельствовании в необходимых случаях (ч. 4 ст. 179, ч. 2 ст. 290 УПК).

В то же время судебная экспертиза назначается независимо от того, обладают ли следователь, дознаватель, судья специальными знаниями, поскольку фактические данные, полученные путем экспертного исследования, не могут быть отражены ни в каком процессуальном документе, кроме заключения эксперта.

Специалисты в ряде случаев (например, при проверке до возбуждения уголовного дела) также проводят исследования, но эти исследования называются предварительными и полученные результаты не имеют доказательственного значения. Такая форма использования специальных знаний не является процессуальной.

Таким образом, консультации специалиста, часто даваемые письменно и оформленные в виде заключения по различным вопросам права, приобретают статус доказательств. Подчеркнем, что, в отличие от эксперта, специалист не проводит исследований материальных объектов. Заключение специалиста представляет собой письменную консультацию по вопросам, входящим в его компетенцию, представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами (ч. 3 ст. 80 УПК).

Нам представляется не совсем правильным мнение ученых, которые видят в заключении специалиста способ придать доказательственное значение предварительным исследованиям. Так, С.И. Зернов указывает, что «через вновь введенное в число доказательств «заключение специалиста» могут быть легализованы, получить законное признание так называемые

«предварительные исследования», справки о которых получили столь широкое распространение в практике проверки заявлений и сообщений о преступлениях»¹.

В этом случае нивелируется различие между судебной экспертизой и заключением специалиста. Полагаем, что никакие экспресс-исследования не могут заменить полноценной судебной экспертизы, назначаемой, если этого требует практика, до возбуждения уголовного дела.

Анализ научной и учебной литературы позволяет сделать вывод о том, что спорных вопросов в данной области не усматривается. Например, профессор Н.Г. Шурухнов указывает, что целью экспертизы являются «научные истолкования результатов исследования», однако не объясняет, какое научное истолкование и какие исследования возможны в области техники, искусства и ремесла². Не рассматривается данный вопрос и другими авторами, считающими задачей экспертизы проведение специального исследования.

Профессор В.Я. Колдин отмечает, что экспертиза должна назначаться в случаях, когда «факт, устанавливаемый с использованием специальных познаний, является доказательственным... и особенно когда признакам, на основе которых этот факт устанавливается, может быть дано различное объяснение. В пользу экспертизы свидетельствует также необходимость специального лабораторного исследования»³.

Мы согласны с данным тезисом, поскольку в теории давно разработан критерий, позволяющий сделать выбор между привлечением эксперта и специалиста: экспертиза назначается при необходимости проведения специальных исследований; суждения специалиста будет достаточно тогда, когда ответить на вопросы, требующие специальных знаний, можно без производства специальных исследований.

Указание в УПК РФ на исследование специалистом материалов уголовного дела, как нам кажется, не способно поколебать существенных различий между экспертизой и заключением специалиста. Таким образом, после получения необходимых сведений от специалиста суд получает возможность самостоятельно ориентироваться в интересующем его вопросе.

Чем же была вызвана необходимость расширения процессуальной формы использования специальных знаний включением в нее заключения специалиста? Ответ на этот вопрос связан с решением другого принципиально важного вопроса: допустимо ли участие в уголовном процессе в качестве экспертов лиц, имеющих специальные знания в области права?

¹ Зернов С.И. Заключение специалиста как новый вид судебных доказательств // Криминалистические средства и методы в раскрытии и расследовании преступлений: Материалы 2-й Всероссийской научно-практической конференции по криминалистике и судебной экспертизе. - М., 2004.

² Шурухнов Н.Г. Криминалистика: Учебное пособие. - М., 2002. С. 378.

³ Криминалистика: Учебник / Отв. ред. Н.П. Яблоков. - М., 2001. С. 366.

В.И. Шиканов отмечает, что из понятия «специальные знания» исключаются общеизвестные знания, а также познания в области права¹. В.П. Зезьянов пишет: «Специальные знания - это любые неправовые в своей основе знания, используемые в процессе раскрытия, расследования и предупреждения преступлений путем привлечения по инициативе субъекта доказывания соответствующих специалистов, на основании норм уголовно-процессуального закона и в связи с установлением необходимости использования специальных знаний, которые могут быть неизвестны широким общественным массам»².

Кроме того, нужно сказать, что в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 февраля 1971 г. есть запрет на проведение «правовой» экспертизы. Пленум в п. 11 этого постановления обращает внимание на то, что ни вопросы, поставленные перед экспертом, ни заключения эксперта не могут выходить за пределы его специальных познаний, а суды не должны допускать постановку перед экспертом правовых вопросов, как не входящих в его компетенцию. Поскольку в данном пункте говорится об экспертах, логично заключить, что никакой эксперт - с точки зрения Пленума - не может обладать компетенцией в области права.

Тем не менее многие авторы высказываются в пользу разрешения постановки перед экспертом, обладающим юридическими знаниями, правовых вопросов. Как определяется круг вопросов, на которые экспертом-юристом может быть дан ответ? Приведем высказанные в ходе дискуссии суждения и одновременно доводы исследователей в пользу допустимости правовой экспертизы по уголовному делу.

«Если в качестве эксперта выступает ученый-правовед, то он может дать достаточно компетентное заключение по таким вопросам, как последствия преступного деяния, его причины и т.п. Тем более, что заключение любого эксперта не является обязательным для органов расследования, прокуратуры, суда и оценивается по общим правилам. Значимость такого рода заключений несомненна, ибо не все следователи, судьи и прокуроры обладают специальными научными познаниями во всех без исключения областях юриспруденции»³.

В других публикациях выводу о том, что развивающиеся в настоящее время финансовые, кредитные, налоговые, экологические и другие правоотношения требуют привлечения к расследованию в качестве экспертов научных работников либо практиков из числа узких специалистов, сопутствуют более жесткие ограничения перечня вопросов, которые могут быть поставлены перед экспертным исследованием. Однако эти вопросы не должны касаться виновности лиц, квалификации их действий, применения

¹ Шиканов В.И. Проблемы использования специальных знаний и научно-технических новшеств в уголовном судопроизводстве: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. - М., 1980. С. 23.

² Зезьянов В.П. Роль, место и значение специальных знаний в криминалистике: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. - Ижевск, 1994. С. 9.

³ Громов Н., Смородинова А., Соловьев В. Заключение эксперта: от мнения правоведа до выводов медика (обзор практики). // Российская юстиция, 1998. №8. С. 53.

норм уголовного закона, исключających уголовную ответственность либо наказание¹.

Ю. Корухов, полагаящий практику назначения «правовых», «экономико-правовых» и «юридических» экспертиз порочной, пишет, однако, что безукоризненным с процессуальной и достаточно корректным со всех позиций будет постановка вопроса в форме: «Как должно было действовать лицо (физическое, юридическое) в данной ситуации?». Приведенная конструкция, утверждает автор, способна обеспечить следователю и суду квалифицированную помощь экспертизы без ее вторжения в область права. Таким образом, и Ю. Корухов, по сути, соглашается с участием «правового» эксперта, лишь несколько иным образом формулируя поставленные перед ним вопросы².

Обосновывая необходимость проведения правовых экспертиз по уголовным делам о преступлениях, ответственность за которые установлена статьями УК РФ с бланкетными диспозициями, Л. Гаухман делает вывод о нереальности выполнения упомянутых обязанностей ввиду несоответствия юридического образования объему знаний, которыми должна быть обогащена память юриста, и невозможностью в принципе каждому юристу знать все нормативные акты, ссылки на которые сделаны в бланкетных диспозициях статей Особенной части УК РФ, все изменения к ним.

П. Яни, приходя к заключению о недопустимости использования знаний правоведов для проведения судебной экспертизы, отмечает, что «без участия «глубокого» специалиста в области юриспруденции правоприменителю весьма сложно принять обоснованное решение... И здесь в помощь следователю и судье должны быть призваны «глубоко специализированные» сотрудники научных ведомств, а также методических подразделений...»³. Аналогичной точки зрения придерживаются также А. Кудрявцева и Ю. Лившиц⁴.

Как и ранее действовавший УПК РСФСР, новый УПК РФ не содержит указаний о запрете ставить эксперту на обсуждение правовые вопросы как не входящие в его компетенцию.

Следует также сказать, что судебная практика идет по пути привлечения экспертов для дачи заключений по соблюдению правил вождения, техники безопасности, отнесенности конкретной информации к государственной тайне.

По своей сущности подобная оценка является не экспертизой, а указанием сведущего лица на нормативные акты, действующие в данной сфере и подлежащие возможному применению. Это подтверждается тем, что выводы эксперта о соблюдении тех или иных правил могут быть

¹ Балакшин В. Заключение эксперта как средство доказывания по уголовному делу. // Законность, 1999. №1. С. 23-24.

² Корухов Ю. Допустимы ли правовые и юридические экспертизы в уголовном процессе. // Законность, 2000. №1. С. 13-14.

³ Яни П. «Правовая» экспертиза в уголовном деле». // Законность. 2001. №9. С. 24.

⁴ Кудрявцева А., Лившиц Ю. Доказательственное значение «правовых» экспертиз в уголовном процессе. // Российская юстиция. 2003. №1. С. 31.

подвергнуты судом сомнению, а противоречия - устранены самим судом с опорой на конкретный нормативный акт.

По нашему мнению, правовые заключения специалистов-юристов необходимы в уголовном процессе. «Значимость заключения ученого-правоведа несомненна, ибо не все следователи, судьи и прокуроры обладают специальными научными познаниями во всех без исключения областях юриспруденции»¹. Более того, криминалистические и некоторые другие юридические знания, непосредственно используемые следователями, судьями и иными субъектами, ответственными за ведение уголовного процесса в соответствующей стадии его, также относятся к специальным. Кроме того, сейчас в юриспруденции очень сильна специализация и какие-то специальные юридические знания, например, в области нотариального производства или государственной регистрации прав на недвижимое имущество могут быть недоступны следователю. Такого же мнения, например, придерживается и Е.Р. Россинская.²

На наш взгляд, введение в практику правоприменения подобных заключений специалистов-юристов является естественным следствием усложнения правового регулирования общественных отношений. Однако ввиду противоречия существу взаимоотношений суда и экспертов данное заключение не является заключением эксперта.

Мы считаем, что данный документ по своему процессуальному статусу является ничем иным, как заключением специалиста.

Однако окончательное закрепление роли специалиста-правоведа в уголовном процессе в соответствии с его действительным статусом потребует большой теоретической и законодательной работы.

Таким образом, можно с уверенностью утверждать, что заключение специалиста по своему процессуальному статусу по целому ряду признаков отличается от заключения эксперта.

Во-первых, если ст. 195 УПК регулирует порядок назначения экспертизы, который заключается в том, что следователь выносит специальное постановление о назначении судебной экспертизы, то правовой механизм истребования и представления заключения специалиста в УПК не определен.

Во-вторых, специалист, давая заключение по требованию следователя или в суд, не проводит, в отличие от эксперта, полного и всестороннего исследования объекта с использованием специальных знаний. Он ограничивается, как правило, осмотром представленных ему объектов - предметов, веществ и документов, а специальные знания использует лишь для формирования суждения о признаках объектов.

В-третьих, форма, структура и содержание заключения специалиста не регламентируются УПК, в то время как заключение эксперта в соответствии

¹ Громов Н., Смородинова А., Соловьев В. Заключение эксперта: от мнения правоведа до выводов медика (обзор практики). // Российская юстиция. 1998. №8. С. 53.

² Россинская Е.Р. Судебная экспертиза ...

со ст. 204 имеет четкую форму, структуру и содержание. Поэтому, по нашему мнению, заключение специалиста как вид доказательства - это предварительное суждение, представленное в письменном виде, об отдельных признаках объектов - предметов, документов, веществ и др., основанное на результатах их осмотра с использованием специальных знаний.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ДОСТИЖЕНИЙ КРИМИНАЛИСТИКИ В ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Назаров В.А. – доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н.

С принятием Конституции и нового УПК РФ произошло законодательное закрепление принципа состязательности в уголовном судопроизводстве и весомая роль при этом отводится науке - криминалистике.

Инициатива в собирании и исследовании доказательств принадлежит стороне обвинения и защиты. Новый уголовно-процессуальный закон закрепляет возросшую роль государственного обвинения, возложив на него всю ответственность за доказанность обвинения, его обоснованность. Согласно ч. 2 ст. 14 УПК РФ, бремя доказывания вины подсудимого и опровержение доводов, приводимых в защиту подозреваемого и обвиняемого, лежит на стороне обвинения. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты, он реализует функцию разрешения уголовного дела. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

Вместе с тем, вся история развития криминалистики постоянно сопровождалась дискуссиями о природе и месте криминалистики в системе юридических знаний. По мере появления новых идей в криминалистической науке и изменениях в законодательстве ученые вынуждены всякий раз обращаться к вопросу о том, что остается в науке неизменным. Так, законодательное закрепление в новом УПК РФ 2001 г. принципа состязательности позволило предопределить дальнейшую практическую потребность криминалистики в разработке новых эффективных приемов и рекомендаций как для субъектов, осуществляющих функцию уголовного преследования (обвинения), так и адвокатов, реализующих функцию защиты.

При существовавших ранее значительных ограничениях положения защитника в уголовном судопроизводстве такой проблемы как бы и не существовало.

Е.А. Карякин и Л.В. Бормотова в связи с этим утверждают: «Опыт профессиональной защитительной деятельности содержит и продолжает накапливать рекомендации, содействующие такой деятельности. Но подобные изыскания носят разрозненный и необобщенный характер. В связи с чем возникает потребность выделения в криминалистике раздела, посвященного тактике и методике профессиональной защиты по уголовным делам».¹

¹ Карякин Е.А., Бормотова Л.В. Криминалистические аспекты деятельности адвоката-защитника и проблема допустимости доказательств. // Сборник научных трудов института адвокатуры Уральской государственной

К сожалению, такие заявления в последнее время все чаще встречаются в юридической литературе и вносятся предложения по разработке «криминалистики защиты», «криминалистики обвинения», «судебной криминалистики» и т.д. Диаметрально противоположное мнение у А.А. Эксархопуло: «Чтобы в науке одновременно разрабатывать и «способы действия», и «способы нейтрализации» этих действий, придется отказаться от оценки социальной значимости криминалистики как науки, призванной разрабатывать меры борьбы со злом «преступности», и переориентировать науку на принцип шахматной игры, где обе противоборствующие стороны руководствуются нравственно действительно оправданной целью, а именно за счет своего мастерства добиться победы над противником. Но то, что допустимо в теории игровых видов «борьбы с противником», не всегда годится для сферы, где борьба приобретает характер жизненно важного направления деятельности государства, призванного посредством властного вмешательства обеспечить восстановление справедливости и нарушенных преступлением прав своих граждан».¹

Нам представляется, что обвинительная сторона в своей работе использует разработанные криминалистикой тактические и методические приемы, а также технические средства, позволяющие фиксировать следы преступления, криминалистические объекты, а также весь ход следственных действий. Данные полномочия закреплены в ч. 2 ст. 84 УПК РФ, согласно которой, иные документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменной, так и в иной форме посредством фотосъемки, аудио- и видеозаписи и с помощью иных носителей информации.

Актуальность применения технико-криминалистических средств в борьбе с преступностью с целью ее предупреждения и эффективной борьбы с нею, не вызывает никакого сомнения. Практически следователи в настоящее время – время высоких технологий - не могут достаточно эффективно работать без использования криминалистических учетов, которые базируются на основе компьютерной техники, применении научно-технических средств по обнаружению, фиксации и изъятию вещественных доказательств, использовании видеозаписи, производства различных судебных экспертиз и т.д. Поэтому адвокат, анализируя все эти действия, со своей стороны выявляет процессуальные нарушения в их использовании и применении, а для этого, естественно, ему самому необходимо ими владеть или хотя бы иметь о них четкое представление.

Адвокат, участвующий в качестве профессионального защитника в уголовном судопроизводстве, в котором применяется технико-криминалистическое средство при контроле и записи переговоров или видеозаписи (подозреваемого, обвиняемого и других лиц), является гарантом

юридической академии «Эволюция права и закона как фактор изменения криминалистики; генезис профессиональной защиты и представительства». - Екатеринбург: Изд. «Чароид». С. 87.

¹ Эксархопуло А.А. Предмет и пределы криминалистики. // Роль и значение деятельности профессора Р.С.Белкина в становлении и развитии современной криминалистики. Материалы международной научной конференции (к 80-летию со дня рождения Р.С. Белкина). - М., 2002. С. 31.

соблюдения прав и свобод человека и гражданина, анализирует соответствие требованиям федерального закона, обоснованность их применения. При этом выясняется: имело ли такое применение в связи с расследованием именно данного преступления; соответствует ли круг лиц, определенных в уголовно-процессуальном законодательстве; имеется ли в наличии соответствующее постановление судьи с указанием предельного срока применения этого средства по закону и т.д.

Безусловно, активное и принципиальное участие адвоката в уголовном судопроизводстве, особенно при применении технико-криминалистических средств, подтверждает значимость и содержательность института защиты как гаранта соблюдения прав и свобод личности, которые являются приоритетными в современном мире, как высшая ценность.

Как показывает анализ практики расследования, то наличие ошибок следствия практически существует всегда. Они имеются в связи с большой загруженностью следователя либо слабой профессиональной подготовкой следователя, а иногда и в односторонности, предвзятости следствия.

Интересную статистику представил Н.П. Яблоков: «Сейчас только один из двух следователей МВД имеет высшее юридическое образование. Причем 1/3 часть всех следователей получила его заочно или при вечерней форме обучения и примерно 40% работают следователями менее 3-х лет. Не столь высок профессиональный уровень и стаж следователей прокуратуры».¹

По мнению С.А. Шейфера, В.А. Лазаревой и Л.П. Исмакаева, «следственная ошибка – это отступление следователя от требований уголовно-процессуального закона и научных рекомендаций при проведении процессуальных действий, а равно непроведение нужных по обстоятельствам дела процессуальных действий, повлекшее за собой принятие решений, противоречащих закону и воспрепятствовавших достижению целей расследования».² Криминалистика разрабатывает рекомендации по тактике производства отдельных следственных действий с участием защитника, но, как нам кажется, не должна разрабатывать вопросы тактики защиты, т.к. тактика защиты производна. Пока следователь не возбудит уголовное дело и не предъявит обвинение, то нет и тактики защиты. Такое мнение продиктовано, в первую очередь, тем, что криминалистическая наука не разрабатывает и не должна разрабатывать приемы обеспечения защиты подсудимого. Разрабатывая рекомендации защиты подозреваемого (обвиняемого, подсудимого), криминалистика будет противоречить своей природе и назначению, поскольку невозможно одновременно разрабатывать рекомендации на изобличение виновного и защите лица, совершившего преступление.

¹ Яблоков Н.П. Криминалистические пути реализации отдельных норм УПК РФ. //Актуальные проблемы криминалистики на современном этапе. Материалы международной конференции, посвященной памяти профессора Л.Л. Каневского. - Уфа, 2003. С. 273.

² Шейфер С.А. и др. Следственные ошибки и их принципы. // Проблемы дальнейшего укрепления соц. Законности при расследовании преступлений органами внутренних дел. Сборник научных трудов. - Киев. С. 118.

Мы разделяем точку зрения по данному вопросу с В.И. Комиссаровым: «Говорить о том, что тактика профессиональной защиты по уголовным делам займет в криминалистической тактике наряду с тактикой обвинения равнозначное положение, пока нет оснований».¹

И все же это не означает, как мы уже отмечали выше, что криминалистика (в частности, криминалистическая тактика) является закрытой наукой для остальных участников процесса доказывания, не связанных с раскрытием и расследованием преступлений. Поэтому адвокат-защитник всегда может и, как нам представляется, должен использовать разработанные криминалистикой рекомендации в своей профессиональной деятельности с целью восполнения неполноты предварительного расследования, исключать попытки опровержения, фальсификации, подмены доказательств, скрупулезно анализировать выводы обвинения для установления истины по рассматриваемому делу. В подтверждение этому можно привести высказывание Р.С. Белкина по данному вопросу: «Нет, на мой взгляд, никакой «криминалистики защиты», как нет и «криминалистики обвинения». А есть использование положений криминалистики защитником и обвинителем».²

Состязание на равных и есть реализация принципа состязательности, который, к сожалению, не всегда еще выполняется из-за косности и приверженности старым взглядам на роль обвинителя и защитника. Более того, принцип состязательности вводится в условиях отсутствия определенного опыта в качестве обвинителя следователя и дознавателя, отсутствия наработанных методов собирания доказательств, стороной защиты.

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. 1 ст. 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

¹ Комиссаров В.И. Тактика защиты и предмет криминалистики: взгляд со стороны. //Сборник института адвокатуры Уральской государственной юридической академии «Профессиональная деятельность адвоката как объект криминалистического исследования». – Екатеринбург: Изд. «Чароид», 2001. С. 99.

² Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. - М.: Изд. Норма, 2001. С. 87.

позволяет стороне обвинения рассматривать ходатайства защиты по своему усмотрению».¹

Неудивительно, как отмечает Р.С. Белкин, что «в силу своей невысокой профессиональной квалификации именно как защитников адвокаты озабочены в первую очередь поисками не истины, а упущений, пробелов, ошибок следствия, доказательством не истины, а того, что она не установлена обвинением. Их цель, как говорят профессионалы, «развалить дело», показать несостоятельность обвинения и добиться в лучшем случае оправдательного приговора».²

Однако следует подчеркнуть, что защита подозреваемого ни при каких обстоятельствах не может превращаться в защиту преступления. Адвокат не может по просьбе своего подзащитного прибегать к незаконным методам защиты, несоответствующим правилам процесса. Из деятельности адвоката совершенно должны быть исключены подтасовка фактов, их искажение, подговор свидетелей или постановка им наводящих вопросов. Адвокат должен быть объективным и беспристрастным.

Уголовное дело, изобилующее следственными ошибками, упущениями, пробелами в системе доказательств, Р.С. Белкин называет «больным», нежизнеспособным: «Оно не должно иметь жизненной перспективы, оно обречено стать «добычей» адвоката – «санитара» судопроизводства».³

Отводя роль «санитара судопроизводства» адвокату-защитнику, считаем, что это высокая оценка деятельности и предназначения всего адвокатского корпуса. Именно от них законодатель ждет своевременного предотвращения судебных ошибок, когда наказание не соответствует степени общественной опасности содеянного, когда следователь или суд игнорируют обстоятельства, исключающие возможность уголовного преследования или смягчающие наказания. Адвокат вправе настаивать на недопустимости использования обвинительного доказательства при обнаружении любого отступления от правил, установленных для его получения наукой криминалистикой и УПК РФ. В то же время законодатель вправе требовать от адвоката соблюдения моральной безупречности, чистоты соблюдения законности, а также совершенствования методики профессиональной защиты. Цель правосудия – защитить личность и общество от последствий преступного деяния, восстановить нарушенное право, возместить причиненный преступлением вред путем доказывания обстоятельств дела и виновности лица, совершившего преступление, в конечном счете, путем установления истины по делу.

Дискуссионным является и вопрос о праве адвоката-защитника на собирание доказательств. УПК РФ фиксирует это право, но и уточняет

¹ Панькина И.Ю. Некоторые проблемы реализации принципа состязательности по УПК РФ. // Эволюция права и закона как фактор изменения криминалистики: генезис профессиональной защиты и представительства. - Екатеринбург, 2003. С. 150.

² Белкин Р.С. Там же. С. 195.

³ Белкин Р.С. Там же. С. 196.

допустимые способы такой деятельности. В ч. 3 ст. 86 УПК сказано, что защитник вправе собирать доказательства путем: 1) получения предметов, документов и иных сведений; 2) опроса лиц с их согласия; 3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны представлять запрашиваемые документы или их копии.

Как видим, чисто декларативно расширены полномочия защитника по собиранию доказательств. Декларативно, поскольку эти полномочия не обеспечены механизмом прямой реализации, процессуальным принуждением.

Представляется, что именно по этой причине о криминалистике можно говорить только как о науке, обслуживающей сферу борьбы с преступностью, и только применительно к той ее части, в которой правоохранительная деятельность сохраняет свою целевую предназначенность как деятельность, направленная на полное, всестороннее и объективное установление всех обстоятельств познаваемого события преступления. «Этот важнейший ориентир в деятельности правоохранительных органов, - как отмечает А.А. Эксархопуло, - лишенный с принятием нового УПК РФ процессуально-правового статуса, может и должен восприниматься как единственный критерий, которым объясняется необходимость и потребность существования и развития криминалистики. Поскольку объективность, полнота и всесторонность познания преступного события востребована не только волей законодателя, сколько общественным правосознанием. И уже только по этой причине в криминалистической науке нет и не может быть места «криминалистике защиты» в виде ее структурного подразделения, ориентированного, в том числе и в силу закона, не на познание истины, а на отстаивание субъективных интересов подзащитного».¹

Естественно, что с принятием нового УПК РФ изучение деятельности адвоката по уголовным делам с позиций криминалистики актуализировалось и в первую очередь – с наделением последнего правом самостоятельного собирания доказательств. В п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ закреплено также право защитника на привлечение по сбору доказательств, специалиста (ст. 58 УПК РФ).

В соответствии с Федеральным законом от 4 июля 2003г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» введен новый вид доказательства – заключение и показания специалиста, который оказывает следственным органам и суду необходимую консультационную помощь при производстве следственных и судебных действий (ч. 3 п. 1 ст. 74; ч. 3 ст. 80 УПК).

Введение нового вида доказательства – «заключение и показания специалиста» - полностью меняет положение о различии эксперта и специалиста. Мы разделяем мнение Ю.К. Орлова в этой части: «Прежде

¹ Эксархопуло А.А. Указ. соч. С. 169.

всего, 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 т.д. Видимо, законодатели автоматически проштамповали существующую терминологию, добавив к заключению и показаниям эксперта еще и заключение и показания специалиста, совершенно не задумываясь о принципиальном различии этих субъектов».¹

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что письменные консультации, даваемые в связи с рассмотрением уголовного дела в судах кассационной или надзорной инстанции, могут рассматриваться как заключение специалиста в процессуальном смысле этого слова.

Такие консультации должны осуществляться при соблюдении следующих правил:

а) вышестоящие суды или лица, имеющие право опротестовывать приговор, могут обращаться к сведущим лицам в письменной форме (отношение, письмо должностного лица). Если же необходимость получения консультации возникает в заседании кассационного суда, требуется вынести определение о получении консультации. В общей форме об этом правильно сказано в комментариях к ст. 377 УПК: «В необходимых случаях дополнительные материалы может истребовать сам суд кассационной инстанции. При этом мнение сведущего лица, не могут заменить заключения эксперта и служить основанием к изменению или отмене приговора с прекращением уголовного дела»;

б) сведущему лицу должны быть представлены все материалы и объекты, необходимые для дачи полной и всесторонней консультации;

в) перед консультантом должны быть поставлены вопросы, на которые ему следует дать ответы;

г) консультант должен произвести всестороннее, глубокое исследование и дать полные ответы на поставленные перед ним вопросы;

д) его ответы облачаются в письменную форму;

е) лицо, дающее консультацию, в дальнейшем не может быть назначено в качестве эксперта по этому же делу. Соблюдение перечисленных условий гарантирует получение полных и всесторонних консультаций сведущих лиц.

Вызывает сомнение лишь формулировка ч. 3 ст. 80 УПК – «заключение специалиста». Очень сложно разобраться, в чем же различие между заключением эксперта и заключением специалиста. Ю.К. Орлов по этому поводу дает следующее разъяснение: «Для разграничения актов, исходящих от эксперта (как судебного, так и несудебного) и специалиста, существует критерий, давно разработанный теоретически и апробированный на

¹ Орлов Ю.К. Использование специальных знаний в уголовном судопроизводстве. Учебное пособие МГЮА. - М., 2004. С 25.

практике. Эксперт дает заключение по вопросам, которые требуют проведения исследований. Специалист высказывает свое суждение по вопросам, хотя требующим специальных познаний, но ответить на которые можно без производства специальных исследований, например, о правильной формулировке вопроса, ставящегося на разрешение эксперта (хотя назвать такую консультацию заключением, как говорится, не поворачивается язык)¹. В этом убеждает и сравнительный анализ частей 1 и 3 статьи 80 УПК. Если заключение эксперта, согласно части 1, представляет собой содержание проведенного исследования и сделанные выводы, 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. Без него они становятся совершенно неразличимы, поскольку иначе получается, что по одному и тому же вопросу можно назначать судебную экспертизу и можно получить заключение специалиста».²

Именно этим, на наш взгляд, и должен воспользоваться адвокат-защитник, т.к. ему сложно назначить самостоятельно производство экспертизы, а получить «заключение специалиста» никакой сложности не составляет. Конечно, сейчас трудно предсказать, как будет складываться практика применения «заключений специалиста», но защита это должна использовать, т.к. ч. 3 ст. 86 УПК предоставляет ей право самостоятельного собирания доказательств. И вполне возможно, что суд будет вынужден рассматривать заключение эксперта и «заключение специалиста», а стало быть, и повысится принцип состязательности.

Что касается самостоятельного назначения производства судебной экспертизы адвокатом-защитником, то это дискуссионный вопрос.

Действующий закон ограничивает круг субъектов назначения экспертизы органом расследования и судом. Защитник обвиняемого по закону имеет право «представлять доказательства», но о том, каким путем он может их получить и в том числе производством экспертизы, закон умалчивает.

По действующему УПК (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), 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).

¹ Орлов Ю.К. Указ. соч. С. 26.

² Там же. С. 24.

Все эти права весьма существенны и они нашли свое место в новом УПК. 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. Полагаем, что закон должен предоставить право защитнику обвиняемого по собственной инициативе или по желанию обвиняемого обращаться в экспертные учреждения для производства экспертизы или исследований. 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».¹

Предоставление защите права самостоятельно решать вопросы производства экспертизы не исключало бы возможности привлечения пенсионеров экспертных учреждений и профессорско-преподавательского состава высших учебных учреждений РФ в качестве экспертов. В настоящее время почти повсеместно открылись так называемые «независимые экспертизы». К сожалению, анализ их деятельности иногда вызывает сомнение. Дело в том, что такая экспертная деятельность осуществляется пенсионерами, ушедшими на пенсию и не проходившими переекспертацию. За это время поменялась методика, открылись новые, более современные, методы исследования. Так, в ст. 13 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» 2001 г. сказано: «Определение уровня профессиональной подготовки экспертов и аттестация их на право самостоятельного производства судебной экспертизы осуществляется экспертно-квалификационными комиссиями в порядке, установленном нормативными правовыми актами соответствующих федеральных органов исполнительной власти. Уровень профессиональной подготовки экспертов подлежит пересмотру указанными комиссиями каждые пять лет».²

В то же время, исследования проводятся в экспертных учреждениях системы МВД по письменным заданиям работников уголовного розыска и других оперативных подразделений. На фоне финансового дефицита экспертных учреждений они смогли бы за определенную плату производить исследования по заданию адвоката-защитника. Производство экспертизы на договорной основе является частной несудебной экспертизой и относится к иным документам, представляемым адвокатом-защитником. К ним так же можно отнести и результаты ведомственных экспертиз, что в своей совокупности только повысит состязательность в уголовном процессе.

¹ Белкин Р.С. Курс криминалистики. - М., 1997. Т. 3 С. 117-118.

² Федеральный закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». 2001. П. 2 ст. 13.

Р.С. Белкин по этому поводу так высказывается: «Ситуация приобретает значительно более острый характер, когда в соответствии с принципом состязательности защита получит право самостоятельно назначать экспертизу, не ходатайствуя об этом перед следователем. Можно предвидеть, что возникнет институт конкурирующей экспертизы, к взаимоотношениям с которым нынешние государственные эксперты и сами экспертные учреждения не готовы и не предвидят возможных сложностей. Главная из них состоит в том, что тогда заключение эксперта, фигурирующее в качестве обвинительного доказательства, уже будет оцениваться не следователем, который, как неоднократно отмечалось, должным образом сделать это не в состоянии, а специалистом, равным, а возможно, и превосходящим по компетентности и профессиональному уровню эксперта, производившего исследование».¹

Дискуссионным является и вопрос о предоставлении адвокату-защитнику права собирания доказательств с помощью частных детективных предприятий. Закон Российской Федерации №2487–1 от 11 марта 1992 года «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» предоставляет участникам процесса в целях сыска собирать информацию по уголовным делам, прибегая к услугам частных детективных предприятий, но частный детектив в течение суток обязан письменно уведомить об этом орган, в чем производстве находится уголовное дело. Ю. Кручинин по этому поводу высказывается следующим образом: «Это наталкивает на вывод о бесполезности обращения адвокатов к услугам частных детективов, о невозможности производства сбора нужной для адвоката информации».²

Нам представляется, что в случаях принятия адвокатом-защитником и его подзащитным решения о заключении договора с частным детективным предприятием, не обязательно при этом сообщать какие либо сведения о самом подзащитном, а также о поводе, послужившем причиной к заключению данного договора. Законодательство не содержит каких-либо санкций за предоставление или непредоставление недостоверной информации со стороны клиента частного детективного предприятия. Поэтому опасения Ю. Кручинского о том, что органу, проводящему расследование, будет известно об обращении в частное сыскное предприятие и каким-то образом это повлияет на конфиденциальность заключенного договора, не имеет основания. Клиент должен быть абсолютно уверен в том, что адвокат-защитник не разгласит и не использует ему во вред доверенные тайны и другие сообщенные сведения. Более того, новый УПК РФ, регламентируя, например, использование технико-криминалистических средств в целях предупреждения и борьбы с преступностью, одновременно гарантирует права, провозглашенные ст. 23 Конституции РФ, где указывается о наличии у любого гражданина РФ права на

¹ Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. - М., 2001. С. 199.

² Кручинин Ю. Адвокат-защитник и услуги частных детективов. // Российская юстиция. 1998. С. 15.

неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства, доброго имени, на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных сообщений. Ограничение вышеперечисленных прав возможно лишь в случае наличия судебного решения.

Частные детективы, в соответствии с вышеназванным законом, наделены правом производить сбор сведений по уголовным делам на договорной основе. Появляется параллельное расследование – одно официальное «обвинительное», другое частное – «защитительное», фактически при отсутствии на этом этапе какого-либо арбитра между ними. Идея параллельного «альтернативного» расследования отвергнута, т.к. это прямой путь к самым серьезным злоупотреблениям и фальсификации. Мы считаем, что частные детективы могут оказывать адвокату помощь в собирании и представлении доказательств, которые не требуют для признания их таковыми определенной процессуальной формы, например, нельзя допустить частным детективам производство обыска, выемки, следственного эксперимента, проверки показаний на месте и т.д., при производстве которых ограничиваются конституционные права граждан.

К сожалению, в Законе «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» нет четкого определения правового статуса детективной структуры как участника борьбы с преступностью. Нет и более четкого определения возможности использования средств и методов криминалистики, в том числе и условий по сбору доказательств.

В то же время укрепление и расширение гарантий института защиты по уголовным делам нельзя отрывать от усиления требований моральной безупречности и чистоты, соблюдения законности в их деятельности. Недопустимы, с точки зрения Г.А. Зорина, такие приемы защиты, как: «Затянуть следствие до состояния потери актуальности; усложнить новыми, но нереальными эпизодами, рассчитанными на длительные и непродуктивные потери времени и сил; «загрузить» следователя трудоемкими для выполнения ходатайствами; накапливать информацию об ошибках следователя организационно-тактических, процессуальных, следственно-экспертных и иных, чтобы в суде «выплеснуть» ошибочные результаты дефектных действий, олицетворяя собой позитивные результаты расследования».¹

Задача защитника состоит в том, чтобы своими ходатайствами, жалобами, возражениями, объяснениями обращать внимание суда на допущенные следствием недостатки и требовать их устранения, а для этого необходимо постоянно совершенствовать свое профессиональное мастерство.

Критически оценивая различные предложения по введению отдельных разделов в криминалистике, т.е. ее дробление («криминалистика обвинения», «криминалистика защиты», «судебная криминалистика», введение раздела об

¹ Зорин Г.А. Криминалистическая методология. - Минск, 2000. С. 548.

особенностях криминалистического обеспечения частной детективной деятельности и т.д.), мы в то же время поддерживаем мнение ряда ученых о том, что необходимо расширить систему курса криминалистики. Действительно, преступность совершенствуется, появляются совершенно новые составы преступления – захват заложников, похищение людей с целью их выкупа, заказные убийства и т.д., т.е. чего ранее не было разработано в криминалистике.

Научные исследования проблем использования криминалистических данных в судебном разбирательстве по различным отраслям права, а также в иной правоприменительной деятельности свидетельствует о возрастающей роли криминалистики в научном обеспечении уголовного судопроизводства. Это объективно обуславливает расширение предмета науки криминалистики и соответственно необходимость корректировки предмета и системы криминалистики. Необходимо согласиться с мнением В.В. Степанова и Р.Б. Хаметова о том, что «можно констатировать факт качественно нового статуса криминалистики – превращения ее в междисциплинарную науку, обуславливающую значительную сферу юридической правоприменительной деятельности. Необходимость корректировки вызвана интенсивностью научных исследований в сфере криминалистики в конце XX столетия. Количество исследований новых проблем с позиции криминалистики позволяет сделать вывод о переходе количественных изменений в качественные. Научный потенциал позволяет осуществлять исследования по более широкому кругу проблем, нежели в XX веке, а результаты применения криминалистических методов и категорий для решения упомянутых нами проблем настолько эффективны, что можно вести речь о расширении как задач науки криминалистики, так и ее предмета и системы»¹.

В связи с этим В.А. Гамза предлагает криминалистическую методiku рассматривать с четырех позиций:

- основы криминалистической методики;
- криминалистические следственные методики;
- методика расследования определенных групп преступлений;
- методика криминалистического обеспечения.

Особый интерес вызывает, на наш взгляд, разделы по методике расследования определенных групп преступлений и по методике криминалистического обеспечения. В первом случае рекомендации рассматриваются по элементным составам преступления:

- по объекту (предмету) – преступления против жизни и здоровья, экономические преступления, преступления в банковской сфере и т.д.;
- по субъекту – преступления несовершеннолетних, организованных групп, осужденных и т.д.;

¹ Степанов В.В., Хаметов Р.Б. Трансформация предмета криминалистики на современном этапе. // Материалы международной конференции, посвященной памяти профессора Л.Л. Каневского «Актуальные проблемы криминалистики на современном этапе». - Уфа, 2003. С. 222.

по субъективной стороне – преступления, совершенные в состоянии аффекта, необходимой обороны, провокации и т.д.

Во втором рекомендуются методики по криминалистическому обеспечению:

- участников уголовного процесса, что так, например, необходимо для адвоката-защитника;

- оперативно-розыскной деятельности (с этим мы не согласны, т.к. это закрытая тема и регламентируется специальными приказами и положениями силовых систем МВД и ФСБ);

- обеспечения безопасности личности;

- расследования по горячим следам;

- расследование преступлений в чрезвычайных ситуациях;

- расследование преступлений в условиях массовых беспорядков и т.д.¹

Как видим, даже не полный список предлагаемой реформы системы науки криминалистики получился очень громоздким. Возникает сомнение в том, что криминалистика может превратиться в какой-то энциклопедический сборник. Учебник по криминалистике под редакцией Р.С. Белкина 1999 и 2001 года уже состоит из 971 страницы. Думается, что отнесения новой, ранее не исследованной или недостаточно исследованной области, (например, как в нашем случае – тактика защиты) к предмету той или иной науки является возможностью повышения эффективности и глубины решения проблемы конкретной науки при условии использования ранее разработанных в рамках определенной науки категорий, приемов, методов, средств и рекомендаций. Ярким примером этому, как нам представляется, может служить судебная экспертиза. Криминалистика разработала вопросы тактического плана по производству экспертизы в соответствии с требованиями УПК РФ, но она не разрабатывает методики по производству того или иного вида судебных экспертиз. Например, криминалистика не дает рекомендации по вопросам установления физиологически активного компонента – тетрагидроканнабинола, являющимся обязательным условием любого экспертного исследования растения и продуктов его переработки. Это делают эксперты, специализирующиеся по исследованию наркотиков.

Подводя итог сделанного анализа, о возможностях использования достижений криминалистики в профессиональной деятельности адвоката-защитника, можно отметить, что в юридической литературе делаются попытки к повышению роли адвоката-защитника в судопроизводстве. Адвоката-защитника справедливо можно отнести, говоря словами Р.С. Белкина, к «санитарам в судопроизводстве». Все имеющиеся на сегодня ограничения в деятельности адвоката-защитника строятся «по традиционному для России принципу пренебрежения правами граждан и ущемлении прав лиц, представляющих их интересы»², а также низкой

¹ Гамза В.А. Структура криминалистики: системный подход. Материалы Международной конференции (к 80-летию со дня рождения Р.С. Белкина. «Роль и значение деятельности профессора Р.С. Белкина в становлении и развитии современной криминалистики. С. 229.

² Зорин Г.А. Криминалистическая методология. - Минск, 2000. С. 548-549.

профессиональной подготовкой адвокатов-защитников, в том числе и по знанию достижений криминалистики.

В каждой профессиональной деятельности необходима глубокая специализация, информационное и техническое обеспечение, которые не могут быть реализованы при подготовке юриста широкого профиля, а адвокатами часто становятся именно выпускники юридических факультетов.

СУЩЕСТВУЕТ ЛИ КОСВЕННЫЙ УМЫСЕЛ?

*Плотников А.И. – зав. кафедрой уголовного права и криминологии,
доцент, к.ю.н.*

В уголовном законе волевой элемент умысла характеризуется, кроме желания, еще и допущением. В зависимости от этого в науке принято различать умысел прямой и косвенный. Такой подход прямо воспринят и действующим законодательством (ст. 25 УК РФ). Раскрывая допущение при умысле, в теории уголовного права указывают на то, что лицо в подобных ситуациях хотя и не желает, но готово принять последствия, готово заплатить их как цену за желание, к которому он стремится, что они охватываются планом действия виновного, свидетельствуют о безразличии к последствиям.¹

Столь пестрая и маловразумительная характеристика волевого допущения сама по себе наводит на мысль о его искусственности. Она не обнажает граней отличия между желанием и допущением. Если кто-то отрицательно относится к последствиям, то почему он готов их принять и согласиться с ними?

Если уплаченная цена за что-либо свидетельство косвенного умысла, то выходит, что деньги, которые мы едва ли не ежедневно отдаем продавцам продуктов, например, передаются нами без желания, поскольку передача их есть плата за определенный результат. Неужто это все мы делаем с косвенным умыслом?

Не противоречат ли подобные утверждения здравому смыслу?

Если последствия входят в план его действий, то можно ли говорить, что он их не приемлет? Получается, что человек волимо действует против своей же воли, что его воля не согласна сама с собой.

М.Г. Макаров, например, отмечает как синонимичные с «целью» понятия «проект» (*курсив мой – А.П.*), «притязание», «замысел», «намерение».²

Безразличие вообще не характеризует волю в положительном значении, а наоборот, означает ее отсутствие. Трактовка воли как безразличия не соответствует изначальному смыслу ее понятия. Она тем

¹ Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. - М., 1966. С. 212.

² Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. – Л., 1977. С. 9.

более кажется странной, что ни философия, ни психология не выделяют такую качественную определенность воли как допущение. Противоречивость волеопределения в так называемом косвенном умысле может быть объяснена тем, что в понятие воли в различных случаях вкладывается неодинаковое содержание: то воля отождествляется с целью, то с мотивом, то она представляется еще в более широком значении.

Наука не нашла и сколько-нибудь определенных критериев разграничения желания и допущения. Можно ли серьезно развести желание и допущение, утверждая, что при прямом умысле лицо мыслит последствия как неизбежные и возможные, а при косвенном - только как возможные? Если возможность связывается и с тем, и с другим видом умысла, то она не может служить знаком их различия.

А.И. Рарог обоснованно обращал внимание на органическую взаимосвязь интеллектуального и волевого моментов и справедливо утверждал в связи с этим, что неуместно говорить о нежелании последствий, когда человек направляет свою волю на совершение действий, которые заведомо для него повлекут общественно опасные последствия.¹

Нельзя не согласиться с А.И. Рарогом, что в этих случаях действия и последствия образуют единую структуру, составные части которой неразрывно связаны и не могут рассматриваться изолированно, в силу чего волевое отношение к этой единой ситуации и образует волевой момент умысла, что предвидимые последствия желательны для виновного не только тогда, когда они представляют конечную цель преступной деятельности или средство ее достижения, но и тогда, когда они являются неизбежным сопутствующим элементом желаемых действий.²

Однако при последовательном развитии этого взгляда в структуру единой воли надо включать не только сопутствующие элементы желаемых действий, но и сопутствующие элементы желаемых последствий, то есть не только то, что предшествует последствию или наступает с ним одновременно, но происходит после последствия и неразрывно связано с ним. Сущность психического акта не может измениться от того, является ли его осознаваемым предметом предыдущее или последующее звено.

С.Л. Рубинштейн отмечает единство волевого устремления как к действию, так и последствию. Он писал, что подлинно волевой акт имеется там, «где желанны не только сама по себе цель, но и действие, которое к ней приводит».³

Обозначенная мысль с наибольшей рельефностью выражена у Н.Н. Трубникова «Вне соотношения со средством реализации, - пишет он, - мы не имеем конкретной цели. В этом случае цель остается только абстрактным стремлением, благим пожеланием... Конкретная цель деятельности человека выступает как таковая лишь по отношению к средствам и вне этого

¹ Рарог А.И. Общая теория вины. С. 37.

² Там же.

³ Рубинштейн. С. 595.

отношения остается абстракцией... Отношения целей и результата в своей основе являются отношением средства реализации цели и результата. При этом *под средством следует понимать всю совокупность приведенных в движение сил*.¹

Как пишет М.Г. Макаров: «Средство не отделено резкой границей от цели, с одной стороны, и от предмета, - с другой. Его единство с ними заключено, прежде всего, уже в самом субъекте... В практике цель становится средством, средство для овладения им само служит целью... Предмет и средства в определенном отношении совпадают. Средство при овладении им выступает в роли предмета, предмет включается в понятие средства в широком смысле *всех условий*»² (курсив мой - А.П).

Итак, средством является совокупность всех условий, всех приведенных в движение сил, а отнюдь не только тех, которые предшествуют по времени предмету (цели). Такова позиция по данному вопросу философии. У криминалистов нет никаких оснований трактовать соотношение средства и цели как-то по-другому.

Если преступник раздевает потерпевшего на морозе, понимая, что последний вполне вероятно может замерзнуть, то его волевое отношение едино как к незаконному приобретению чужого имущества, так и к смерти хозяина этих вещей, ибо они образуют ту самую единую структуру, о которой пишет А.И. Рарог. Следует признать непоследовательностью различную волевою характеристику предыдущих и последующих звеньев, явившихся единым предметом интеллектуальной деятельности лица. Эта непоследовательность дает основания некоторым юристам исключать из желаний и предшествующие его предмету звенья. И в самом деле, если из единого волевого отношения исключаются последующие за предметом желания события, то почему не исключить и то, что ему предшествует.

Так, например, Н. Иванов, сознательно приводит критикуемые рассуждения к абсурду, обращаясь к следующему примеру. Родитель спасает своего ребенка от грозящей ему смертельной опасности за счет гибели ни в чем не повинных людей. При этом родитель сознает, что в результате предпринимаемых действий люди погибнут, но смерть не является его целью, а лишь неизбежным промежуточным этапом для достижения другого результата. «В данном случае, - пишет он, - действия родителя нельзя квалифицировать как совершенные с прямым умыслом, поскольку он не желал гибели людей. Его действия не образуют также и косвенного умысла, поскольку субъект не допускал их гибели, но сознавал ее неизбежность». Далее Иванов Н. отмечает, что «...действия родителя в описанной ситуации вообще не будут уголовно наказуемы по причине отсутствия субъективной стороны состава».³

¹ Трубников Н.Н. Отношение цели, средства и результата деятельности. – Автореф. канд. дис. – М., 1964. С. 16.

² Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. - Л., 1977. С. 29.

³ Иванов Н. Умысел в уголовном праве России. // Российская юстиция. 1995. №12. С. 1.

Конечно, при рассмотрении конкретного дела никто такого вывода сделать не осмелится, так как с точки зрения здравого смысла его абсурдность вполне очевидна. Однако нельзя не заметить, что Н. Иванов всего лишь последовательно проводит идею, положенную в основу разделения умысла на прямой и косвенный: «То, что за пределами предмета цели, не есть желаемое изменение».

Только в обычном понимании из единого волевого акта выталкивается мыслимое побочное или последующее изменение, однако Н. Иванов подошел более скрупулезно, выставив за пределы единой воли то, что предшествовало цели. Неприемлемость подобного подхода как раз и связана с тем, что он основан на отрыве волевого момента от интеллектуального. Именно вследствие этого разрыва и возникает та ситуация, когда человек вроде бы поступает вопреки самому себе, например, желает закурить, но спичку, прикуривая, зажигает без желания. Однако человек не может сам без принуждения действовать вопреки своим желаниям. Такое невозможно в принципе, ибо это означало бы отсутствие воли как таковой. Просто в подобных случаях приходится жертвовать одними желаниями ради других, подчинять одни другим. Но реально это означает желание на момент совершения акта тех последствий, которые вызывают неприятное ощущение именно вследствие того, что неприемлемы при каких-то других, более благоприятных обстоятельствах. Однако то, что лицо идет на совершение действия, вызывающего их, означает, что к ним существует единое волевое устремление. Каждый из нас едва ли не ежедневно совершает покупки. При этом уплата денег за них не вызывает положительных эмоций, но это же не значит, что плата нежелательна для покупателя и не выражает его воли.

С.Л. Рубинштейн отмечал по этому поводу, что «желание, порожденное одной потребностью или определенным интересом, в конкретной ситуации оказывается осуществленным лишь за счет другого желания... Волевой акт – это *не абстрактная активность, а активность, которая заключает в себе и самоограничение. Воля на высших своих ступенях – это не простая совокупность желаний, а известная организация их*». Характеризуя трансформацию желаний, которая происходит во время принятия решений, С.Л. Рубинштейн пишет: «Я пришел к решению не потому, что считаю нужным принять именно это решение, а потому, что никакое другое невозможно. В свете новых мыслей, которые я, размышляя над решением, осознал ... то, что недавно еще казалось таким важным, вдруг представилось ничтожным, и то, что недавно еще казалось желанным и дорогим, вдруг утратило свою привлекательность».¹

Объективной основой суждений о допущении является обычно меньшая вероятность наступления последствий. Однако желание напрямую не может зависеть от степени возможности его реализации. Часто наоборот, то, что менее достижимо, желается наиболее сильно и остро.

¹ Рубинштейн С.Л. Указ. соч. С. 596-597.

Вместе с тем, понимание возможности реализации умысла есть условие возникновения умысла как такового в его актуальном смысле, умысла в действии. Допущение – это объективная основа желания. Последнее возникает как осознание возможности наступления того или иного события. Во всяком желании есть допущение, точнее, оно – условие возникновения желания. Мы не можем актуально желать того, что принципиально неосуществимо. Сначала в нашем сознании возникает понимание осуществимости, допустимости какого-либо события, а на его базе появляется актуальное желание – стремление воплотить мыслимую возможность в действительность.

Р. Декарт писал, что «...наша воля по самой природе вещей стремится только к тому, что наш разум представляет ей так или иначе возможным...».¹

М.Г. Макаров отмечает, что в «целевом представлении отражение возможности выдвигается на первый план».²

Поэтому сознательное допущение, хотя и допущение, но именно сознательное, оно является частью сознания как отражения психикой определенных вариантов развития тех или иных событий, а не волевым импульсом на их реализацию. Или, следуя принятому разделению сознания на интеллектуальный и волевой компоненты, надо сказать, что допущение как представление о реализуемости мыслимо моделируемого результата, – есть интеллектуальный, а не волевой компонент. Однако дело само по себе не в том, назвать ли нам тот или иной компонент интеллектуальным или волевым, а в том, можем ли мы сказать, что мы имеем дело в случаях прямого и косвенного умысла с различными психическими реальностями.

Разделение сознания на интеллектуальный и волевой моменты относительно. Воля представляет собой ничто иное, как сознание, обращенное во внешний мир, действующее, актуальное сознание. Единство воли и сознания означает, что в воле не может быть ничего такого, о чем бы не ведало сознание. Не может быть так, чтобы руки желали, а сознание нет, также и наоборот. Все, что осуществило лицо сознательно, – волимо, желательно. Не может быть полуволи или недоволи, примерно так же, как не может быть полуоснования или частичного основания уголовной ответственности. Между тем, при косвенном умисле как раз и имеет место та ситуация, когда одно и то же сознание дает разную волю. Такое раздвоение воли при косвенном умисле не согласуется с органическим единством воли и сознания.

Как отмечает В.Н. Железняк: «Принцип тождества мышления и воли в классическом рационализме лежит в основе не только собственно рационалистического представления о человеческой духовности, но и в основе всей классической европейской культуры».³

¹ Декарт Р. Сочинения в 2-х томах. Т. 1. - М., 1989. С. 265.

² Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. – Л., 1977. С. 12.

³ Железняк В.Н. Принцип тождества мышления и воли в классическом рационализме и его историческая эволюция. – Автореф. дис. докт. фил. наук. С. 3.

Следует обратить внимание и на тот факт, что ни философия, ни психология не знают деления волевого акта на две разновидности.

Специалисты психологии, исследовавшие законодательные положения, раскрывающие умысел и практику его применения, относят желание к умыслу в целом, а не только к его части (прямому), а различие прямого умысла от непрямого усматривается ими не по критерию: желание – цель, а нежелание – нецель, а по линии: желание – основная цель (прямой), желание – не основная цель (непрямой). Взгляд профессионального психолога по данному вопросу, как видим, принципиально отличается от интерпретаций криминалистами психологической составляющей умысла.¹

На сомнительную фактическую основу косвенного умысла указывают и многие другие обстоятельства.

Как правило, в уголовно-правовой литературе при анализе косвенного умысла подчеркивают его юридическую значимость. Однако она является мнимой. В Уголовном кодексе РФ нет ни одной статьи, ни одной нормы, ни одного состава, в которых бы решение вопроса ставилось в зависимость от вида умысла. Утверждения некоторых специалистов о якобы меньшей опасности косвенного умысла не содержат сколько-нибудь убедительных доводов и оспаривается самими сторонниками деления умысла на виды. Никто не приводит примеров, когда бы суд снизил наказание на основании того, что умысел был косвенным, а не прямым.

Г.А. Злобин и Б.С. Никифоров справедливо отмечали, что уголовно-правовые законодательные акты «ни в одной из норм не связывают различие прямого и косвенного умысла со степенью общественной опасности преступления и тяжестью наказания за него».²

Следует согласиться и с Ю.А. Кондратьевым, что «...деление умысла на прямой и косвенный, считавшееся одним из достижений нашей уголовно-правовой науки, не подтвердило какой-либо существенной практической значимости».³

Многие юристы связывают прямой умысел с целью действия, а косвенный - с тем, что не относится к цели. Однако несостоятельность замыкания желания при рассмотрении уголовных дел на цели очень скоро обнаруживается. Выясняется, например, что в случае, если лицо стремится лишить жизни потерпевшего с целью завладеть ценностями последнего, домом и т.п., мы не можем привлечь его к ответственности, исходя из установки: цель – желание, так как по мнению большинства специалистов покушение с косвенным умыслом невозможно, а смерть в данном случае целью не является, а выступает лишь средством ее достижения.

Становится очевидным, что желание нельзя ограничивать целью, а надо включать в нее и средства ее достижения. Но и это не решает проблемы.

¹ Ситковская О.Д. Психологический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М., 1999. С. 39-40.

² Злобин Г.А., Никифоров Б.С. Умысел и его формы. – М., 1972. С. 75.

³ Кондратьев Ю.А. Регулирование умышленной вины требует радикальных изменений. – В кн.: «Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства». - М., 1994. С. 63.

Как охарактеризовать психическое отношение к последствиям, не являющимся ни целью, ни средством (в общераспространенном их понимании), но сопутствующим им. Например, преступник подрывает взрывное устройство в людном месте с целью лишения жизни своего недруга, в результате чего гибнут и другие люди. Утверждать, что виновный не желал смерти посторонних людей, - значит фактически признать, что руки человека без какого-либо внешнего воздействия могут совершать то, чего их хозяин якобы не хочет. Такая ситуация в психологическом смысле не возможна. Понимая это, многие юристы признают, что неотвратимые (неизбежные) последствия желательны независимо от того, были ли они целью, средством или побочными последствиями действия.

Но возникает закономерный вопрос: почему в желание включаются только неизбежно сопутствующие последствия, а вероятные оказываются за его пределами? Объяснение этому не дается, хотя вероятные последствия, как следует и из самой формулировки косвенного умысла, отнюдь ему не противопоказаны.

О.Д. Ситковская справедливо отмечает по этому поводу: «Психологический механизм различных форм вины основан на отношении к *ожидаемым последствиям, а не на степени вероятности их наступления*».¹

Вопрос о косвенном умысле возникает только в том случае, когда мы ту или иную целостность (систему) расчленим на отдельные элементы и начинаем выяснять отношение не к системе в целом, а к этим отдельным ее элементам, причем решающее значение приобретают эмоциональные компоненты психической деятельности. Те элементы системы, которые вызывают у нас приятные чувства, мы склонны считать желаемыми, а те, которые вызывают отрицательные эмоции – нежелаемыми. Но поскольку последние производятся сознательно и отсутствует какое-либо стремление избежать их, то ситуация в психологическом смысле выглядит противоречивой. Желаемыми такие последствия вроде бы признать нельзя (ведь они нам неприятны), а считать их нежелательными также сомнительно (ведь они вызываются осмысленно). На этой почве конструируется некий косвенный умысел (и не то, чтобы «да» - и не то, чтобы «нет»), «недо»-воля, «полу»-воля. В психологическом смысле такая конструкция безжизненна, поскольку в ней происходит разрыв между сознанием и волей. Сознание охватывает, отражает весь круг тех или иных обстоятельств и направляет на них действие человека, но желаемыми признаются только те из них, которые вызывают приятные чувства, - это, так сказать, дети поступка, остальные оказываются в роли пасынков. Подобная интерпретация волевого отношения нарушает равновесие между сознанием и волей. Единое сознание, переходя в практическую плоскость, начинает расщепляться. В нормальной психике такое невозможно. Расщепление сознания и воли – это из области психиатрии.

¹ Ситковская О.Д. Психологический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М., 1999. С. 44.

Как справедливо заметил С.В. Скляр: «...Психически здоровый человек, совершая волевые действия, всегда желает их совершить, а если лицо не желает их совершения, но все-таки совершает, это, скорее, свидетельствует о его психической неполноценности и полной невменяемости».¹

Конечно, сам по себе прием расщепления явления (предмета, системы) вполне допустим и есть ничто иное, как анализ. Однако нельзя забывать, что, как и всякий прием, он имеет, во-первых, ограничения, а, во-вторых, предполагает обратную реконструкцию (синтез). Несоблюдение этих условий порождает неверное хаотическое представление об изучаемом явлении. Не случайно споры о том, имел ли место в конкретном случае прямой умысел или косвенный, всегда носят эклектический характер, то есть не содержат сколько-нибудь последовательной аргументации, а выражаются в ни в чем не подкрепленных утверждениях и частных примерах.

Следует также отметить, что прямота или косвенность (ответвленность) – это качества, присущие материальным объектам, а не идеальным, духовным. В сознании не может быть ни прямых, ни кривых линий. Сознание представляет собой психологическую целостность. То, что мы называем мотивами, целями, эмоциями и т.п., - есть ничто иное, как проявления этой целостности, можно сказать, «некие ее функции» именно как целостности. Сознание нельзя представлять себе в виде комнаты, в которой мотивы, цели и эмоции расставлены как столы, стулья и другая мебель. С точки зрения характеристики сознания как психологического явления не имеет никакого значения, скользит ли оно по лабиринтам материальных объектов или идет прямой дорогой. Само по себе оно всегда остается единым и целостным.

Как уже отмечалось, разрыв единства и целостности чреват хаосом в понимании и эклектикой в аргументации. Что это так, легко убедиться, обратившись к судебной практике.

На портале Интернета «Мир права» задают вопрос: мужчина нанял такси для поездки за город. Приехав, он ударил таксиста ножом в живот, желая уклониться от уплаты за проезд. От удара потерпевший на месте скончался. По какой статье квалифицировать действия: ст. 105 или ст. 111 ч. 4 УК РФ? Каков же ответ? «В изложенной Вами ситуации преступные действия виновного могут расцениваться двояко: в том случае, если они не были изначально направлены на лишение жизни другого человека, а имели целью лишь ограничить способность потерпевшего к сопротивлению, то данное преступление должно быть квалифицировано по ч. 4 ст. 111 УК РФ. Если же в действиях виновного присутствовал прямой или косвенный умысел, то данное преступление признается убийством (ч. 1 ст. 105 УК РФ)».²

¹ Скляр С.В. Вина и мотивы преступного поведения. – С.-Пб., 2004. С. 15-16.

² www.mirprava.ru. 23.10.2002.

По сути, ответа на вопрос не последовало. Но здесь показателен способ рассуждения. Оказывается, резать человека можно не обязательно с целью лишения жизни, а, например, с целью ограничения его деятельности. Такие странные выводы следуют, когда деятельность человека пытаются оторвать от него самого, как будто у «деятельности» есть своя голова и руки, помимо человека. Заметим, что вопрос, на что же рассчитывал виновный, нанося удар (какие обстоятельства могли исключить смерть), здесь даже и не ставится.

А вот другой показательный пример. Ростовский областной суд осудил Селиванова по ряду преступлений, в том числе по ч. 2 ст. 105 УК РФ. Как явствует из приговора, Селиванов в процессе завладения ценностями в магазине и с целью его облегчения выстрелом из обрезка причинил продавцу Драгневой огнестрельное ранение шеи, от которого она на месте скончалась. Как утверждает суд, Селиванов действовал без намерения лишить жизни Драгневу. Остается развести только руками: сознательный выстрел в шею может быть и без намерения лишения жизни.¹ Но более того, заместитель Генерального прокурора РФ в протесте ставил вопрос о переквалификации действий Селиванова на ч. 4 ст. 111 УК РФ, то есть на неосторожное причинение смерти при намерении причинить тяжкий вред.

Спрашивается, если под предлогом направленности действий на завладение имуществом можно отрицать намерение причинить смерть, то почему на том же самом основании нельзя отрицать намерение причинить тяжкий вред? Ведь логика суждения здесь проста: виновному нужны вещи, а значит, у него нет намерения лишить жизни человека. Но ведь и при тяжком вреде ему нужны те же самые вещи. Выходит, и на тяжкий вред не может быть умысла.

Если последовательно развивать такой ход суждения, то оказываешься в полном тупике, поскольку получается, что причинение любого вреда здоровью оказывается в этой ситуации за пределами умысла («потому что нужны были вещи»). Чем же можно объяснить, что прокурор остановил умысел виновного именно на тяжком повреждении? По-видимому, тем, что выстрел в шею создает вероятность его причинения. Ну а разве наступление смерти здесь не было вероятным, тем более, что она реально и наступила? Словом, мы здесь не видим никаких доводов, кроме электического отрыва мыслей от действий. Отсюда, прав, конечно, в этом споре будет тот, у кого больше прав.

Между тем, если не прибегать к отрыву мыслей виновного от его действий, то рассуждать следовало совсем по-другому. Разумеется, виновный стремился завладеть ценностями. Но почему это должно исключать другие стремления и цели? Стремясь завладеть ценностями, виновный понял, что он может не достичь этой цели, так как продавец может ему помешать. Тогда у него возникает новая цель или ряд целей – убить или поранить продавца, чтобы устранить препятствие. И равным счетом не имеет никакого значения, что эти цели возникли не изначально, а в процессе совершения преступления.

¹ www.yandex.ru

Виновный сознательно вел дело к этому, в равной мере допуская разные последствия и, прежде всего, наиболее тяжкие. Сознательный вызов того или иного последствия и есть его желание, независимо от вероятности наступления последствия.

Гилберт Райл применительно к подобным ситуациям пишет следующее: «...Цель не существует отдельно от действия, но в действии рождается цель. Действие не достигает цели, а осуществляет ее, как добро не существует отдельно от добродетели. ...Цель порождается самим действием, которое первично, а уже в нем находит свое осуществление конечный смысл как цель».¹

Как отмечал А.А. Леонтьев: «Сознательная цель действия может и не совпадать с тем, что удовлетворяет потребность и что побуждает деятельность в целом».²

«В целеполагании реализуется обратная связь между всеми его основными компонентами – целью, средством и результатом», - пишет А.А. Чунаева³

При обсуждении со специалистами квалификации по вышеприведенному делу высказывалось мнение, что психологический механизм поступка в нем может быть представлен несколько по-иному: завладение имуществом следует рассматривать как мотив, а причинение смерти как цель. Такая интерпретация примера давала как бы формальную возможность выйти из логического тупика, поскольку причинение вреда становилось желательным в силу признания нацеленности на него, а стремление получить материальную выгоду уходило вглубь сознания и не признавалось целью, становясь мотивом.

С такой трактовкой ситуации согласиться нельзя, и она представляется принципиально неверной. В ней, на наш взгляд, просматривается методологический порок, состоящий в неправильном понимании соотношения мотива и цели. Мотив и цель хотя и однопорядковые, но «разновесные» понятия. Мотив и цель взаимосвязаны и частично совпадают. Но между ними есть и принципиальное различие, которое состоит в том, что цель всегда конкретна и относится к строго определенному результату (смерть, деньги и т.п.), тогда как мотив отражает мировоззрение человека, его жизненную позицию и систему ценностей, принимаемую абстрактно (независимо от определенного поведения), например, непризнание абсолютной ценности человеческой жизни, корысть и т.п. Поэтому мотив не может представлять отражение в сознании определенного материального элемента.

В связи с этим представляется недостаточным и неточным: либо слишком обобщенная характеристика мотива («то, что побуждает»),⁴ либо

¹ Гилберт Райл. Понятие сознания. – М., 2000. С. 11.

² Леонтьев А.А. Деятельный ум. – М., 2001. С. 160.

³ Чунаева А.А. Категория цели в современной науке и ее методологическое значение. – Автореф. дис. докт. фил. наук. – Л., 1982. С. 12.

⁴ Волков Б.С. Проблема воли и уголовная ответственность. – Казань, 1965. С. 14.

конкретная («интерес», результат и т.п.).¹ Мотив есть нормативно-ценностное отношение человека к тем или иным ситуациям, выражающее жизненную, социальную позицию человека и характеризующееся обобщенными понятиями (корысть и т.п.).

Как справедливо указывает М.Г. Макаров: «Мотив выступает как общий побудитель и направляющий фактор определенной деятельности *в целом*. Цель же относится к составляющим эту деятельность *отдельным действиям*² (курсив мой – А.П.).

Если рассуждать таким образом, как это произошло в рассматриваемых уголовных делах, то прямого умысла не будет никогда (а при последовательной логике и умысла вообще) при нарушении неприкосновенности жилища, поскольку никто не станет этого делать ради самого нарушения. Оно всегда происходит по каким-то другим причинам (кража, обыск и т.п.). Между тем, в теории уголовного права все единодушно утверждают, что это преступление может быть совершено только с прямым умыслом. Выходит, реально оно вообще не может быть совершено? Нет, конечно, преступления такие совершаются. Просто субъективную сторону их меряют уже совсем другой логикой - той, которая напрашивается сама собой и на которой мы и настаиваем, – мысли и осознаваемое деяние едины.

Поэтому здесь умысел объявят прямым, забыв про то, что виновному нужно было не само нарушение неприкосновенности жилища, а что-то другое. Такие разные стандарты оценки умысла не могут не породить хаоса в сознании юриста, а в конечном счете – неправильное применение закона или даже и злоупотребление им.

В некоторых случаях, когда ущербность критикуемого рода логических построений очевидна в силу особенностей той или иной житейской ситуации, практика от них отступает и рассуждения строятся уже в предлагаемом нами ключе.

Приведем пример. Спирин из хулиганских побуждений бросил боевую гранату в торговцев арбузами. Однако торговцы арбузами не пострадали, а проходивший мимо человек, в непосредственной близости от которого была брошена граната, получил тяжкий вред здоровью.

Псковский областной суд осудил Спирина за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью из хулиганских побуждений. Судебная коллегия Верховного Суда по уголовным делам отменила приговор и, сославшись на обстоятельства дела (осведомленность Спирина о поражающих свойствах гранаты, знание правил обращения с ней, наличие опыта применения и т.п.), указала, что суд неосновательно отверг прямой умысел на убийство потерпевшего.³

Однако ни опыт, ни знания не могут отменить того обстоятельства, признанного самим судом, что Спирин бросал гранату в торговцев арбузами,

¹ Филановский И.Г., Тарухина С.А. Установление мотива и квалификация преступления. – Киев, 1977. С. 14.

² Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. С. 12.

³ www.supercourt.ru

а не в потерпевшего. Следовательно, суд здесь руководствовался не критерием цели, как это часто бывает в судебной практике, а осознанностью вероятности наступления смертельного исхода для других лиц при отсутствии расчета на предотвращение последствия реальными средствами в данных условиях совершения преступления. Объективно это решение показывает, что никакого различия между прямым и косвенным умыслом не существует.

Здесь следует указать и еще на одно весьма примечательное обстоятельство – полное отсутствие споров о возможности прямого или косвенного умысла по отношению к деянию. Когда исследуется вопрос о психическом отношении к деянию, вопрос о «прямоте» или «косвенности» умысла как бы исчезает, испаряется. Чем же это можно объяснить? Ведь сущность деяния и последствия совершенно одинакова. Объяснение, на наш взгляд, следующее. Дело в том, что реализация того, что мы называем действием (в силу его непосредственной связанности с органами нашего тела) обычно происходит неотвратно, если принято решение о его совершении. Неизбежность, неотвратимость события делает сомнительными рассуждения о расчлененности волевого импульса в силу слитности его с самими производимыми изменениями. И наоборот, известная неопределенность с последствиями из-за их пространственно временного разрыва с деянием вызывает сомнение в нацеленности на них. Однако это различие возникает на почве нашего субъективного восприятия (оценки) ситуации, а отнюдь не заложено в ней самой, поскольку неопределенность, вероятность наступления последствий вовсе не исключает ни нацеленности действия на них, ни просто приятия их.

Однако, как уже отмечалось, вероятность, возможность последствия в равной мере характерна как для умысла прямого, так и косвенного, что признается юристами и прямо указано в уголовном законе. Таким образом, объективное основание для разграничения прямого и косвенного умысла исчезло. Можно, конечно, утверждать, как это делают обычно, что для прямого умысла более характерна неизбежность, а для косвенного – вероятность, но это вопроса не снимает. Определение косвенного умысла в этом случае целиком переходит в плоскость субъективного восприятия ситуации самим юристом, оценивающим поведение. Становится понятной и та разногласица в литературе (да и в практике), когда один и тот же пример одними интерпретируется как свидетельство косвенного умысла, а другими – как прямого. Заметим, что речь идет об актуальном, действенном желании, а не пустых надеждах. Кому-то, может быть, хочется стать бессмертным или побывать на планетах других галактик. Но такого рода праздные мысли, игра воображения не могут содержать реального устремления. В них отсутствует реальный волевой импульс, который имеет в виду психологическая наука. Это тем более важно отметить, что в уголовном праве преступлением признается только деятельностное поведение, то есть такое, которое находит внешнее выражение.

Таким образом, понятие о косвенном умысле возникает как результат «соскальзывания» суждения от оценки субъективных компонентов поступка, воли как таковой, в плоскость установления вероятности ее реализации. Понятие допущения не отражает ничего принципиально иного, чем то, что предполагается прямым умыслом. Оно указывает лишь на степень его реализации, а именно на «вероятность». Однако поскольку всякое событие объективно всегда лишь вероятно, а субъективно, как правило, вероятно, то сфера реальной оценки таких ситуаций не велика.

«... Содержание воли не исчерпывается целью, поставленной перед собой субъектом. Этот пункт представляется чрезвычайно существенным для понимания природы эвентуального умысла. Реализация воли вовне предполагает сложное взаимодействие человеческой психики с явлениями объективной действительности. Эти явления, через сознание и в связи с практическим достижением цели, становятся достоянием воли, включаются в ее содержание. Так, постановка цели влечет за собой овладение средствами для ее достижения. Далее приходит пора для учета последствий задуманного, выходящих за пределы цели и средств. Представления об этих последствиях должны стать дополнительным мотивом действия или воздержания от действий, делается самостоятельным импульсом, неразрывно связанным с волевым актом. Оценка последствий, выбор между ними, основанное на нем решение и приведение этого решения в исполнение завершает волевой процесс».¹

Как отмечает М.Г. Макаров: «Существует различие между целью в ее непосредственном реальном функционировании в качестве момента осуществления деятельности и рефлексии о ней... В процессе непосредственного функционирования она выступает как гораздо более сложное психическое явление, далеко не сводящееся к понятию и *не имеющее четко очерченных контуров*»² (*курсив мой – А.П.*)

С.Л. Рубинштейн отмечал, что «противоречия в мотивах неизбежны ..., но противоречивые тенденции не противостоят в ней (личности – А.П.) как внешние противоположности, а *включаются как подчиненные моменты в единство основных устремлений*». При этом «остальные мотивы не исчерпаны, не изжиты, а только побеждены и побежденные, лишенные доступа к действию продолжают жить и привлекать...».³

«Побежденные» устремления, принесенные в жертву в конкретном действии, хотя и остаются и продолжают жить, но эта жизнь в абстракции, вообще. Желания в абстракции не есть желания в подлинном смысле этого слова, поскольку они не задействованы. Например, многие люди не хотят работать в обыденном, житейском смысле этого слова, не желают ее. Но если они ходят на работу и выполняют ее, то нельзя считать, что они делают ее без желания, ибо это было бы равносильно заключению, что совершаемые

¹ Лифшиц П.Я. К вопросу о понятии эвентуального умысла // Советское государство и право. 1947. №7. С. 40.

² Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. – Л., 1977. С. 8.

³ Рубинштейн С.Л. Указ. соч. С. 593, 597.

ими во время работы действия не являются воплощением их воли. Они не желают работы вообще, но в конкретной ситуации верх над нежеланием берет желание. Кто, например, хочет и желает платить налоги. Вообще (абстрактно), конечно, никто. Но, тем не менее, мы всех их платим, понимая, что это надо делать. И наше нежелание платить налоги вообще (абстрактное) уступает желанию действенному, актуальному.

В этой связи нельзя согласиться с теми специалистами, которые не проводят разграничения между общими желаниями и мыслями, желаниями и мыслями вообще, абстрактными и действенными, актуальными, продиктованными конкретной ситуацией. Абстрактные желания правильно было бы называть пожеланиями.

Так, например, С.Ф. Милюков пишет: «Анализ поведения человека в обществе показывает, что он весьма часто вынужден поступать вопреки своим желаниям. Этому служит, в частности, механизм государственного принуждения и, прежде всего, права. Кроме того, зачастую желательные и нежелательные последствия настолько связаны между собой, что достижение первых обязательно приводит к наступлению вторых. В этих случаях субъект вынужден соглашаться с существованием такой «платы». Утверждать же, что субъект желает и этих последствий, означает, вопреки действительности, что алкоголик и наркоман, употребляя одурманивающие вещества, желают причинить вред своему здоровью, а преступник, совершая очевидные для окружающих и органов власти преступления, желает подвергнуться наказанию».¹

Это весьма характерное для криминалистов (последовательных сторонников косвенного умысла) суждение явственно обнаруживает неучет сложности сочетания разных мотивов и целей, вышеотмеченных психологами.

Автор считает странным вывод о том, что алкоголик, употребляя спиртное, желает причинить вред своему здоровью. Ну а разве не менее странным было бы считать, что в это время ему желает причинить вред и реально причиняет кто-то другой, кроме его самого. Здесь вывод строится по принципу: «Если вызываемое последствие не вызывает приятных чувств, то его и не желают». Но как уже неоднократно отмечалось, приятные чувства и удовлетворение не могут быть критериями желания. Нам часто приходится делать то, что в бытовом понимании мы не хотим, что нам не нравится. Но в психологическом смысле мы выражаем в таких поступках свою волю, а, следовательно, и желаем их.

Для обозначения особенностей восприятия таких поступков в бытовом сознании (иллюзорно нежелаемых) А.П. Мальцева условно (и в то же время весьма показательно) использует термин «нежелаемое желаемое».²

¹ Милюков С.Ф. Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа. – С.-Пб., 2000. С. 60.

² Мальцева А.П. Желание как философско-методологическая проблема. – Автореф. дис. докт. философ. наук – М., 2003. С. 28.

Приведенный С.Ф. Милюковым пример неудачен и в другом плане. Ясно ведь, что употребляющий спиртное рассчитывает избежать причинение вреда здоровью (так же, как преступник наказания). Поэтому в подобных ситуациях чаще всего нет умысла вообще.

Неудачен и «образ» платы для отрицания желания. «Плата» – результат договоренности, в которой выражена воля, а следовательно, и желание двух сторон.

Все вошедшее в сознание лица как результат его действий независимо от того, является ли оно целью, средством, прямым, побочным, предыдущим или последующим, не отмеченное стремлением виновного быть предотвращенным, образует единый волевой процесс, единую интеллектуальную деятельность, выраженную вовне. Ее расчленение на некие особые волевые состояния означает одновременно и расчленение единого сознания, единой интеллектуальной деятельности, на полусознание, на частичное сознание, что не является характерным для нормального психического процесса.

Многие зарубежные и русские дореволюционные криминалисты не усматривали каких-либо особенностей в косвенном умысле по сравнению с умыслом прямым. Лист, Биндинг, Макс, Майер, Франк, Немировский, Сергиевский, Познышев считали допустимой ответственность при покушении с косвенным умыслом. В других же случаях (вне связи с покушением) косвенный умысел (даже если признавать его наличие) не имеет никакой практической значимости.

В советской науке уголовного права разделяли такой подход П.С. Дагель и Горелик.¹

Наиболее радикальную позицию по этому вопросу (отрицания косвенного умысла) занимал В.Я. Лифшиц.

Наше отношение к рассматриваемому вопросу весьма близко этой точке зрения. Принципиальные положения относительно косвенного умысла, высказанные В.Я. Лифшицем представляются правильными.

Верно и соответствует данным психологической науки утверждение В.Я. Лифшица, что «... предвидение лицом причиняемого его действиями результата при отсутствии расчета на конкретное противодействующее обстоятельство необходимо влечет за собой включение этого результата в содержание воли причинителя ...предвидя причиненный результат и не рассчитывая его предотвратить, субъект волимо причиняет этот результат».²

Мы полностью разделяем и данную В.Я. Лифшицем характеристику сущности умысла как «...Предвидение субъектом возможности причинения его действиями преступных последствий при отсутствии расчета на какое-либо конкретное обстоятельство, достаточное, по мнению субъекта, для предотвращения этих последствий».³

¹ Дагель П.С. Проблемы вины... С. 96.

² Лифшиц В.Я. Указ. соч. С. 41.

³ Там же. С. 37.

Расчленение единого волевого акта на прямое и косвенное воление противоречит выявленному психологией и философией механизму волевого акта, питает сомнительные субъективистские суждения по поводу объема направленности действия человека. На их основе в настоящее время сформировалась позиция Верховного Суда, отрицающая возможность косвенного умысла при покушении (при том, что были и есть специалисты, не разделяющие ее). Такая установка при ее последовательном и строгом проведении заводит в тупик. Так как сущность умысла заключается в непосредственной направленности действий на совершение преступления, то это означает, что за косвенным умыслом отрицается возможность направлять действия на совершение преступления. Но направлять действия - значит управлять ими. Выходит, косвенный умысел вообще оказывается за пределами волевого поведения. Именно такой вывод и сделал Н. Иванов, последовательно развивая взгляд о разделении прямого и косвенного воления.

Понятие косвенного умысла не отражает реального существования какого-либо специфического психического акта. Оно отражает лишь некую юридическую ситуацию, при которой в силу неопределенности становится сомнительной возможность подлинной ее идентификации, когда результат не материализовался. Этот вопрос как таковой возникает при установлении умысла в покушении. Когда же результат налично, например, при завершенном убийстве, никто не ведет споров о том, с каким умыслом оно было совершено, ибо это не имеет никакого значения.

В современной трактовке косвенного умысла причудливым образом переплелись: потребность установления волевого компонента преступного акта в условиях неопределенности, неясные представления о волевом акте, обыденное представление о допущении как возможности чего-либо.

Косвенный умысел – это не умысел, а неясность, неуверенность в его наличии, возникающая на почве объективной маловероятности наступления результата. Применительно к проблеме косвенного умысла, по-видимому, уместны слова И.В. Бычко о том, что знания человека неполны и ограничены. Но практика не может ждать полных знаний «в противном случае она вообще не могла бы осуществляться, ибо усовершенствование и углубление знаний – бесконечный процесс. Практика требует *немедленного* применения имеющегося в наличии знания, причем в качестве *полного* и совершенного. А поскольку наличное знание оказывается неполным и относительным..., то практика абсолютизирует его, как если бы оно было полным».¹ (курсив автора – А.П.).

«Мудрая» (а я бы сказал премудрая практика) изобрела на этот счет страховочный бюрократический вариант решения, социальный смысл которого следующий: если направленность действий устанавливать сложно и опасные последствия не наступили - будем считать, что направленности на

¹ Бычко И.В. Указ. соч. С. 64.

их наступление и не было; отсутствие реальных последствий обезопасит от социального недовольства (или по крайней мере смягчит его). Если же последствия наступили, то тут уйти от решения не удастся. Будем считать их умышленными, если умысел более вероятен, чем неосторожность. О виде же умысла (прямой? косвенный?) тихо умолчим.

С другой крайностью в оценке подобной неопределенности мы сталкиваемся в законодательстве США. Понятие косвенного умысла в нем не используется, однако фактически такая ситуация предусмотрена как форма виновности, именуемая заведомостью. Приведем ее формулу: «Лицо действует заведомо в отношении материального элемента посягательства в случаях:

а) если означенный элемент включает в себя характер его поведения или сопутствующие обстоятельства, - оно сознает, что его поведение имеет такой характер, или что такие сопутствующие обстоятельства существуют;

б) если означенный элемент включает в себя результат его поведения, - оно сознает, что его поведение практически наверняка причиняет такой результат». (Ст. 2.02 п. 2в) Заведомость. Примерный уголовный кодекс США).

В части 1 речь идет о заведомости в отношении деяния и условий его совершения. В части 2 – относительно результата. Поскольку в УК РФ формы виновности характеризуются по отношению к последствию, то описание формы виновности, данное в части 2 упомянутой статьи Примерного уголовного кодекса США, наиболее близко по смыслу косвенному умыслу по УК РФ.

Здесь следует обратить внимание на то обстоятельство, что заведомость в российской науке уголовного права и практике никогда не ассоциировалась исключительно с косвенным умыслом.

Нельзя не заметить, что объективно вероятностная природа косвенного умысла в полной мере проявляется в вышеприведенной формулировке заведомости в Примерном УК США («практически *наверняка* причиняет»).

Однако самое примечательное то, что Примерный кодекс США не рассматривает заведомость или в нашем понимании косвенный умысел умышленной формой вины, ибо в нем (ст. 1. 13 п. 12) умысел отождествляется лишь с целью, а заведомость к целенаправленному деянию не отнесена, поскольку она противопоставлена такой форме виновности, которая поименована «с целью».

Как нами отмечалось ранее, не основательно включать в целевое причинение лишь тот результат, который нужен виновному или наиболее важен для него. Целевыми являются все осознанно вызываемые последствия. Та психологическая ситуация, которую законодатели США именуют «с целью» реально означает «с главной (наиболее важной, наиболее нужной, основной) целью».

Законодатели других стран, в том числе российские, также иногда связывают преступность деяния с определенной целью. Такие формулировки

мы находим в статьях 279 – Вооруженный мятеж («в целях свержения или насильственного изменения конституционного строя...»), ст. 281 – Диверсия «в целях подрыва экономической безопасности или обороноспособности...» и др. Законодатель, разумеется, вправе связывать преступность деяния со специфическими целями. Как обоснованно отмечали Г.А. Злобин и Б.С. Никифоров: «...Социально значимая цель всегда выражает социальные свойства личности, ее установку, ее нравственное качество... поэтому она (цель) указывает на действительный (хотя и отдаленный) объект преступного деяния и выражает отношение личности к этому объекту».¹

Но указанные формулировки отнюдь не исключают наличия в такого рода преступлениях и других целей. Причем выбор целей законодателем может происходить не только по линии «основная – неосновная», но и по линии «ближайшая – отдаленная» или даже по более замысловатой траектории их структурирования – «основная (неосновная) из ближайших + основная (неосновная) из отдаленных» или «основная общая + основная конкретная».

Такая схема выстраивания криминально значимых целей прослеживается, например, в ст. 281 – Диверсия: «Совершение взрыва, поджога или иных действий, *направленных* на разрушение или повреждение предприятий, сооружений, путей и средств сообщения, средств связи, объектов жизнеобеспечения населения *в целях* подрыва экономической безопасности и обороноспособности...» (курсив мой – А.П.). Первая из указанных целей (сформулированная, правда, без использования самого понятия цели, но не оставляющая сомнение в ее наличии) является одновременно и ближайшей и более конкретной, а вторая – более общей и более отдаленной.

Мы полагаем также, что значимость целей с точки зрения законодателя и в понимании лица, виновного в преступлении, могут расходиться: то, что наиболее социально значимо для законодателя, может представляться второстепенным для виновного и наоборот. Но сам факт наличия таких целей (в случае их законодательного выделения) является достаточным для привлечения к ответственности (естественно, при их соответствии законодательной разверстке).

Преступления со специально оговоренной целью нельзя считать преступлениями с так называемым прямым умыслом. Все структурированные замыслы (а они другими быть не могут) являются и прямыми, и непрямыми одновременно, поскольку в предполагаемом результате направленность акцентируется обычно на тот или иной элемент, остальные же выступают как второстепенные или побочные.

Такого рода умысел было бы правильно назвать умыслом *специальным*, как предлагали в свое время Г.А. Злобин и Б.С. Никифоров, предложение которых, по нашему мнению, неосновательно оставлено было без внимания.²

¹ Злобин Г.А. Никифоров Б.С. Умысел и его формы. – М., 1972. С. 78.

² Злобин Г.А., Никифоров Б.С. Умысел и его формы. – М., 1972. С. 78.

Именно такая разновидность психического отношения получила в Примерном кодексе США наименование «с целью».

Итак, сопоставляя формулировки одной и той же ситуации в УК РФ и в Примерном УК США, мы находим в них одну и ту же неточность, которая, однако, получила различную психологическую и социальную интерпретацию. Эта неточность состоит в том, что воля в описании названных форм виновности расщеплена на две составляющих (с целью и без цели). На самом деле воли бесцельной не бывает. Как справедливо указывал С.Л. Рубинштейн, волевое действие – это целенаправленное действие.¹ В этом смысле законодатели США более последовательны. Но эта последовательность приводит их к еще большей ошибке – исключению из умысленных действий того, что сознательно осуществлено виновным. Сознательное действие – волевое действие, поскольку воля есть ничто иное, как действующее, актуальное сознание. Н.Г. Иванов справедливо пишет, что лицо, осознающее характер своей деятельности, не может не желать его.²

Практически во всех европейских уголовных кодексах умысел определяется через сознание, а нюансы сознания разрабатываются большей частью в доктрине.³

Возникает вопрос: с чем же связана столь стойкая приверженность многих юристов делению умысла на прямой и косвенный?

Дело, очевидно, во-первых, в традиции. Понятие косвенного умысла возникло еще в Средние века и пришло в русское уголовное право из немецкой уголовно-правовой доктрины. Трудно расстаться с представлением, которое внедрено в сознание нескольких десятков поколений юристов.

Второе обстоятельство, проясняющее живучесть косвенного умысла, мы находим в том, что его понятие максимально приближено к обыденной жизни. В основу косвенного умысла заложено бытовое понимание желания как волепроявления, вызывающего приятные чувства. С этой точки зрения, все, что неприятно, нежелательно. Так, на вопрос, заданный мною студентам в одной из групп, с желанием ли они платят деньги за проезд (квартиру, обучение и т.п.), большинство ответило, что такие действия выполняются при отсутствии желания, то есть не желаются. Но ведь очевидно, что никакими другими, кроме как совершенными с желанием их признать нельзя, если не впадать в несуразицу, что человек без принуждения делает то, чего он сам не хочет. В подобном случае психологическое понимание желания как импульса на контролируемое сознанием развитие внешних обстоятельств подменяется эмоционально-бытовым восприятием желания как приятного эмоционального фона, сопровождающего развитие события.

Следует также отметить, что в средние века, откуда идет понятие косвенного умысла, наука психология лишь зарождалась, поэтому не

¹ Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии... С. 513.

² Иванов Н.Г. Указ. соч. С. 55-56.

³ Там же. С. 54.

удивительно, что содержание желания получило именно бытовой, эмоциональный оттенок.

Безусловно, понятие косвенного умысла поддерживается необходимостью сдерживать правоприменителя в оценке психологически сложных ситуаций, что, в частности, выражается в ограничении ответственности при покушении с косвенным умыслом, где только и можно найти ему известное оправдание. Однако думается, что уголовное право от использования этой юридической конструкции несет бóльшие потери, чем приобретает, так как, во-первых, искажается представление о волевом поведении как таковом, во-вторых, создается невообразимая неразбериха в оценке одних и тех же сходных ситуаций, а с нею возможны и злоупотребления.

Гораздо более удачной представляется формулировка умысла в Уголовном кодексе Австрии: «Умышленно действует тот, кто хочет осуществить обстоятельства дела, соответствующей описанной в законе картине деяния; достаточно также, чтобы правонарушитель считал такое нарушение возможным и этим довольствовался».¹

Косвенного умысла не знает английское право, им не пользуются криминалисты Франции, Бельгии, США.²

При последовательном проведении принципа единства интеллекта и воли для какого-то особого косвенного умысла не остается места.

Умысел есть умысел. Он не может быть ни прямым, ни косвенным.

О РАВНОПРАВИИ СТОРОН В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ДОКАЗЫВАНИИ

*Резепкин А.М. – старший преподаватель
кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н.*

Принцип состязательности сторон, наряду с четким разделением уголовно-процессуальных функций, прежде всего, подразумевает процессуальное равноправие стороны обвинения и защиты. Потому как «о состязательности можно говорить только тогда, когда противники вооружены равными процессуальными доспехами».³ Законодатель, реализуя Конституционное положение⁴ принципа состязательности в ч. 4 ст. 15 УПК закрепил: стороны обвинения и защиты равноправны перед судом. Между тем, в науке уголовно-процессуального права рядом авторов используется термин «равенство сторон», рассматриваемый ими в большинстве случаев

¹ Уголовный кодекс Австрийской Республики.

² Курс уголовного права. Т. 2. - М., 1970. С. 308.

³ Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. - М., 1956. С. 117.

⁴ См.: Ч. 3 ст. 123 Конституции РФ.

как синоним равноправия.¹ Последнее настораживает и вызывает к критике, поскольку равенство и равноправие, при всей их, казалось бы, близости, отличные друг от друга понятия. Равенства, как такового, в ходе досудебного производства, в отсутствие четкого разделения уголовно-процессуальных функций, практически нет. В лучшем случае можно говорить о наличии равноправия, да и то в весьма усеченном виде, по причине ограниченной сферы действия контрольных полномочий суда. Кроме того, на отсутствие термина равенства сторон указывает и Конституция РФ, которая гласит: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон» (ч. 3 ст. 123).

Вместе с тем в Основном законе РФ, указывая на целесообразность использования понятия равноправия сторон, нельзя не обнаружить логическую ошибку соотношения целого (состязательности) и его составных частей (равноправие сторон), ибо эти части находятся на одном уровне, в одной плоскости с целым.² Кроме того, как мы полагаем, нельзя сводить состязательность лишь только к равноправию, делая на этом акцент, поскольку в данном случае подобную формулировку можно воспринимать как игнорирование других, свойственных состязательности, элементов.

Равноправие сторон в состязательном уголовном процессе чаще всего увязывают с процедурой уголовно-процессуального доказывания. И это верный подход, так как участие сторон в познании существенных обстоятельств дела позволяет, в конечном итоге, аргументированно отстаивать свои позиции, естественным образом выявляя при этом существовавшие равные возможности или их отсутствие. Помимо всего прочего «проблема доказывания фактических обстоятельств дела составляет ядро уголовно-процессуальной теории и практической деятельности государственных органов и лиц, осуществляющих расследование и раскрытие преступлений».³

Не вдаваясь в обстоятельный анализ существующих в науке позиций столь значимого и серьезного вопроса, как доказывание в уголовном процессе, позволим себе осветить лишь некоторые из них. А.П. Рыжаков сводит доказывание к урегулированной уголовно-процессуальным законом деятельности компетентных на то органов и должностных лиц по собиранию, закреплению, проверке и оценке зафиксированных в процессуальном источнике фактических данных, имеющих отношение к делу, а равно по удостоверению наличия таковых от имени государства.⁴

О.А. Зайцев и С.В. Смирнов под доказыванием понимают осуществляемую в установленном законом порядке деятельность суда (судьи), прокурора, следователя, органа дознания, дознавателя, при участии

¹ См.: Судопроизводство и правоохранительные органы в Российской Федерации: учебник под ред. В.И. Швецова. - М., 1996. С. 41, 42, 46, 59, 111.

² См.: Лукичев Н.А. Сущность принципа состязательности и равноправия сторон. // Следователь. 2002. №4. С. 56.

³ Ковтун Н.Н. Спорные вопросы в теории доказательств (об устранении действительных и мнимых противоречий в уголовном процессе). // Государство и право. 1997. №6. С. 70.

⁴ См.: Рыжаков А.П. Уголовный процесс. - Тула, 2002. С. 83.

иных субъектов процесса, по собиранию, проверке и оценке доказательств с целью достоверного установления истины по уголовному делу, а также для выполнения задач уголовного судопроизводства.¹ О.В. Волынская считает, что доказывание направлено на изучение имевших место событий, установление фактов реальной действительности и истины по уголовному делу.²

Вышеизложенные позиции заслуживают пристального внимания, вместе с тем на сегодняшний день истина не является целью доказывания, подтверждение тому ст. 85 УПК. Однако связь доказывания с назначением уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК) вполне предрешена. Для того, чтобы выяснить, равноправны ли стороны (обвинения и защиты) в уголовно-процессуальном доказывании, достаточно обратиться к детальному анализу процессуального положения наиболее уязвимой из них. По мнению большинства ученых-процессуалистов, последней является сторона защиты и главное ее действующее лицо – защитник.

В современных демократических политико-правовых условиях развития уголовно-процессуального законодательства, направленного, прежде всего, на реализацию конституционных положений РФ, обеспечение состязательности и равноправия сторон (участников) уголовного судопроизводства, вопрос, касающийся процессуального положения защитника, является более чем актуальным в связи с общей давно назревшей проблемой гуманизации и формированием охранительного типа судопроизводства.

Правовой статус защитника давно вызывал и вызывает востребованный интерес в научной среде процессуалистов, проявляясь в полярности различных точек зрения, свидетельствуя об особой значимости и одновременно неполноценности обеспечения правовыми гарантиями факта участия выше названной процессуальной фигуры в качестве равноправной стороны в уголовном судопроизводстве России.³ Так, М.С. Строгович, обращаясь к защитнику как особому субъекту уголовно-процессуальных правоотношений, считал, что он (защитник) есть представитель обвиняемого, который действует в интересах обвиняемого, представляет на следствии и суде законные интересы обвиняемого и охраняет его права, выступает в процессе с полномочиями представителя обвиняемого.⁴ В свою очередь, А.Д. Бойков утверждает то, что защитник сочетает полномочия самостоятельного участника уголовного процесса с полномочиями представителя обвиняемого.⁵ Весьма интересной по этому поводу представляется позиция В.С. Джатиева, суть которой сводится к тому, что защитника нельзя

¹ См.: Зайцев О.А., Смирнов С.В. Доказывание. // Комментарии к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / под общ. ред. В.В. Мозякова. - М., 2002. С. 213.

² См.: Волынская О.В. Доказывание истины в уголовном процессе. // Вестник МВД России. 1999. №3-4. С. 125.

³ См.: Гуськова А.П. Адвокат, его полномочия в уголовном процессе. // Актуальные вопросы судебно-правовой реформы: сборник научных статей. - Оренбург, 1996. С. 5-23.

⁴ См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. - М., 1968. Т. 1. С. 245.

⁵ См.: Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. - М., 1978. С. 69.

расценивать как представителя обвиняемого, поскольку непременным условием представительства является переход к представителю всех прав представляемого. Российский уголовный процесс построен на том, что обвиняемый лично участвует в нем. Обвиняемый не может всецело заменить себя защитником и действовать через него.¹ В связи с чем вполне обоснованно в настоящее время считать защитника самостоятельным субъектом уголовно-процессуальной деятельности, наделенным определенными правами и обязанностями, пользуясь которыми, он получает возможность активно участвовать в уголовном судопроизводстве, оказывать своему подзащитному юридическую помощь в охране его прав и законных интересов.²

Законодательный подход к определению внутренней природы понятия защитника представлен в ч. 1 ст. 49 УПК, где говорится о защитнике как о лице, осуществляющем в установленном УПК порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающем им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. По сравнению с УПК РСФСР в УПК повышен уровень обеспеченности прав подозреваемого (ст. 46 УПК), обвиняемого (ст. 47 УПК), а также реализованы требования части первой статьи 48 Конституции РФ о предоставлении каждому гражданину, в том числе имеющему статус свидетеля, права на получение квалифицированной юридической помощи (п. 6 ч. 6 ст. 56 и ч. 4 и 5 ст. 189 УПК),³ что вполне отвечает общепризнанным нормам и принципам международного права, являющихся составной частью правовой системы РФ (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). Статья 14 (п. 3d) Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. предусматривает, что каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника. Аналогичное право закреплено в ст. 6 (п. 3с) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Текущее национальное законодательство, чутко реагируя на утвержденные мировые стандарты, претерпело существенные изменения. Между тем, действительное положение дел таково, что в новом УПК, вопреки утверждениям его разработчиков о дальнейшей демократизации уголовного процесса, свернуты многие демократические институты участия общественности в уголовном судопроизводстве (участие народных заседателей, общественных обвинителей, общественных защитников, общественных поручителей,

¹ См.: Джатиев В.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе. - Орджоникидзе, 1987. С. 11.

² См.: Кобликов П.Ю., Алиев Т.Т., Громов Н.А., Бабаев Э.Х. О праве обвиняемого на защиту и его реализация в российском уголовном процессе. // Следователь. 2002. №4. С. 30-31.

³ См.: Зеленская Е.В. Защита прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. // Следователь. 2002. №12. С. 8.

товарищеских судов, возможность участия в качестве представителей лиц, не являющихся адвокатами, представителей трудовых коллективов и общественных организаций и др.). Современный уголовный процесс становится все более «цеховой» деятельностью, доступной только узкому кругу посвященных в ее тайнство лиц (ч. 4 и 5 ст. 47 УПК РСФСР, ч. 1 и 2 ст. 49 УПК).¹

Подобного рода утверждения заслуживают особого внимания, вместе с тем принципиально важно отметить то, что законодатель в УПК, определяя правовой статус защитника, прежде всего, исходил из общей правовой политики государства, а главное - позиции Конституционного Суда РФ.² Именно поэтому в новом УПК по общему правилу в качестве защитников допускаются адвокаты, и лишь по определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены, причем только наряду с адвокатом, один из близких родственников обвиняемого (п. 4 ст. 5 УПК) или иное лицо (п. 3 ст. 5 УПК), о допуске которого ходатайствует обвиняемый. Исключение составляет производство у мирового судьи, где указанное лицо может быть допущено судьей и вместо адвоката (ч. 2 ст. 47 УПК).

Естественно, что участие защитника-адвоката более чем оправдано, ввиду особого статуса и уровня профессиональных знаний в области юриспруденции, что согласуется с конституционными установлениями (ст. 48 Конституции РФ и др.) и состязательностью сторон (ст. 15 УПК). Однако нельзя сбрасывать со счетов позитивность порывов законодателя в случаях, когда наряду с адвокатом участвуют один из близких родственников обвиняемого или иное лицо. В подобной ситуации, как нам представляется, наличествует весьма благоприятная атмосфера для осуществления защитительной деятельности. С одной стороны в качестве гаранта соблюдения конституционных прав и свобод, законных интересов обвиняемого выступает профессионал своего дела, получивший статус адвоката и право на осуществление адвокатской деятельности³, с другой стороны - близкий родственник или иное лицо. Именно такая схема взаимодействия позволяет установить тесный психологический контакт и доверительные межличностные отношения между тремя субъектами, выступающими на стороне защиты, выработать единую правовую позицию по конкретному уголовному делу, что в конечном итоге максимально

¹ См.: Баранов А.М. Современные проблемы уголовного процесса России и их решение в новом УПК. // Новый Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и практика его применения. / Под ред. А.П. Гуськовой. - Оренбург: ИПК ОГУ, 2002. С. 135.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 1996 г. №8-П по делу о проверке конституционности; Ст. 1 и 21 Закона РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина // СЗ РФ. 1996. №15. Ст. 1768; Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. №2-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гиттиса и С.В. Абрамова // СЗ РФ. 1997. №7. Ст. 871; Определение Конституционного Суда РФ от 10 апреля 2002 г. №105-О по запросу Благовещенского городского суда Амурской области о проверке конституционности ч. 4 ст. 47 УПК РСФСР; см.: Кузьмин Г.А. Кто может выступить защитником в уголовном судопроизводстве (из практики Конституционного Суда РФ) // Закон и право. 2001. №4. С. 50-51.

³ См.: Ч. 1 ст. 2 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

способствует использованию всех незапрещенных законодательством РФ средств защиты. Вместе с тем, необходимо помнить о том, что близкий родственник или иное лицо обвиняемого, согласно ч. 1 ст. 49 УПК, должен быть объективно способным оказывать именно юридическую помощь, хотя закон не требует, чтобы указанные лица обязательно имели официальное юридическое образование. Ввиду чего суд должен убедиться, что вышеобозначенные субъекты достаточно разобрались в юридической стороне конкретного уголовного дела, чтобы хотя бы с помощью адвоката оказывать своему подзащитному реальную юридическую помощь. Допуск таких лиц не обязанность, а право суда.

Особо следует отметить то, что при производстве у мирового судьи указанные лица допускаются как наряду, так и вместо адвоката, что вызывает у нас неоднозначное мнение, главным образом, в силу возможного отсутствия достаточной квалификации. Кроме того, по смыслу ч. 2 ст. 49 УПК допуск близкого родственника или иного лица возможен в деле не раньше, чем дело поступит в суд, иначе говоря, на этапе подготовительных действий судьи к судебному заседанию или же непосредственно на этапе судебного разбирательства. Следовательно, по делу, которое еще не поступило и к производству не принято, судья и суд принять решение о допуске к участию в деле в качестве защитника лица, которое не является адвокатом, думается, не могут. Хотя, по мнению ряда авторов, подобная возможность теоретически согласуется с вопросами развития судебного контроля за предварительным расследованием.¹

Вопрос о возможности вступления указанных лиц в уголовный процесс не только в стадии суда, но и на предварительном расследовании весьма дискуссионный. Одни авторы, например, В.С. Джатиев, считают, что «близкие родственники и законные представители обвиняемого, а также другие лица должны допускаться в качестве защитника не только по определению суда или постановлению судьи, но и по постановлению дознавателя, следователя, прокурора в стадии предварительного расследования».² Другие, напротив, полагают, что адвокат - единственная фигура, которая может явиться защитником на предварительном следствии.³ Г.А. Акатьева выступает против участия иных лиц в качестве защитника на предварительном расследовании. Подобное, по ее мнению, может привести к разглашению тайны предварительного следствия и абсолютной некомпетентности защитника.⁴

К участию в уголовном деле не адвокатов следует подходить крайне избирательно и, как мы полагаем, в любых, даже самых перспективных

¹ Безлепкина Б.Т. Уголовный процесс России в вопросах и ответах: учебное пособие. - М.: Юристъ, 2002. С. 90-91.

² Джатиев В.С. Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам: автореф. дис... д-ра юрид. наук. - Владикавказ, 1995. С. 16.

³ Калужная В.А. Процессуальные и тактические проблемы участия защитника в следственных действиях: автореф. дис... канд. юрид. наук. - Краснодар, 1998. С. 6.

⁴ Акатьева Г.А. Некоторые вопросы, возникающие при участии защитника на предварительном следствии. // Юрист. 1998. №9. С. 15.

идеях, предлагаемых авторами, недопустимо участие лишь только иных лиц в случаях, предусмотренных п.п. 2-7 ч. 1 ст. 51 УПК. Предполагаемая активность иных лиц в уголовном судопроизводстве ограничивается тем, что на сегодняшний день адвокат не является равноправной стороной по отношению к обвинению, хотя закон предусматривает обратное (ч. 4 ст. 15 УПК), что говорить об иных лицах, которых нередко трудно назвать сведущими.¹ Помимо всего прочего, адвокат с момента допуска к участию в уголовном деле в качестве защитника обладает всеми полномочиями защитника (ст. 53 УПК; ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), на которого возложены серьезные гарантийные обязательства.² В свою очередь, близкий родственник или иное лицо, допущенное в качестве защитника, обладает ограниченными правами, на которого закон не возлагает полноценного круга обязанностей по оказанию эффективной защиты.³ Да и история законодательства свидетельствует о критическом отношении к участию в уголовном деле лиц - не адвокатов. Так, дореволюционное законодательство не предусматривало участие защитника на предварительном следствии; на суде же обвиняемый имел право избирать защитника как из присяжных поверенных, так и из других лиц, «коим закон не воспрещает ходатайства по чужим делам» (ст. 565 УУС). Практика сложилась так, что с 1864 г. адвокатской деятельностью занимались присяжные поверенные и ходатаи. Декретом СНК РСФСР от 24 ноября 1917 г. защита все-таки была допущена на предварительное следствие, при этом защитником мог быть неопороченный гражданин, пользующийся гражданскими правами – этим был нанесен удар по царской адвокатуре, особой любви к которой советская власть, как известно, не питала. УПК РСФСР 1922 г. уже не предусматривал участия защитника на предварительном следствии, в суде же, в соответствии со ст. 57 УПК РСФСР 1922 г., могли участвовать как члены коллегии адвокатов, так и близкие родственники подсудимого, а равно представители других профессиональных и общественных организаций. С особого распоряжения судьи допускались к участию в деле в качестве защитников и иные лица. Действующий УПК отчасти воспринял некоторые черты УПК РСФСР 1922 и 1960 гг. относительно данного вопроса.⁴

Учитывая изложенное, выступая при этом за участие в уголовном судопроизводстве адвокатов или в лучшем случае адвокатов и иных лиц, позволим себе отметить то, что несмотря на множество противников участия иных лиц в уголовном деле, активность последних, их гражданская позиция

¹ Резепкин А.М. УПК РФ и состязательность в досудебном производстве по уголовному делу. // Новый Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в действии: Сборник научных статей / Под ред. А.П. Гуськовой. - Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2003. С. 51-55.

² Ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

³ Ч. 7 ст. 49 УПК РФ и др.

⁴ Карякин Е.А. Реализация состязательности и осуществление функции защиты на предварительном следствии. // Ученые записки: сборник научных трудов Института государства и права. Вып. 3 - Тюмень, 2002. С. 91.

является одним из объективных показателей уровня правовой культуры¹ гражданского общества и поступательного становления правового государства России в целом.

Определившись с понятием защитника и возможностью участия в уголовном судопроизводстве иного лица, обратимся непосредственно к проблеме реализации правомочий защитника в уголовно-процессуальном доказывании.

Равноправие сторон в уголовном судопроизводстве, как известно, предполагает наличие одинаковых процессуальных возможностей (средств) у стороны обвинения и, соответственно, защиты, главным образом в собирании доказательств. Однако на сегодняшний день в соответствии с УПК сторона защиты, как мы видим, не может рассматриваться в качестве полноправного участника даже в собирании необходимых для запланированного исхода дела фактов, не говоря о возможности участия в исследовании и проверке доказательств в ходе следствия перед беспристрастным судом. Поскольку сторона обвинения абсолютно не учитывая мнение стороны защиты самостоятельно, чувствуя себя «хозяином дела», отыскивает, приобщает к делу, исследует и оценивает доказательства, принимая при этом решения, ограничивающие в ряде случаев права личности.

В ч. 3 ст. 86 УПК законодатель закрепил за защитником важнейшее право собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия. С этим никто не спорит, «*dura lex, sed lex*», но законодатель не дает ответа на то, кто должен представлять предметы, документы и иные сведения, и как быть с теми ситуациями, когда лица отказываются от права предоставления информации, как правило, имеющей существенное значение по уголовному делу, о чем у защитника есть объективные основания так полагать. Предусмотрено также право истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны представить запрашиваемые документы или их копии. Но ведь помимо обязанных, есть множество других государственных и общественных структур, и здесь невольно возникает вопрос, дадут ли они защитнику эти справки, характеристики и документы. Наверное, нет, ибо, как свидетельствует адвокатская практика, большинство государственных и иных организаций выдает справки и копии документов только по запросам судов, прокуратуры и правоохранительных органов, нередко нарушая при этом установленные сроки.

М.С. Строгович писал, что «адвокат при выполнении своих функций вправе собирать нужные ему для защиты сведения, принимать меры к выявлению лиц, могущих быть свидетелями в пользу обвиняемого и т.д., при обязательном, конечно, условии, что его действия соответствуют закону».²

¹ Сальников В.П. Правовая культура. Теория государства и права: курс лекций. / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. - М.: Юристъ, 1997. С. 571-577.

² Строгович М.С. Деятельность адвокатов в качестве защитников обвиняемых. // Советское государство и право. 1981. №8. С. 90-91.

Как раз последний Уголовно-процессуальный закон не устанавливает какого-либо порядка собирания защитником информации, а главное, не возлагает ни на кого обязанности содействовать ему в этом.¹

Очевидно, что основным моментом, препятствующим защите в собирании доказательств, является невозможность предоставления ей властных полномочий, а также процессуальная форма, то есть правила закрепления, фиксации доказательств.² По поводу процессуального оформления деятельности, осуществляемой стороной защиты, Ю.И. Стецовский верно отметил: «Материалы, полученные защитником, становятся доказательствами лишь после их приобщения к делу и путем проведения следователем или судом соответствующего процессуального действия».³

Ряд авторов отмечают тот факт, что защитник вне процесса собирает не доказательства, а фактические данные, обладающие свойством относимости, которым следователь придает свойство допустимости, в результате чего в деле появляются доказательства. На относимость фактических данных, то есть их значение для дела, защитник должен указать в своем ходатайстве (ст.ст. 119, 159 УПК). Решение о допуске таких данных в уголовный процесс на предварительном следствии могут принимать только следователь и прокурор, на основании чего разумно рассматривать деятельность защитника по собиранию не доказательств, а сведений.⁴

Действительно, руководствуясь положениями ст. 74 УПК, полученная адвокатом информация не относится к числу доказательств, разве что, кроме случаев предоставления документов (п. 6 ч. 2 ст. 74, ст. 84 УПК). В связи с чем вся эта информация должна быть преобразована в доказательства в соответствии с требованиями ч. 1 ст. 86 УПК. Между тем уголовно-процессуальный закон никак не регламентирует процедуру предоставления предметов и документов и, что самое главное, не возлагает на дознавателя, следователя, прокурора, суд обязанности их принять, что позволяет охарактеризовать формулировку, содержащуюся в ст. 159 УПК, как крайне недостаточную, которая обязывает следователя и дознавателя лишь рассмотреть, но не удовлетворить заявленные ходатайства. Представленные защитником предметы, руководствуясь ч. 2,4 ст. 82 УПК, должны признаваться вещественными доказательствами дознавателем или следователем. Полученная в ходе опроса лиц информация, как нам представляется, подлежит преобразованию в доказательства посредством

¹ Ранее высказывались мнения, что «деятельность защитника (в отличие от следователя и прокурора) не включает собирание доказательств». См.: Научно-практический комментарий УПК РСФСР. / Под общ. ред. В.М. Лебедева / Науч. ред. В.П. Божьев. - М., 2000. С. 113.

² См.: Пиюк А. Состязательность на стадии предварительного расследования и судебный контроль. // Российская юстиция. 2000. №4. С. 37; Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. - М., 1981. С. 71.

³ Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. - М., 1982. С. 60.

⁴ См.: Арабули Д.Т. Процессуальное положение и деятельность адвоката-защитника в судебном разбирательстве по УПК РФ: учебное пособие / Под ред. проф. А.П. Гуськовой. - Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2002. С. 66-67.

заявления ходатайства перед стороной обвинения о допросе ранее опрошенного защитником лица в качестве свидетеля (ст.ст. 74, 159 УПК). В этом случае осуществление защитником своих полномочий поставлено в зависимость от усмотрения следователя или дознавателя. Часть 2 ст. 21 УПК предусматривает обязанность следователя принять все необходимые меры по установлению обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК. В то же время ч. 3 ст. 38 УПК, которая закрепляет полномочия следователя, гласит, что следователь самостоятельно принимает решение о производстве следственных и иных процессуальных действий. Все это является прямым подтверждением соединения в руках следователя функции обвинения с функцией принятия решения о ходе дела (юстиции), последняя, как уже отмечалось нами, должна быть исключительной прерогативой суда (следственного судьи). В ч. 2 ст. 159 УПК закреплено правило о том, что защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, только в том случае, «если обстоятельства, об установлении которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела». Как нам представляется, это ничем не обоснованное ограничение элементов состязательности в досудебном производстве, и его необходимо исключить из текста данной нормы.

Равенство сторон в предоставлении и исследовании доказательств означает, что на всех этапах уголовного судопроизводства одни и те же доказательства могут исследоваться с позиции обвинения и защиты. В УПК этой возможности на стадии расследования нет (ст. 244 УПК). Так, защитник получает доступ лишь к части доказательств (п. 6 ч. 1 ст. 53 УПК). Он может принимать участие только в тех следственных действиях, в которых участвует подозреваемый или обвиняемый, или в действиях, которые производятся по их ходатайству или ходатайству самого защитника (п. 5 ч. 1 ст. 53; ч. 2 ст. 159 УПК). Отсюда в ходе конкретного следственного действия, имеющего своей целью, как и полагается, получение доказательств, сторона обвинения, как правило, в лице следователя, руководит им по собственному усмотрению, не учитывая при этом в определенных случаях прав, свобод и законных интересов стороны защиты.

В связи с этим нетрудно догадаться, каким будет содержание, а вместе с ним и качество протокола следственного действия, последний, как известно, признается, в соответствии со ст. 74 УПК, самостоятельным видом доказательств и приобщается к материалам уголовного дела. Примечательно и то, что несмотря на положения, закрепленные в ст. 73 УПК, сторона обвинения в ряде случаев намеренно скрывает обстоятельства, смягчающие или исключаяющие вину подозреваемого (обвиняемого). Для многих стало нормой применение незаконных методов в ходе расследования уголовных дел, как правило, для получения признания вины, которая уже давно перестала быть царицей доказательств. Однако оспорить последнее обстоятельство сторона защиты полноценно может только уже в ходе судебного производства, когда многие доказательства утрачены, а

причиненный вред не представляется возможным возместить в виду его необеспеченности по понятным вполне причинам.

Реализуется ли на практике право защитника участвовать в следственных действиях? И какую пользу приносит участие (присутствие) защитника в досудебном производстве? Для ответа на эти и целый ряд других вопросов в Оренбургской области был проведен опрос 78 адвокатов, закрепленных за различными формами адвокатских образований, а также изучено 123 уголовных дела.

Выявлено, что в 94 делах (70% от общего числа изученных) защитники принимали участие в производстве тех или иных следственных действий. Однако активность их в отдельных следственных действиях оказалась весьма различной. Наиболее часто они участвуют в допросах подозреваемых и обвиняемых. Это имело место по 93 изученным делам, что вполне объяснимо, поскольку ст. 51 УПК предусматривает значительную по объему категорию дел, по которым участие защитника обязательно. Вместе с тем законодатель, установив в ст. 51 УПК основания для обязательного участия защитника, по справедливому замечанию М.И. Полшкова, обошел стороной вопрос о содержимом этого участия. Если в судебном разбирательстве защитник должен участвовать с его начала до завершения, вплоть до оглашения приговора, то применительно к предварительному следствию следует определить: при совершении каких действий его участие обязательно, а какие действия следователь может проводить без его участия и, более того, не допускать защитника к участию в конкретном действии, даже если он об этом ходатайствует.¹ Подобное, как представляется, позволит повысить эффективность участия защитника в различных следственных действиях и будет способствовать соблюдению прав, свобод и законных интересов обвиняемого.

Также выявлено участие защитников в производстве очных ставок – 65 дел. При этом, судя по протоколам, адвокаты демонстрируют высокую активность: задают вопросы допрашиваемым (по 40 делам); вносят замечания в протокол по поводу допросов и очных ставок (по 29 делам); корректируют полноту и достоверность записей в протоколе (37 дел).

Подобная адвокатская практика заслуживает одобрения. Вместе с тем, в ходе досудебного производства настораживает то обстоятельство, что 39 адвокатов заявили, что, осуществляя защиту, они не принимают участия в назначении экспертизы ввиду того, что следователь не предоставил им данную возможность.

УПК предоставляет защитнику достаточные возможности для того, чтобы глубоко и правильно оценить заключение эксперта. Вместе с тем все опрошенные адвокаты заявили, что не знакомятся с полным текстом заключения, ограничиваясь лишь анализом выводов, причем делают это при

¹ Полшков М.И. Обязательное участие защитника на предварительном следствии. Труды Оренбургского института Московской государственной юридической академии (выпуск первый). – Оренбург: Издательский Центр ОГАУ, 1999. С. 217-221.

ознакомлении с материалами дела, когда следствие уже окончено. Изучение уголовных дел - тому подтверждение.

Примечательно то, что защитники практически не участвуют в назначении комплексной экспертизы, а также при производстве таких следственных действий, как выемка, обыск, осмотр, освидетельствование.

Причина подобной пассивности заключается, по нашему мнению, не только в том, что они не видят реальной возможности использовать результаты этих следственных действий для оправдания либо смягчения ответственности подзащитного, но и в том, что данные следственные действия являются трудоемкими, а следователь не желает сообщать защитнику о предстоящем их проведении, в том числе и по тактическим соображениям (особенно о предстоящем обыске).

Представляется интересным желание защитников участвовать в таких следственных действиях, как предъявление для опознания (34 адвоката), следственный эксперимент (15 адвокатов), проверка показаний на месте (18 адвокатов).

В число обстоятельств, препятствующих активному участию защитников в следственных действиях, можно отнести так называемый консерватизм адвокатов-практиков, как и прежде, считающих для себя основной работу в зале суда (об этом заявили 29 опрошенных). Вместе с тем, 19 респондентов полагают, что наиболее важна защита на следствии, где, по их мнению, и формируется линия защиты. 16 адвокатов утверждали, что для них защита на следствии и в суде равнозначна.

Обращает на себя внимание то, что все-таки большинство адвокатов-практиков (49) считают участие защитников в производстве следственных действий необходимым, с точки зрения эффективности защитительной деятельности, потому как целью участия адвоката в следственных действиях, проводимых с обвиняемым (подозреваемым), может быть психологическая поддержка своего клиента, обеспечение законности выполнения конкретного следственного действия, а также соблюдение прав и законных интересов подзащитного.¹

Со всеми материалами дела защитник знакомится по окончании расследования (п. 7 ч. 1 ст. 53 УПК). Он вправе выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств. Вместе с тем, по справедливому замечанию И.Л. Петрухина, «ознакомление защитника с материалами дела хотя бы с момента предъявления обвинения необходимо, чтобы он вел защиту осмысленно, то есть имел представление, насколько доказано обвинение, какие версии не проверены, какие важные для защиты материалы в деле отсутствуют. Это позволило бы защитнику

¹ Мамыкин А.С. Адвокатская деятельность: учебно-практическое пособие / Под общ. ред. В.Н. Буробина. - М., 2003. С. 376.

своевременно заявить обоснованные ходатайства и предъявлять нужные для защиты доказательства».¹

В связи с изложенным очень важным представляется мнение М. Кожевникова, высказанное на страницах «Российской юстиции», о том, что ознакомление обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела по окончании предварительного следствия (дознания) ставит стороны в неравное положение. В частности, он отмечает: «Это не только не подтверждает, но и прямо нарушает принципы равноправия сторон и состязательности процесса и т.д., где вместо состязательности получается «игра в одни ворота»» (Российская юстиция. 1997. №12. С. 22).²

Предполагается, что обвинение и защита должны иметь возможность на равных излагать свои доводы и соображения по поводу принципиальных вопросов досудебного производства. Поэтому считаем целесообразным предоставить стороне защиты право отразить результаты своей познавательной деятельности, осуществляемой в ходе следствия в таком документе, как защитительное заключение. Это абсолютно оправдано, ибо почему наряду с обвинительным заключением, составленным стороной обвинения, не может существовать защитительное заключение, составленное противоположной стороной? Это в полной мере согласуется с механизмом построения состязательного досудебного производства по уголовному делу. Важно отметить то, что данный документ может содержать в зависимости от сложившихся по уголовному делу обстоятельств и сформированной правовой позиции, следующее:

- обстоятельства совершенного преступления;
- обстоятельства, исключаящие, уменьшающие, смягчающие ответственность обвиняемого либо свидетельствующие в его пользу;
- доводы обвиняемого в свою защиту;
- доказательства защиты;
- правовую оценку защитником доводов обвинения;
- нарушения прав, свобод и законных интересов обвиняемого;
- пробелы предварительного следствия, противоречия;
- правовые требования, выражающие правовую позицию защиты по делу и т.д.

В УПК в развитие уголовно-процессуального доказывания и обеспечения прав, свобод и законных интересов участников уголовного судопроизводства необходимо четко указать на то, кто и в каком порядке признает доказательства недопустимыми в ходе досудебного производства, так как в настоящее время уголовно-процессуальный закон регламентирует процедуру исключения доказательств только в рамках судебного производства по уголовному делу. В этой связи желательно, чтобы данная процедура осуществлялась независимым от ведомственных и иных интересов

¹ Петрухин И.Л. Презумпция невиновности: равновесие сил обвинения и защиты. // Укрепление законности и борьба с преступностью в условиях формирования правового государства. - М., 1990. С. 134.

² Виницкий Л. Уравнять права сторон в уголовном процессе. // Российская юстиция. 1999. №6. С. 43.

субъектом, например, следственным судьей, поскольку если подобное осуществляется стороной обвинения, налицо смешение основных уголовно-процессуальных функций и отсутствие должного равноправия сторон, что противопоставлено состязательному следствию. По мнению ряда ученых-процессуалистов, отсутствие гарантий, обеспечивающих реализацию положений, закрепленных в ч. 3 ст. 86 УПК, может определенным образом компенсировать возможность защитника прибегнуть к услугам частных детективных предприятий, в целях получения сведений, относящихся к делу.¹ Между тем, мы не считаем, что услуги, оказываемые частными детективными предприятиями, способны существенно облегчить положение защитника. Для убедительности необходимо обратиться всего лишь к некоторым статьям соответствующего закона. Закон Российской Федерации №2487-1 от 11 марта 1992 года «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» предоставляет возможность участникам процесса в целях сыска собирать информацию по уголовным делам, прибегая к услугам частных детективных предприятий. Договор между частным детективным предприятием и клиентом предполагает конфиденциальный характер соглашения по всем его пунктам (ст. 9), но ст. 3 данного закона возлагает обязанность на частного детектива в течение суток с момента заключения контракта с клиентом письменно уведомить об этом орган, в чьем производстве находится уголовное дело. Именно эта норма благоприятствует «при тенденциозном ведении расследования, при наличии профессиональной деформации должностного лица созданию им перед адвокатом-защитником через того же детектива препятствий для сбора нужной информации».²

Особенно примечательно то, что лицензия, которая, в соответствии со ст.ст. 6 и 10 закона Российской Федерации от 11 марта 1992 года №2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» и ст. 11 закона Российской Федерации «О милиции» от 18 апреля 1991 года №1026-1, выдается, продлевается и аннулируется органами внутренних дел, что может служить эффективным инструментом и способом воздействия на частного детектива.³

Допустимо частными детективами, с согласия граждан и должностных лиц, проводить их устный опрос, наведение справок, наблюдение для получения необходимой информации в целях оказания услуг без права сбора сведений, связанных с личной жизнью, осуществления действий, посягающих на права и свободы граждан. Разрешено использовать видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, средства оперативной телефонной связи и др., но проведение записи или съемки в помещении – только с письменного

¹ Белоусов В., Шишов Е. Частный детектив в уголовном процессе: некоторые аспекты проблемы. // Уголовное право. 2001. №2. С. 55.

² Кручинин Ю. Адвокат защитник и услуги частных детективов. // Российская юстиция. 1998. №5. С. 15.

³ Арабули Д.Т. Процессуальное положение и деятельность адвоката защитника в судебном разбирательстве по УПК РФ: учебное пособие / Под ред. проф. А.П. Гуськовой. - Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2002. С. 14-15.

согласия соответствующего должностного или частного лица. Кроме того, законодатель запрещает частным детективам скрывать от правоохранительных органов, прокуратуры и суда ставшие известными факты совершенных преступлений и разглашать собранную информацию, использовать ее в каких-либо целях вопреки интересам своего клиента, которым выступает адвокат или его подзащитный. Права, по нашему мнению, Д.Т. Арабули в том, что если в ходе частной сыскной деятельности будут обнаружены не только смягчающие, но и отягчающие наказание обстоятельства (о последних частный детектив обязан будет проинформировать суд), то именно адвокат-защитник будет опосредованно выполнять несвойственную ему функцию. Соединяя функцию защиты и функцию обвинения, не только нарушается уголовно-процессуальный закон, предписывающий занимать адвокату строго одностороннюю позицию, обеспечивая подсудимому право на защиту, но низвергается сама адвокатура, которая принадлежит к числу древнейших процессуальных институтов.¹

На основе всего вышеизложенного можно прийти к следующему выводу. По сути защитник в уголовно-процессуальном доказывании выступает пока еще в большинстве случаев не равноправной, а стороной, зависимой от обвинения, что тормозит развитие состязательных начал на стадии расследования, обеспечивающих соблюдение конституционных прав, свобод и законных интересов граждан.

ПРОБАЦИЯ (УСЛОВНОЕ ОСУЖДЕНИЕ): СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ЗАКРЕПЛЕНИЯ (К ИСТОРИИ ВОПРОСА)

*Сиваракша И.В. – доцент кафедры
истории государства и права, к.ю.н.*

*Хмелевская Т.А. – доцент кафедры
уголовного права и криминологии, к.ю.н.*

Наказание – кара или возмездие за совершенное преступление. Достаточно длительный период в истории права наказание не имело строго определенной системы. Не было исчерпывающего перечня наказаний в правовых памятниках стран Древнего Востока. Основным видом наказаний являлась смертная казнь. Наказание строилось по принципу возмездия – «око за око, зуб за зуб». В праве же античного мира была дана классификация наказаний и при этом сохранилась их карательная направленность. В качестве наказания могли быть использованы: каторжные работы, отдача в гладиаторы, ссылка, телесные наказания и др. Средневековый период не

¹ Арабули Д.Т. Указ. соч. С. 15.

изменил сложившейся практики относительно наказания. Так же, как преступления, наказания не были четко определены законодательством, их применение во многом зависело от усмотрения суда, от сословного положения обвиняемого. При этом изменялась цель наказания на отдельных этапах развития феодального права: от удовлетворения пострадавшего и его родни за причиненный ущерб (примером может служить система штрафов, представленная в «Салической правде», затем в «Русской правде») до предотвращения повторного преступления путем устрашения (вырывание внутренностей из живого тела, выставление у позорного столба, бичевание кнутом и пр.). В уголовном праве четко проявилась специфическая средневековая черта - явное несоответствие тяжести наказания характеру преступления. Все вышеизложенные особенности наказания средневекового периода можно найти в «Каролине» и в Соборном Уложении 1649 г., в которых вся система наказаний определялась основной целью карательной политики – устрашение. В них содержатся следующие основные виды наказания: смертная казнь, членовредительские наказания, позорящие наказания, изгнание и т.д. Все это, в свою очередь, вызывало большое недовольство нарождающейся буржуазии, которая подвергла критике всю систему дореволюционного уголовного права стран западной Европы. Большинство стран до настоящего момента так и не смогли сформулировать в законодательстве определения наказания, его сущности и цели. До сих пор этим вопросом занимаются теоретики уголовного права, которые обращаются к работам представителей различных школ права. Представитель просветительно-гуманистической теории Ш. Монтескье рассматривал неотвратимость наказания (а не его жестокость) эффективным средством предупреждения преступлений: «Вникните в причины всякой распушенности, и вы увидите, что она происходит от безнаказанности преступлений, а не от слабости наказаний».¹ Чезаре Беккария внес значительный вклад в гуманизацию уголовного права. Он считал, что целями наказания являются не кара или возмездие, «не наказание и мучение человека», а наказание заключается только в том, «чтобы воспрепятствовать виновному вновь нанести вред обществу и удержать других от совершения того же».² Представитель классической школы права, А. Фейербах, опираясь на идеи Беккария, сформулировал важные принципы уголовного права:

- нет наказания без закона;
- нет наказания без преступления;
- нет преступления без законного наказания.

Наказания А. Фейербах подразделял на две группы: наказания угрожаемые и наказания причиняемые. Цель первых – отвращение страхом от преступления, цель вторых – демонстрация действенности закона.³

¹ Монтескье Ш. Избранные произведения. - М., 1955.

² Беккария Ч. О преступлениях и наказаниях. - М., 1995.

³ Фейербах А. Уголовное право. – С.-Пб., 1810.

Кант, обращаясь к проблеме наказания, следовал принципу талиона, т.е. совершивший преступление должен быть наказан. Цель наказания – это кара, адекватная содеянному преступлению.

Современная пенитенциарная система России не всегда и не во всем отвечает международным стандартам. В ней высок процент рецидива. Поэтому, на наш взгляд, целесообразно обратиться к представителям неоклассицизма. Они считали необходимым смягчить меры уголовной репрессии, сделав их более гуманными.

Встав на путь смягчения наказания, большинство государств приняли законы, отменившие смертную казнь. Во Франции, например, смертная казнь была отменена в 1981 году, в Германии - Конституцией ФРГ 1949 г.

Гуманизация уголовного права получила свое выражение в широком использовании такого вида наказания, как probation, которая является своеобразной альтернативой к лишению свободы. Она не предполагает тюремного заключения, но ставит осужденного на определенный срок под жесткий контроль специальной службы наблюдения.

Пробация представляет собой наказание, суть которого заключается в исполнении осужденным, находящимся на свободе под контролем специального чиновника, требований, указанных в законе. Пробация – буквально: испытание, т.е. направление на определенный срок осужденного, оставленного на свободе, под наблюдение чиновника специальной службы, которому поручается контроль за его поведением, эта санкция альтернативна лишению свободы. В материалах ООН пробация определяется как «условная отсрочка исполнения наказания с помещением на это время преступника под индивидуальный надзор с обеспечением над ним руководства или проведения исправительного курса».

Пробация в настоящее время существует в большинстве стран, хотя для стран континентальной системы права это институт сравнительно новый. Например, во Франции институт probation появился лишь с введением в действие нового УК, принятого в 1992 году. Страны англосаксонской системы могут похвастаться большим опытом в вопросах probation, так как в Англии и США данный институт существует на протяжении многих десятилетий. В Англии институт probation появился в 1887 году в связи с принятием Закона «Об испытании впервые осужденных», а с принятием в 1907 году Закона «Об испытании преступников» этот институт окончательно был оформлен в английском уголовном праве. На протяжении 20 века в Англии поднимался вопрос об устранении пробелов вышеназванных законов в вопросах применения probation. Результатом этого стало принятие законов 1948 и 1967 годов об уголовной юстиции. В 1965 году были изданы «Правила о probation». В США возможность назначения probation предусматривается законодательством федерации и всех штатов. Вопросы об условной отсрочке наказания в Германии детально регламентированы в УК ФРГ.

В России термин «пробация» законодателями не используется, хотя отсрочка исполнения наказания существует. Поэтому следует обратиться к опыту зарубежных законодателей и более подробно рассмотреть содержание этого института.

В новом УК Франции институт отсрочки исполнения наказания представлен в трех видах: 1) простая отсрочка исполнения наказания; 2) отсрочка исполнения наказания с помещением осужденного в режим испытания; 3) отсрочка исполнения наказания с возложением на осужденного обязанности выполнять труд в общественных интересах. Простая отсрочка может быть представлена как физическому, так и юридическому лицу. Данная отсрочка применяется к физическому лицу, совершившему преступление, проступок или нарушение, только в случае, если это лицо в течение пяти лет, предшествующих рассмотрению данного деяния, не было судимо за общеуголовное преступление или такой же проступок с назначением лишения свободы. Согласно ст. 132-31 УК, в отношении физического лица отсрочка исполнения наказания применима к наказаниям в виде: «Юридическому лицу отсрочка может быть представлена, если оно не привлекалось к ответственности за преступление или проступок, в случае, когда в течение предшествующих пяти лет на данное лицо не возлагалась ответственность за общеуголовное преступление или такой же проступок с назначением штрафа, размер которого превышает 400 и 100 тысяч F.». Юридическому лицу может быть представлена отсрочка исполнения следующих наказаний: штрафа, закрытия одного или нескольких предприятий юридического лица, запрещения пускать в обращение чеки или пользоваться кредитными карточками, конфискации, афиширования обвинительного приговора. Новое осуждение за деяния, указанные выше, влечет отмену ранее предоставленной отсрочки. Физическое и юридическое лица, осужденные за преступление или проступок с предоставлением отсрочки исполнения наказания, не совершившие в течение пятилетнего испытательного срока нового общеуголовного преступления или такого же проступка, считаются несудимыми, а данные лица, осужденные за нарушение, считается несудимым, если не совершат в течение двухлетнего испытательного срока общеуголовного преступления, общеуголовный проступок или нарушение пятого класса.

Второй и третий вид отсрочки, а точнее, отсрочка исполнения наказания с помещением осужденного физического лица в режим испытания, либо с возложением на него обязанности выполнить труд в общественных интересах, не могут быть предоставлены «политическим» преступникам и юридическим лицам.

Предоставляя отсрочку исполнения наказания, французские законодатели предусмотрели меры надзора за поведением осужденного, а также меры помощи, в том числе материальной.

Срок режима испытания устанавливается судом и не может быть меньше 18 месяцев и больше 3 лет. В течение установленного срока

осужденный должен подчиняться контролирующему органу и исполнять специально возложенные на него обязанности (например, осуществлять профессиональную деятельность или учиться, подвергаться медицинскому освидетельствованию или лечиться и т.д.).¹ При совершении осужденным общеуголовного преступления или проступка, повлекшего вынесения приговора к реальной мере наказания в виде лишения свободы, в течение периода надежности, суд может назначить полную или частичную отмену отсрочки.

В Германии условная отсрочка исполнения наказания может быть применена к лицам осужденным: 1) к наказанию в виде лишения свободы сроком до одного года (в исключительных случаях – два года); 2) и от которых можно ожидать, что осужденный учтет приговор и в будущем больше не совершит преступных деяний, в связи с чем реальное исполнение наказания не является необходимым. Согласно параграфа 56 УК ФРГ, при принятии решения об отсрочке учитывается личность осужденного, его прошлая жизнь, обстоятельства противоправного деяния, а также его поведение после деяния.

Исполнение наказания может быть отсрочено на срок от 2 до 5 лет. УК Германии предоставляет суду возможность наложить на осужденного исполнение обязанностей в целях возмещения совершенного нарушения закона (например, возместить ущерб, причиненный преступным деянием, выполнить общественно полезные работы и т.д.), при этом указывается на то, что не могут быть предъявлены заведомо невыполнимые требования.

Согласно параграфа 56d, на период испытательного срока суд назначает осужденному специального помощника, который помогает осужденному выполнить предписания суда, а также сообщает суду об образе жизни осужденного, о допущенных им нарушениях режима отсрочки.

Суду предоставляется возможность пересмотреть вопрос об отсрочке исполнения наказания при: 1) совершении в период испытательного срока преступного деяния; 2) совершении грубого и систематического нарушения указаний, уклонения от надзора помощника; 3) невыполнении обязанностей.

Подобно УК Франции, в УК ФРГ осужденный освобождается от наказания по истечению испытательного срока в случае успешного исполнения отсрочки.

В США каждому штату разрешается самостоятельно решать вопрос относительно условий применения probation. Можно утверждать, что она не может быть применена к лицам, осужденным за преступления, караемые смертной казнью или тюремным заключением на более длительный срок. При этом суд при назначении probation может учитывать следующие факты: отсутствие судимости в прошлом, назначение наказания не более 10 лет и возмещение всех судебных издержек.

Так же, как во Франции и Германии, в США суд может обязать осужденного выполнять некоторые требования, например, произвести уплату

¹ Новый Уголовный кодекс Франции. – М.: Изд-во Юридический колледж МГУ, 1993. Ст. 132-43.

штрафа, пройти курс обучения или профессиональной подготовки, пройти курс лечения и т.п. При неисполнении указанных требований осужденный может быть подвергнут тюремному заключению. За тем, как осужденный выполняет условия probation, наблюдает специальный чиновник. Согласно закона 1982 года, осужденный обязан встречаться с чиновником в любое время, чаще 20 раз в месяц, и оплачивать стоимость осуществления за ним надзора. Такая probation получила сокращенное название ПИН – probation с интенсивным надзором.

Модельным УК США 1962 г. установлены следующие испытательные сроки: за совершении felony¹ 5 лет, за misdemeanor² или незначительный misdemeanor – 2 года. Также следует указать на то, что каждому штату разрешено самостоятельно определять продолжительность probation.

Если в течение установленного срока лицо совершает новое преступление или не выполняет возложенные на него обязанности, суд отменяет отсрочку и выносит приговор за прежнее преступление.

В США probation относится к основным видам наказания. Однако достаточно долгое время она считалась неэффективным наказанием, поскольку исключала воспитательное воздействие.

Более широкое распространение в качестве меры наказания probation получила в Англии. По мнению большинства юристов, probation является эффективным способом социальной адаптации осужденного, проходящей при особом контроле со стороны работников специальной социальной службы. По Закону 1948 года, лицо, которому назначена probation, передается под надзор должностного лица «службы probation». Этим же законом установлен срок, который может составлять от одного до трех лет.

В качестве особенности применения probation в Англии следует отметить, что к лицам, достигшим 14-летнего возраста, probation возможна только при согласии виновного. При его несогласии к нему могут быть применены более строгие меры.

Исполнением probation занимается Национальная probationная служба Англии и Уэльса при поддержке различных общественных и государственных организаций. «Служба работает приблизительно с 175 000 осужденными, 90% из которых - лица мужского пола; 70% - лица, осужденные к наказаниям, не связанным с тюремным заключением, остальные – лица, которым наказание в виде тюремного заключения отсрочено или которые временно находятся вне места отбывания наказания либо досрочно освобождены от его отбывания».³ Эти данные показывают активное применение этой меры воздействия на практике.

¹ Felonia – тяжкие преступления, за которые устанавливаются наказания в виде лишения свободы на срок более года.

² Misdemeanor – менее тяжкие деяния. Он получил свое развитие из правонарушения, за которое предусматривалось наказание в виде взыскания причиненного ущерба в гражданском порядке.

³ Тепляшин П. Исполнение наказаний, не связанных с изоляцией от общества, в Англии и Уэльсе. // Уголовное право. 2004. №3. С. 64.

Из вышеприведенного анализа зарубежного уголовного законодательства, мы приходим к выводу, что пробация – это неисполнение наказания с назначением специального должностного лица, который осуществляет контроль за поведением осужденного и выполнением им определенных обязанностей и условий probation. В Англии, США и Франции probation возможна без назначения наказания.

Как было отмечено ранее, институт probation в российском уголовном законодательстве не предусмотрен. Сопоставить его можно с условным осуждением, закрепленным в ст. 73 УК РФ. Любое сравнение норм национального законодательства с зарубежными источниками имеет практическую значимость. В нашем случае – это выявление наиболее эффективных форм исполнения наказания без изоляции от общества.

История законодательного развития условного осуждения в нашей стране начинается сразу после Октябрьской революции. «Так, за первое полугодие 1918 года московские суды приговорили к условному лишению свободы 14,1% от всего числа осужденных, а к условным принудительным работам – 1,1%. Вплоть до распада СССР условное осуждение применялось к 13-14% от общего числа осужденных».¹ Высока статистика применения условного осуждения и сегодня. «Более 60% осужденных приговаривается к альтернативным видам наказаний. В их числе – условное осуждение, отсрочки отбывания наказания, исправительные работы, лишение права заниматься определенной деятельностью и другие меры, не связанные с изоляцией».²

Юридическая природа условного осуждения в уголовном законодательстве России определяется местом закрепления данного института. Он расположен в главе Уголовного кодекса РФ «Назначение наказания». Теоретические подходы в этом вопросе разнообразны. Условное осуждение рассматривают как специфическую меру уголовной ответственности, как освобождение от отбывания наказания, как особый порядок исполнения наказания, как условное неисполнение наказания. По нашему мнению, условное осуждение включает в себя две составляющие – это специфическая мера уголовной ответственности, выраженная в условном неисполнении наказания. В соответствии с ч. 1 ст. 73 УК РФ, оно применяется к таким видам наказания, как исправительные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы. Они реально не исполняются в течение назначенного судом испытательного срока. Такое же правило закреплено и в probation. Как было отмечено выше, в Англии она применяется при наказуемости преступления тюремным заключением, в США при осуждении к любым наказаниям, за исключением смертной казни, пожизненного лишения свободы или тюремного заключения на длительный срок, во Франции при назначении лишения свободы не более 5 лет. Период

¹ Курс уголовного права. Общая часть. // Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. - М., 1999. С. 201.

² Российская газета. 2005. 6 апреля.

испытательного срока в этих странах варьируется от 2 до 5 лет и зависит от тяжести совершенного преступления. Аналогично закреплено данное положение и в российском уголовном законодательстве при условном осуждении. В соответствии с ч. 3 ст. 73 УК РФ, в случае назначения лишения свободы на срок до одного года или более мягкого вида наказания, испытательный срок определяется от 6 месяцев до трех лет, а в случае назначения лишения свободы на срок свыше одного года – не менее шести месяцев и не более пяти лет. При условном осуждении суд может возложить на лицо исполнение определенных обязанностей: не менять постоянного места жительства, работы, учебы без уведомления органа, осуществляющего контроль за осужденным, не посещать определенные места и другие. В соответствии с Законом о полномочиях уголовных судов на территории Англии и Уэльса одновременно с принятием решения о пробации суд может установить в отношении осужденного дополнительные требования: проживание на предписанной территории; посещение специальных «пробационных центров», прохождение соответствующей программы психиатрического оздоровления и др.¹ Мы отмечали возложение дополнительных обязанностей при применении института пробации в соответствии с законодательством Франции, Германии и США. Цель дополнительных требований, как при условном осуждении, так и при пробации является предупреждение новых преступлений. Это еще один совпадающий момент сравниваемых институтов.

Контроль за поведением условно осужденных в России осуществляет уголовно-исполнительная инспекция по месту жительства лица. В Германии – это помощник, в США - это агент, во Франции данную работу выполняет агент по пробации. В соответствии с Инструкцией о порядке исполнения наказаний и мер уголовно-правового характера без изоляции от общества уголовно-исполнительная инспекция в целях контроля за поведением условно осужденных в период испытательного срока осуществляет следующие мероприятия: проверяет условно осужденных по специальным учетным карточкам органа внутренних дел на предмет выявления новых правонарушений и привлечения к уголовной ответственности; проверяют указанных лиц по месту жительства и в общественных местах; проводят профилактические беседы. Аналогичные обязанности по надзору реализуют органы пробации за рубежом. Во Франции уполномоченный по пробации осуществляет контроль за средствами существования осужденного; за поведением осужденного по месту его жительства и работы. С этой целью уполномоченный вызывает на беседы подконтрольное лицо; запрашивает у него сведения и документы, подтверждающие источники доходов; посещает его по месту жительства и работы. Как вытекает из определения пробации, данного в материалах ООН, над преступником устанавливается индивидуальный надзор. Характер индивидуального надзора связан с

¹ Тепляшин П. Исполнение наказаний, не связанных с изоляцией от общества, в Англии и Уэльсе. // Уголовное право. 2004. №3. С. 64.

назначением к осужденному специального должностного лица. Ни в уголовном законодательстве, ни в уголовно-исполнительном законодательстве России при условном осуждении не идет речь о возложении контроля в период испытательного срока на конкретное должностное лицо. Он осуществляется инспекциями по месту жительства осужденного, в нем участвуют сотрудники органов внутренних дел. Такой законодательный подход снижает уровень индивидуальной ответственности в отношении конкретного «подопечного». Субъектами правоотношений при пробации являются осужденный и должностное лицо. При условном осуждении эти отношения возникают между осужденным и уголовно-исполнительной инспекцией. Последняя контролирует не только осужденных условно, но и осужденных к обязательным работам, исправительным работам, к лишению права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью. Средняя загруженность каждого инспектора доходит до 200 осужденных. 2005 год увеличил их число, так как 30 декабря 2004 года вступил в силу Закон №177-ФЗ. Данный документ ввел в действие положение уголовного закона о назначении обязательных работ. Их исполнение относится к сфере уголовно-исполнительной инспекции. Предпринимаются действия по снижению загруженности данного учреждения. «С этой целью увеличены штаты уголовно-исполнительной инспекции, в нынешнем году в них откроется более пяти тысяч новых вакансий».¹ Но и тогда инспектор будет контролировать несколько десятков осужденных. По нашему мнению, надзор при пробации только в отношении определенной категории лиц способствует большей степени исправительного воздействия на осужденного со стороны конкретного должностного лица.

Положительным опытом при пробации является оказание осужденным помощи. Мы уже говорили, что во Франции им предоставляется общественная и материальная помощь. К этой деятельности привлекаются общественные или частные организации. По уголовному законодательству России уголовно-исполнительная инспекция не правомочна: оказывать материальную помощь условно осужденному, решать вопросы его трудоустройства и поиска жилья. Тем более привлекать к этому общественные или частные организации. А ведь отсутствие денежных средств одна из основных причин, по которым люди идут на совершение преступлений. Вынесение приговора не устраняет этой причины. В этом условно осужденным должны оказывать помощь контролирующие органы. Решение данных вопросов требует больших материальных затрат. В этих целях, по нашему мнению, необходимо принятие ряда мер. С учетом зарубежного законодательного опыта, включить в ст. 73 УК РФ положение о предоставлении условно осужденному помощи со стороны государства по вопросам трудоустройства. Целесообразным будет введение нормы о материальном поощрении условно осужденных при соблюдении им в период испытательного срока требований приговора суда.

¹ Российская газета. 2005. 6 апреля.

В зарубежном законодательстве институт пробации существует наряду с другими институтами, такими, как институт условной отсрочки исполнения наказания или института условного освобождения от наказания. Условное осуждение в нашей стране показало свою эффективность на протяжении многих лет применения на практике данного института. «Вместе с тем сравнительно-правовой анализ законодательства и изучение результатов правоприменительной практики показывают, что определенные коррективы уголовного законодательства давно назрели. Речь идет об институте условного осуждения».¹ Проведенный нами сравнительный анализ зарубежного и российского законодательства показал, что отдельные условия пробации могут быть успешно закреплены и использованы и в рамках условного осуждения.

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ВИКТИМНОСТИ

Тихомирова Е.Д. – преподаватель кафедры уголовного права и криминологии

Основная идея виктимологов заключается в том, что, наряду с преступником и преступностью, на том же уровне изучать жертву преступления. Ее изучение должно проходить в двух аспектах:

- жертвы, взятые в качестве определенной совокупности в силу самого факта причинения им преступлением определенного вреда;
- жертвы как возможный фактор, влияющий на ход событий в совершенном преступлении.

Именно эти два аспекта получили свое отражение в двух специфических для виктимологии понятиях отраженных в терминах «виктимность» и «виктимизация».

Виктимизация представляет собой процесс превращения потенциальной жертвы в реальную и результат этого процесса как на единичном, так и на массовом уровне.

Предрасположенность отдельных лиц стать жертвой преступления называется **ВИКТИМНОСТЬЮ**.

При кажущейся определенности понимание термина виктимность неоднозначно, поскольку различные ученые вкладывают разный объем в это понятие.

Прежде всего, это употребление термина «виктимность» в двух значениях: во-первых, в «традиционном» или прагматическом; а во-вторых, в некоем «метафизическом» смысле. Скорее всего, это следствие влияния антропологического (биологического) направления в криминологии, которое перенесло некоторые свои постулаты с личности преступника на личность

¹ Скобликов П. Уголовная ответственность за коррупцию: условное осуждение. // Уголовное право. 2003. №3. С. 68.

жертвы преступного посягательства, приписав ей некую «врожденную» личностную виктимность. Так, еще основатель виктимологии Ганс фон Гентиг выделял жертв с врожденной виктимностью, фатальной, которые должны стать таковыми с неизбежностью и предопределенностью. А может быть, последствия расширительного толкования виктимологии как науки изучающей жертв не только преступлений, но и техногенных катастроф, в т.ч. авиакатастроф, стихийных бедствий и т.п. Подобная трактовка виктимности актуальна особенно для насильственных посягательств сексуального характера. Однако мы стоим на позиции, что природа криминогенности и виктимности лежит в социальной сфере, и хотя биологические особенности человека влияют существенно на формирование его социальных установок, назвать подобное влияние определяющим сложно. Виктимность вообще не может рассматриваться на уровне причин преступности, так как прямо преступление не вызывает и не провоцирует, она лишь способствует совершению преступления в отношении определенного лица, то есть обуславливает выбор жертвы и рассматривается в качестве условий преступности.

Изначально криминологи виктимность физического лица обуславливали лишь его поведением и даже считали виктимностью лишь отклоняющееся поведение¹. В настоящее время подобные взгляды потеряли актуальность. Поскольку виктимология перешагнула рамки «отклоняющегося поведения потерпевших», споры вокруг виктимности сосредоточились в иных аспектах понятия.

Существует три точки зрения на понятие виктимности.

Во-первых, это понятие виктимности изложенное Л.В. Франком, который, собственно, и ввел в обращение данный термин. Исследовательская группа под его руководством, после консультации с кандидатом филологических наук А. Шлионским, сконструировала термин «виктимность» по модели термина «преступность».

Он пишет, что «поведение человека может быть по своей природе не только преступным, но и виктимным: неосмотрительным, распущенным, провокационным, то есть опасным для самого себя»² и, как следствие, увеличивать его подверженность к преступным посягательствам³. В связи с этим такие характеристики личности, как: пол, возраст, социальный статус, социальные роли, профессии, готовность определенным образом действовать в критической ситуации, и характеристики внешней среды: окружающая обстановка, конкретная ситуация, поведение третьих лиц и т.д. приобретают дополнительное значение. Сочетание объективных и субъективных факторов (не обязательно всех) и их взаимодействие (интеракция) влияет на способность того или иного лица стать потерпевшим от преступления.

¹ Курс советской криминологии / Под ред. В.Н. Кудрявцева, И.И. Карпеца, Б.В. Коробейникова. 1985. Т. 1. С. 170-172; Криминология / Под ред. В.В. Орехова, 1992; Дагель П.С. Учение о личности преступника в советском уголовном праве.

² Франк Л.В. Виктимизация и виктимность. – Душанбе, 1972. С. 19.

³ Франк Л.В. Потерпевший и проблемы современной виктимологии. С. 108.

Именно эта повышенная способность человека в силу ряда духовных и физических качеств при определенных обстоятельствах становится «мишенью» для преступных посягательств и названа виктимностью¹. Эта способность проявляется неодинаково у одного и того же лица при различных обстоятельствах, а у различных лиц при сходных обстоятельствах. Таким образом, Л.В. Франк отмечал, что «виктимность - не фатальное свойство отдельных людей, и «невиктимный» человек может стать потерпевшим от преступления, т.к. виктимизация зависит, конечно, не только от личностных, но и от внешних по отношению к потерпевшему факторов»².

То есть, по Франку, возможна «виктимизация» без «виктимности». Подобное умозаключение может быть воспринято двояко. С одной стороны, мы можем сделать вывод о том, что существуют люди обладающие таким набором физических, психологических, социальных, нравственных и т.п. характеристик, которые исключают их личностную, индивидуальную виктимность, а как следствие, есть другая группа лиц, чьи характеристики виктимность предполагают – однако и те, и другие могут стать жертвой преступления. Вторые - в силу «личностного» компонента виктимности, а первые - в силу «внешних по отношению к потерпевшему факторов». Но «если мы признаем наличие у человека, члена общества, некую объективно присущую и окрашенную его субъективными качествами способность стать жертвой преступления, - то почему мы отнимаем у того же человека, члена общества, объективно присущую ему и окрашенную его личностными качествами способность стать преступником»³. С другой стороны, из всего вышеизложенного прямо следует вывод, что виктимность - это свойство не только личности потерпевшего, но и внешних факторов, то есть ситуации, а также социальной роли и социального статуса лица.

Итак, можно сделать вывод о методологии познания виктимности – очень сложно дать общее понятие виктимности, не раскрывая ее видовых различий, то есть при изучении виктимности классификация должна предшествовать обобщенной характеристике.

Вопрос о том, является ли виктимность свойством всех без исключения людей, с теоретических позиций уходит в плоскость самого факта существования и момента возникновения потенциальной виктимности.

Л.В. Франк пишет, что «виктимность отдельного лица есть ... реализованная преступным актом «предрасположенность», вернее, способность стать при определенных обстоятельствах жертвой преступления или другими словами, неспособность избежать опасности там, где она объективно была предотвратима», поскольку «способность сориентироваться в той или иной ситуации и принимать адекватные обстановке ... решения у различных людей... неодинакова»⁴. Позднее, под воздействием критических

¹ Там же. Гл. 1.

² Там же. С. 109.

³ Топильская Е.В. Организованная преступность. – С.-Пб., 1999. С. 36.

⁴ Франк Л.В. Виктимизация и виктимность. – Душанбе, 1972. С. 22.

замечаний Д.В. Ривмана¹, он признал, что виктимность - не только индивидуальная, но и потенциальная способность.

Таким образом, с позиции Л.В. Франка, индивидуальная виктимность – это потенциальная, а равно и реализованная повышенная способность стать жертвой преступного посягательства при условии, что объективно этого можно было избежать. Индивидуальную виктимность, как повышенную по отношению к некому среднему уровню способность стать жертвой, рассматривает и В.П. Коновалов².

Вторая концепция понимания виктимности принадлежит В.И. Полублинскому. Он во многом занимает аналогичные с Франком позиции, но усиливает значение личностного, субъективного компонента виктимности. А именно, Полублинский пишет, что при определении виктимности конкретного человека следует рассматривать не всякую повышенную способность становиться жертвой преступления, а лишь такую, которая непосредственно связана с какими-либо особенностями личности и поведения самого пострадавшего или его специфическими взаимоотношениями с причинителем вреда, и дает следующее определение индивидуальной виктимности – «это свойство... человека, обусловленное его социальными, психологическими или биофизическими качествами (либо их совокупностью), способствующее, в определенной жизненной ситуации, формированию условий, при которых возникает возможность причинения ему вреда противоправными действиями»³.

Из приведенного определения видно, что автор солидарен и с Л.В. Франком и с Д.В. Ривманом в признании существования «потенциальной», нереализованной виктимности, то есть виктимность, по его мнению, потенциальная способность лица, оказаться в роли жертвы преступления в результате отрицательного взаимодействия его личных качеств с внешними факторами. Преступлением лишь реализуется данное свойство, объективируется данная способность⁴.

Полублинский также считает возможным существование «невиктимных» потерпевших (жертвой преступления может быть лицо, вообще не обладающее какой-либо потенциальной виктимностью). Однако он связывает виктимность исключительно с субъективными качествами индивида, а внешним факторам отводит роль реализаторов потенциальной виктимности.

Автором третьей концепции выступает Д.В. Ривман, и именно его определение виктимности видится нам наиболее детально разработанным.

Индивидуальная виктимность, по его мнению, складывается из личностного и ситуационного компонентов, первый из которых находится в системной зависимости от второго.

¹ Ривман Д.В. О содержании понятия «виктимность». // Вопросы теории и практики борьбы с преступностью. Л., 1974. С. 18-28; Ривман Д.В. Виктимология. – С.-Пб., 2000.

² Коновалов В.П. Изучение потерпевших с целью совершенствования профилактики преступлений. С. 8.

³ Полублинский В.И. Правовые основы учения о жертве. С. 32-33.

⁴ Там же. С. 34.

«Личностный компонент индивидуальной виктимности - это способность стать жертвой в силу определенных, присущих индивиду субъективных качеств»..., иными словами «виктимная годность лица» или «виктимная способность». «Повышенная степень уязвимости за счет личностного компонента виктимности вытекает из соответствующих «виктимных предположений», то есть социальных, психологических, биофизиологических качеств, повышающих степень уязвимости индивида и проявляющихся в большей мере активно»¹. Без виктимной способности нет виктимности как таковой, поскольку даже наличие виктимной предрасположенности сводится на нет в условиях ее отсутствия. Это умозаключение можно проиллюстрировать с помощью следующего примера: даже физически слабый, находящийся в алкогольном опьянении мужчина, идущий поздно вечером по безлюдному парку, не может стать жертвой изнасилования, у него отсутствует виктимная способность стать жертвой в конкретных условиях. Связь между личностными компонентами виктимности односторонняя. Если виктимная способность может реализоваться практически при отсутствии виктимных предрасположений, то противоположный вариант реализации невозможен².

В этой связи индивидуальная виктимность – это способность, повышенная индивидуальная виктимность - сочетание способности и предрасположенности стать жертвой. Причем, способность в большей или меньшей степени усиливается наличием предрасположений. Таким образом, Ривман доказывает, что «приобрести реальную, реализованную виктимность, не будучи потенциально виктимным»,³ невозможно. В этом состоит одно из главных отличий позиции Ривмана от вышеизложенных – за счет исключительно внешних обстоятельств стать жертвой нельзя, необходима еще сумма личных качеств, определяющих способность стать жертвой. Выдвигая тезис об отсутствии «безвиктимных» потерпевших, Ривман делает вывод: «Любой индивид потенциально виктимен», но это не означает, что ему «суждено стать жертвой с неизбежностью и предопределенностью»⁴.

Ривман так же критикует Франка за то, что тот ставит свойство виктимности в зависимость от того, могла ли жертва объективно предоставить грозящую ей опасность. Франк даже дает альтернативное определение виктимности, как «неспособности избежать опасности там, где она объективно была предотвратима»⁵. Справедливости ради следует заметить, что подобная «дефиниция» - не ноу-хау Франка, он сам ссылается на К.К. Платонова, который пишет, что «как не каждый человек может хорошо петь, так и не всякий человек может ударить ножом другого. То, что В.Н. Кудрявцев называет величиной порога, преодолеваемого при совершении преступления, в системе психологических понятий и является

¹ Ривман Д.В. Виктимология. – С.-Пб., 2000. С. 43-44.

² Там же.

³ Там же. С. 44.

⁴ Там же. С. 45.

⁵ Франк Л.В. Виктимизация и виктимность. – Душанбе, 1972. С. 22.

правовыми способностями»¹, а Франк уже проводит аналогию с виктимностью, предполагая, что способность сориентироваться и принять решение, адекватное ситуации, у различных людей неодинаково. И действительно, последнее предположение сложно оспорить, однако связать виктимность с возможностью объективно предотвратить грозящую опасность можно, если понимать под виктимностью лишь реализованную преступным актом способность, либо признать потенциальную виктимность свойством некоторых (не всех) людей, а как следствие, что в том, что в другом случае мы признаем существование «невиктимного человека». И если подобное высказывание верно, то грудной ребенок невиктимен, так как его «объективная возможность противостоять преступлению» равна нулю.²

Рассмотрим данный пример подробнее. В этом случае грудной ребенок, в отношении которого совершается преступление, по мнению Франка, может попадать в категорию «невиктимных» жертв, совершение преступлений в отношении которых обусловлено внешними факторами, то есть имела место виктимогенная ситуация, и действительно можно предположить, что грудной ребенок, оставшийся без должного наблюдения со стороны лиц, на которых законом возложена обязанность по его воспитанию – это объективное условие, способствующее совершению преступления, и элемент ситуации, характеризующий ее как виктимную. Но посягательство в отношении именно этого лица произошло в силу его возрастных и психофизиологических свойств, именно эти биофизические свойства и обусловили выбор жертвы, то есть явились той виктимной способностью (годностью) лица.

Таким образом, **индивидуальная виктимность – это обусловленное наличием преступности состояние уязвимости отдельного лица, выражающееся в объективно присущей человеку (но не фатальной) способности стать жертвой преступления.** Реализованная преступным актом или оставшаяся в потенции, эта уязвимость зависит от субъективных и объективных предрасположений и, в конечном счете, как неспособность противостоять преступнику, определяемая совокупностью факторов, делающих ее объективной (не зависящей от жертвы) или оставляющих ее на уровне субъективного «нежелания или неумения»³.

Виды виктимности. Разные авторы предлагают классифицировать виктимность по различным основаниям. Учебник «Криминологии» под редакцией А.И. Долговой выделяет виктимность личностную, ситуативную и ролевую⁴. Основанием этой классификации фактически выступает некая область сосредоточения виктимной способности (годности).

В первом случае виктимна сама личность, а точнее, ее личностные качества, свойства и особенности характера (беспечность, легкомыслие, доверчивость и так далее).

¹ См.: Платонов К.К. Правовые способности как проявление правосознания. - М., 1971.

² Ривман Д.В. Виктимология. – С.-Пб., 2000. С. 45.

³ Там же. С. 46.

⁴ Криминология. Учебник под ред. А.И. Долговой. - М., 1999.

Во втором виктимная потенция сосредоточена в окружающей обстановке, внешней среде, создающей благоприятные условия для преступного посягательства, например: темный, неосвещенный парк или иной социально не обустроенный объект.

Ролевая виктимность – это виктимность, присущая не личности, а той социальной роли, которую она исполняет в обществе. Социально-ролевой подход стал популярен в криминологии в 70-х гг., хотя применялся и ранее. Существует несколько подходов к пониманию социальной роли¹, в данном случае мы исходим из нормативного понимания социальной роли как совокупности требований, предъявляемых к лицу, занимающему определенную позицию. Социальная позиция, в свою очередь, – своеобразный узел взаимоотношений в социальной системе. Таким образом, виктимная способность лица сосредоточена, к примеру, в его профессиональной деятельности (посягательство на жизнь председателя кредитной комиссии банка в связи с отказом в выдаче кредита). Аналогичная классификация содержится в трудах Л.В. Франка. Он пишет, что «виктимность возникает в следствие их же» жертв «поведения, но нередко отдельное лицо может стать виктимным, не давая никакого повода для преступления, а только лишь в силу сообщения ему определенной социальной роли (инкассатор, сторож, дружинник) или вследствие его статуса, даже неосознанного (новорожденный и тому подобное)»². В.В. Коновалов выделяет следующие компоненты виктимности: личностно-психологическую и ролевую.

Важность классификации виктимности по данному основанию неоспорима, поскольку позволяет четко определить круг жертв, обладающих теми или иными виктимными потенциями для проведения целенаправленных профилактических мероприятий. Однако предложенные варианты классификации затруднительны для практического применения, так как:

а) не содержат все элементы деления и, как следствие, не отражают все стороны исследуемого явления³;

б) трактовка терминов неоднозначна, и, как следствие, на практике сложно разграничить один вид виктимности от другого.

А именно, личность принято определять как социальное лицо человека, то есть как совокупность его социальных качеств, однако многие социально значимые свойства личности рассматриваются в рамках ролевой виктимности. Биологические или биофизические потенции виктимности (пол, возраст, состояние здоровья и тому подобное) фактически могут быть рассмотрены как в первом (личностной), так и во втором (ролевой) виде виктимности, так как любой биологический признак формирует совокупность социальных правомочий лица – его социальный статус. Такие параметры, как особенности психики (темперамент, особенности характера и

¹ См.: Там же. С. 282.

² Франк Л.В. Виктимизация и виктимность. – Душанбе, 1972. С. 22.

³ Согласно законам логики, классификация как логический прием предполагает перечисление всех элементов деления по единому основанию.

тому подобное) традиционно рассматривают в рамках личностной виктимности, поскольку даже в медицине нет единого взгляда на их природу.

Нам представляется целесообразным выделить биофизические свойства личности в отдельный вид – биологическую (биофизическую) виктимность. Это позволит составить портрет потенциальной жертвы определенных преступных посягательств. Так, различные виды сексуальных парафилий предполагают различные биофизические признаки жертв. Виктимологическая профилактика изнасилований должна быть ориентирована на представительниц женского пола, профилактика педофилии – на охрану малолетних и т.п. Данный вид виктимности фактически закладывает основы проведения типологии жертв в зависимости от формы преступного посягательства.

Таким образом, под биологической (биофизической) виктимностью понимается совокупность физиологических признаков (пол, возраст, физическая форма, физическое состояние, состояние здоровья, в том числе патологические состояния организма и т.д.) человека, обуславливающих способность стать жертвой конкретного преступного посягательства.

Следующую совокупность виктимных потенций составляют психологические особенности личности жертвы: темперамент, определенные черты характера – например: легкомысленность, доверчивость, ограниченность познания. Их наличие у человека может быть обусловлено как биологическими задатками, так и недостатками социализации, но, независимо от этого, они составляют самостоятельный вид виктимности – психологическую или личностно-психологическую. Фактически оба вышеизложенных вида виктимности могут быть объединены в одну группу – личностную.¹

Кроме того, представляется обоснованной необходимость выделения еще одной группы виктимных потенций. Дело в том, что иногда, казалось бы, ни чем не примечательные факторы могут детерминировать выбор жертвы конкретного преступного посягательства. Особенно это актуально для серийных преступлений (которые характеризуются высоким уровнем общественной опасности), когда преступник, руководствуясь субъективной мотивацией, выбирает жертву, исходя из ее внешнего облика (например: красные колготки, выкрашенные в светлый цвет волосы и т.д., история мировой преступности знает тому множество примеров). Эти виктимогенные свойства могут именоваться «субъективной» виктимностью (преступник – субъект преступления, отбор подобных признаков обусловлен его субъективным восприятием).

Субъективная виктимность – совокупность свойств человека, обуславливающих его объективный выбор в качестве жертвы конкретным преступником. На практике огласка субъективно-виктимогенных признаков жертвы может служить хорошим средством профилактики преступности,

¹ Мы не отходим от традиционного термина, однако в данном случае под личностью мы понимаем качества человека, которые составляют его индивидуальность, его психологическое восприятие другими людьми.

однако возникает проблема соотношения приоритетов – предотвратить преступление или изобличить преступника, так как огласка подобных сведений может идти в разрез с интересами следствия. Поэтому подобный вопрос должен решаться в каждом конкретном случае.

Ролевая виктимность понимается как сосредоточение виктимных потенций в профессиональной деятельности (банкир, следователь и так далее); социальном статусе (пенсионер, студент и т.д.); социальной роли (супруг, маргинал, проститутка и т.п.). Как и ролевая виктимность, ситуативная виктимность понимается нами традиционно, и ее содержание изменений не претерпевает.

Вышеперечисленные виды виктимности могут быть сгруппированы двояко.

Во-первых, если основанием классификации выступает объект (сфера сосредоточения) виктимных свойств, то виктимность делится на: личностную (которую, в свою очередь, можно подразделить на биофизическую и психологическую), ролевую, ситуативную и субъективную.

Во-вторых, можно выделить виды виктимных потенций или виктимных способностей: биофизические, психологические, ролевые, субъективные. Ситуативная виктимность в данном случае остается за рамками классификации, так как, по Ривману, относится к разряду виктимных предрасположенностей, объективирующих виктимную способность.

Анализ показывает, что фактически мы имеем дело не с классификацией, а с типологией и рассматриваем не виды виктимности, а типы виктимных потенций.

Другой подход к классификации виктимности был предпринят В.Н. Полублинским, он выделяет виктимность индивидуальную, массовую, групповую и видовую¹. Но наиболее полно он разработан в трудах Д.В. Ривмана

Прежде всего, Ривман выделяет виктимность индивидуальную и массовую не как элементы одной классификации, а как качественно различные понятия. Аналогичное умозаключение встречается и у Франка. По его мнению, «понятие виктимности, как и преступности, может иметь двоякий смысл: обозначить и определенное явление, и образ действия отдельного лица». Виктимность как явление представляет собой динамическую категорию и, в принципе, поддается прогнозированию². Солидарны с Ривманом и Г.А. Аванесов³ и Ю.М. Антонян⁴.

Курс советской криминологии подверг критике выделенный Д.В. Ривманом «ряд... качественно неоднородных понятий»⁵ названных массовой

¹ Полублинский В.И. Правовые основы учения о жертве преступления. - Горький, 1979. С. 36.

² Там же. С. 19. Однако под первым значением виктимности он понимает скорее виктимизацию на массовом уровне, которую в определенном смысле допускает именовать «виктимностью на социальном уровне» в работах 1971, 1972 гг.; Там же. С. 108.

³ Аванесов Г.А. Криминология, прогностика, управление. - Горький, 1979. С. 53.

⁴ Криминология. Учебник под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова - М., 2005.

⁵ Курс советской криминологии. Т. 1. С. 177.

виктимностью. В настоящее время не вызывает сомнений необходимость изучать социальное явление виктимности на массовом уровне наряду с преступностью, и проводимые по всему миру исследования и виктимологические опросы, а также изменения в статистическом учете, направленные в том числе и на расширение количества показателей о потерпевшем, еще раз это доказывают.

Индивидуальная виктимность выступает как элемент массовой виктимности. Соотношение массовой и индивидуальной виктимности фактически аналогично соотношению преступности и преступления. Эти два понятия различаются качественно и соотносятся как отдельное и общее. Массовая виктимность - всегда виктимность реализованная. Это массовое социальное явление включает в себя три компонента:

- совокупность потенциалов уязвимости реально существующих у населения в целом и отдельных его групп (общностей);

- деятельный, поведенческий компонент, который выражен в совокупности актов опасного для действующих индивидуумов поведения (позитивного, негативного, толкающего на преступление или создающего способствующие условия);

- совокупность актов причинения вреда, последствий преступлений, то есть реализация виктимности, виктимизации (виктимность-результат)¹.

С появлением синергетики (учение о системном устройстве мира) на многие явления взглянули с точки зрения системных позиций. И если предположить, что все общество – большая социальная система, то виктимность будет выступать элементом подсистемы «преступность». В свою очередь, элементы подсистемы «виктимность» (виды виктимности) как бы накладываются на элементы системы «преступность» в той ее части, которая связана с механизмом причинения вреда преступным посягательством. Массовая виктимность характеризуется состоянием, уровнем, структурой и динамикой.

Таким образом, массовая виктимность – это отражающее состояние общества, связанное с преступностью исторически изменчивое социальное явление – выражается в совокупности всех жертв и актов причинения вреда преступлениями физическим лицам на определенной территории в определенный период времени и общих для населения и отдельных его групп потенциалов уязвимости реализующихся в массе разнохарактерных индивидуальных виктимных проявлений, в различной степени детерминирующих совершение преступлений и причинение вреда.²

Кроме индивидуальной и массовой виктимности, в рамках данной классификации выделяют:

- виктимность групповую - виктимность отдельных групп населения, категорий людей, сходных по параметрам виктимности;

¹ Ривман Д.В. Виктимология. – С.-Пб., 2000. С. 46.

² Там же. С. 53.

- объектно-видовую виктимность – виктимность как предпосылка и следствие различных видов преступлений;

- субъективно-видовую виктимность – виктимность как предпосылка или следствие преступлений, совершаемых различными категориями преступников¹.

ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ТЕХНИКО-КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Чикава И.В. – преподаватель кафедры уголовного процесса и криминалистики, зав. криминалистической лабораторией

Российское государство, возложив на правоохранительные органы задачу борьбы с преступностью, предоставило им также определенные средства для ее осуществления. Эти средства подразделяются на три основные группы: правовые, оперативно-розыскные, научно-технические.

Настоящая работа посвящена только одной из групп названных средств – технико-криминалистическим. Этот выбор обусловлен все возрастающей их значимостью в борьбе с преступностью, постоянным расширением арсенала, наличием серьезных недостатков в организации их внедрения и использования.

В условиях, когда преступность приобретает все более организованные формы, и тяжкие преступления нередко совершаются хорошо законспирированными и прекрасно оснащенными преступными группами, эффективная борьба с ними стала невозможной без применения самых совершенных технических средств. Проблема заключается в том, чтобы поставить рассматриваемую деятельность под строгий контроль закона.

Актуальным является вопрос о законодательном регулировании использования технических средств.

Под правовым обеспечением как элементом технико-криминалистического обеспечения следует понимать правовое регулирование важнейших вопросов применения криминалистической техники в следственной деятельности. В уголовно-процессуальном законодательстве отсутствует специальная норма, которая определяла бы правовые основы применения научно-технических средств. В целом в уголовно-процессуальном законодательстве нет единого принципа использования понятий, относящихся к техническим средствам, применяемым в уголовном судопроизводстве.

В литературе высказывалось мнение о необходимости перечисления в законе всех научно-технических средств, приемов и методов, которые могут

¹ Ривман Д.В. Виктимность как социальное явление. // Вопросы профилактики преступлений. - Л., 1976. С. 118.

быть использованы при расследовании и раскрытии преступлений.¹ Это касается в первую очередь новых научно-технических средств работы с доказательствами, технических средств и приемов, которые могут быть использованы при производстве следственных действий. Вместе с тем в законе невозможно предусмотреть все приемы и средства работы с доказательствами ввиду их постоянного совершенствования и обновления. Р.С. Белкин по этому поводу пишет: «Ни закон, ни подзаконные акты не могут дать исчерпывающего перечня тех технических средств и технических приемов, которые используются или могут применяться с целью раскрытия и расследования преступления. Не могут содержать они и всеобъемлющих указаний на порядок применения этих средств и приемов».² Объясняя свою позицию, он подчеркивает, что любая попытка привести в одной правовой норме или даже системе правовых норм исчерпывающий перечень технических средств или тактических приемов может затормозить процесс развития, совершенствования и расширения научных основ раскрытия и расследования преступлений. Невозможно это сделать, по его мнению, и с точки зрения законодательной техники в силу хотя бы того объема, который имел бы этот перечень. С учетом сказанного, Р.С. Белкин предлагает законодательно закрепить лишь принцип допустимости применения в уголовном судопроизводстве технических средств и технических приемов расследования. «Допустимость как принцип применения технических средств и тактических приемов, - подчеркивает он, - заключается в том, что по своему характеру, содержанию и целенаправленности эти средства и приемы должны полностью соответствовать духу и букве закона, а их применение – требованиям законности».

Имеющийся в настоящее время подход, в соответствии с которыми к уже перечисленным в законе техническим средствам периодически, по мере их появления добавляются все новые и новые, может быть оценен с критической точки зрения, так как он закладывает принципиальное отставание уголовно-процессуального законодательства от уровня развития науки и техники.

С введением в действие нового УПК РФ существенно расширились возможности применения технических средств при производстве следственных действий. Так, если в УПК РСФСР было 11 статей, в соответствии с которыми допускалось использование технических средств при осуществлении отдельных следственных действий, то в УПК РФ их стало 24. Некоторые из них носят принципиально новый характер и значительно расширяют нормативную базу и область применения технических средств в сфере уголовного судопроизводства.

В ст. 81, 164, 166, 170, 177-181, 183-186, 189, 190 УПК РФ и других определяются отдельные приемы и способы фиксации вещественных

¹ Менькин И.В. О доказательственном значении аудио- и видеозаписей в уголовном процессе. // Журнал российского права. №9. 2001. С. 43.

² Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Т. 1. - М., 1977. С. 219-220.

доказательств, обстановки места происшествия и общие правила производства следственных действий. Эти нормы предоставляют возможность в необходимых случаях использовать те или иные технические средства.

В УПК РФ закрепились понятия фотографирования, киносъемки, аудио- и видеозаписи, применяемых при производстве процессуальных действий (ст. 166, 179, 189, 190, 192, 217, 241, 259, 276, 281). Предусмотрена возможность использования участниками процесса технических средств для снятия копий с материалов уголовных дел (ст. 42, 47, 53, 54, 217, 437). Закреплено понятие «иные документы», к которым теперь отнесены материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации (ст. 84).

Новый УПК допускает возможность замены реальных вещественных доказательств их образами, запечатленными на видео- и киноленту (ст. 82), производство, в особых случаях следственных действий, без участия понятых, но при фиксации его хода и результатов с помощью технических средств (ст. 170). В УПК РФ впервые включено понятие «видеоконференц-связи» (ст. 376).

Все перечисленные новеллы УПК РФ, несомненно, относятся к числу прогрессивных. В то же время при всем разнообразии понятий, определяющих технические средства, используемые в ходе производства следственных действий, в новом УПК не произошло революционных изменений в отношении их места в раскрытии и расследовании преступлений. Увеличено количество их упоминаний, расширен перечень уже известных технических средств, используемых в уголовном процессе, однако, общая концепция введения их в сферу уголовного судопроизводства в новом УПК осталась прежней.¹

Применение указанных в законе технических средств в уголовном процессе носит вспомогательный характер и лишь дополняет письменные протоколы следственных действий. Вместе с тем, остались недостаточно проработанными вопросы регламентации использования в уголовном процессе некоторых из перечисленных технических средств.

Например, закрепление в ст. 84 понятий «фото-, киносъемки», «аудио- и видеозаписи» не привело к включению УПК РФ понятий «фоноскопической» и «видеоскопической» экспертиз, которые выступают неотъемлемой частью процессуального закрепления аудио- и видеозаписей, а их заключения являются доказательствами по делу.

Понятие «специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации» в УПК РФ отсутствует, хотя они являются неотъемлемой частью оперативно-розыскной деятельности, в ходе которой с их помощью могут быть получены сведения, подлежащие доказыванию.

¹ Федюнин А.Г. Понятие технических средств в современном Уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации. // Юрист-Правовед. 2005. №1 (12). С. 37.

Применение отдельных видов технико-криминалистических средств предусматривается не только в УПК РФ, но и в некоторых других законодательных актах. Например, Закон о милиции (п. 15 ст. 11) разрешает проводить регистрацию, фотографирование, кино и видеосъемку, дактилоскопирование и ряд других действий в отношении лиц, заключенных под стражу, задержанных по подозрению в совершении преступления или занятии бродяжничеством, обвиняемых в совершении умышленных преступлений, подвергнутых административному аресту, а также подозреваемых лиц при невозможности установления их личности.

Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (п. 14 ст. ст.6) разрешает также проводить в ходе оперативно-розыскных мероприятий видео и аудиозапись, кино и фотосъемку, не наносящие вред окружающей среде, и не угрожающие безопасности граждан.

Введение в действие нового УПК РФ и, в частности ст. 186, регламентирующей контроль и запись переговоров, во многом определило пределы дискуссий, которые велись при обсуждении проекта УПК РФ специалистами в области уголовного процесса и криминалистики.¹

Целесообразность закрепления подобной новеллы в уголовно-процессуальном законодательстве ставились под сомнение некоторыми учеными-процессуалистами. С.А. Шейфер, например, полагает, что система следственных действий не может пополняться новыми элементами за счет придания процессуальной формы оперативно-розыскным мероприятиям, и что прослушивание телефонных и иных переговоров было и остается типичным оперативно-розыскным мероприятием.²

В отличие от ранее действовавшего уголовно-процессуального законодательства, новый УПК РФ запрещает принимать решение о контроле и записи переговоров оперативным работникам и дознавателям, а также по уголовным делам, не относящимся к категории тяжких и особо тяжких, или вне производства по уголовному делу. Тем самым в корне меняется содержание работы следователя и его взаимодействия с оперативными работниками. Научная задача на данном этапе – выработка рекомендаций по тактике контроля и записи переговоров.

Первоначально, в 1990 г., законодатель посчитал, что санкционировать постановление следователя или органа дознания о прослушивании переговоров правомочны и прокурор, и суд. Однако, положения ст. 23 Конституции РФ, принятой в 1993 г., а также ряд федеральных законов, развивающих эти положения, трактуют вопрос о санкционировании прослушивания телефонных переговоров однозначно: разрешать проведение данного следственного действия может только суд, что и нашло отражение в УПК РФ.

¹ Халтурин А.Н., Цветков С.И. Вопросы тактики контроля и записи переговоров. // Вестник Московского Университета. Сер. 11. Право. 2003. №4. С. 82.

² Шейфер С.А. Доказательственные аспекты закона об оперативно-розыскной деятельности. // Государство и право. 1994. №1. С. 94.

Статья 186 УПК РФ допускает контроль и запись не только телефонных, но и иных переговоров. Законодатель не уточняет, что он имел в виду под термином «иные переговоры». Ряд ученых, в частности, В. Быков, предлагают «иные переговоры» трактовать как переговоры, которые ведутся по радиосвязи, мобильным телефонам, и как передачу информации на пейджер, по телетайпу, факсу и электронной почте.¹

В ст. 166 УПК РФ указано, что к протоколу следственного действия могут прилагаться «фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы допроса, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации». Очевидно, что данный перечень является вполне конкретным и исчерпывающим и, с точки зрения строгого следования букве УПК, не допускает приложения к протоколу следственного действия других носителей информации.

Таким образом, может возникнуть вполне разумный вопрос: можно ли, например, прилагать к протоколу следственного действия видеозапись, находящуюся на компакт-диске, или звукозапись, сделанную на цифровом диктофоне?

Вместе с тем даже из названий перечисленных в УПК РФ технических средств видно, что все они предназначены для одной цели – фиксации и сохранения сведений, имеющих значение для дела, т.е. являются средствами фиксации и хранения информации, которая может быть подразделена на аудиальную (звуковую), визуальную (зрительную) или аудиовизуальную.

Что касается компьютерной информации, упоминания о которой все чаще встречаются в научной литературе, то для уголовного судопроизводства она может представлять интерес только в перечисленных видах, и говорить нужно не о компьютерной информации, само по себе понятие которой достаточно неопределенно, а об информации, содержащейся на носителях, которые применяются в компьютерной технике.²

Стоит заметить, что технический прогресс идет путем массового внедрения высоких технологий во все сферы жизнедеятельности, и те, носители, которые сначала использовались только в компьютерной технике, сейчас активно применяются в бытовой аудио-, фото- и видеоаппаратуре. Поэтому говорить о том, чем и на чем записана информация, сейчас не имеет никакого смысла. Вопрос может состоять только в том, какая информация записана, можно ли ее воспроизвести, проверить, оценить и сохранить необходимое время с помощью технических средств, имеющихся в распоряжении участников уголовного процесса.

Касаясь данной проблемы, А.А. Леви и Н.А. Селиванов пришли к аналогичному выводу о необходимости формулировки универсальной уголовно-процессуальной нормы, определяющей наиболее общие подходы к

¹ Быков В. Контроль и запись телефонных и иных переговоров. // Законность. 2001. №10. С. 12-14.

² Федюнин А.Г. Понятие технических средств в современном Уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации. // Юрист-Правовед. 2005. №1 (12). С. 38.

вопросу использования современных технических средств при расследовании преступлений. Отмечая, что технические средства, базирующиеся на подлинно научной основе, сами по себе не могут быть законными или незаконными (в отличие от способов и методов их применения), А.А. Леви предложил проект нормы УПК, унифицирующей статус применения всех видов технических средств в уголовном процессе: «Следователь, вызванный им специалист или участвующий в следственном действии эксперт в целях собирания, проверки и оценки доказательств, а также фиксации хода следственного действия могут использовать научно-технические средства, соответствующие современным достижениям науки и техники, не нарушающие установленные законом права граждан, безопасные для их жизни и здоровья, не унижающие чести и достоинства, не вызывающие изменения объектов, к которым они применяются, и способствующие получению достоверных результатов».¹

У такого подхода есть как сторонники, так и противники. Например, М.А. Сильнов указывает на ряд проблем, которые могут возникнуть при использовании в уголовном процессе средств аудиовизуальной фиксации информации, основанных на цифровых методах обработки сигнала. По его мнению, такие системы, являющиеся разновидностью компьютерной техники, позволяют значительно изменять характеристики и параметры фиксируемых объектов во время съемки и, таким образом, легко фальсифицировать материалы уголовного дела.²

Но, как представляется, отказ применения технических средств на основании того, что получаемые результаты могут быть фальсифицированы, не может быть признан обоснованным, поскольку с применением современных технологий можно фальсифицировать любые материалы (одни проще, другие труднее – было бы желание). Можно сказать, что здесь нельзя бояться применения нового, а необходимо выработать такой порядок получения и проверки сведений, имеющих значение для дела, при котором любые незаконные действия с ними стали бы бессмысленными. А.Е. Федюнин предлагает закрепить в уголовно-процессуальном законе обязательность проведения экспертизы материалов, полученных при помощи технических средств фиксации информации и приобщаемых к уголовному делу в качестве доказательств, а также ряд других мер.³

Среди наиболее интересных и актуальных разработок следует выделить системы видеоконференцсвязи, возможность применения которых сейчас закреплена в ч. 3 ст. 376 УПК РФ.

¹ Леви А.А. Объективизация доказывания на предварительном расследовании как одно из средств обеспечения прав и законных интересов его участников. // Участники уголовного процесса и прокурорский надзор за обеспечением органами расследования их прав и законных интересов: Методическое пособие. - М., 1995.

² Сильнов М.А. Вопросы прокурорского надзора за использованием технических средств при производстве следственных действий. - М.: ИПК ГП РФ, 2002. С. 46.

³ Федюнин А.Г. Понятие технических средств в современном Уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации. // Юрист-Правовед. 2005. №1 (12). С. 38.

Включение в УПК новеллы о возможности использования систем видеоконференцсвязи при рассмотрении кассационных жалоб или представлений на приговор суда обусловлено рядом объективных причин и является тем случаем, когда применение в судопроизводстве технических средств служит решению возникших организационных, финансовых и процессуальных проблем.¹

Как известно, УПК РСФСР не предусматривал нормы об обязательном участии осужденного в заседании суда кассационной инстанции, а вопрос о вызове содержащегося под стражей лица разрешался по собственному усмотрению суда (ч. 2 ст. 335 УПК РСФСР). Данное правило позволяло суду отказать осужденному к лишению свободы в ходатайстве об участии в кассационном заседании.

Применение современных технологий позволило многократно снизить расходы, связанные с доставкой осужденных в залы судебных заседаний, повысить уровень безопасности участников процесса, улучшить оперативность судопроизводства.

Однако юридическая сторона рассматриваемого вопроса все же вызывает у ряда авторов определенные замечания.

Так, Л. Алексеева отмечает, что при рассмотрении дел в кассационном порядке могут возникнуть проблемы, когда суд выходит за рамки принесенных жалоб и представлений, а также если непосредственно в кассационную инстанцию представляются дополнительные материалы, которые могут оказать влияние на решение суда и должны быть предоставлены всем участникам процесса для ознакомления.² Поэтому, по мнению автора, правильно поступают те суды, которые используют системы телекоммуникации только при согласии осужденного. Следующая проблема может состоять в том, что осужденный, согласившийся на дистанционный способ общения с судом, в результате заявил, что он не смог должным образом изложить суду свою позицию по всем аспектам дела. Это может произойти не только из-за технических дефектов связи, но и в силу психологических особенностей осужденного, отсутствия у него навыков общения через телекоммуникацию и возможности непосредственного общения с адвокатом.

Как видно, указанный аспект использования видеоконференцсвязи, с правовой точки зрения, остается спорным. Следует заметить, что нормативное дозволение на использование телекоммуникационного способа общения осужденного с судом имеется только на кассационной стадии уголовного процесса (ч. 3 ст. 376 УПК РФ). Причем, буквальное толкование этой нормы позволяет суду кассационной инстанции применять видеоконференцсвязь лишь в отношении лиц со статусом осужденного и только при поступлении жалобы или представления на приговор суда.

¹ Терехин В.А., Федюнин А.Е. Видеоконференцсвязь в современном российском судопроизводстве. // Российская юстиция. №1. 2006. С. 22.

² Алексеева Л. Видеоконференцсвязь в суде: технические проблемы решены, остались процессуальные. // Российская юстиция. 2000. №6. С. 12.

Подобная редакция статьи порождает закономерные вопросы. Например, возможно ли использование на этой стадии режима телекоммуникации при рассмотрении жалобы или представления постановления судьи об избрании в отношении подозреваемого (обвиняемого) меры пресечения в виде содержания под стражей? Допустимо ли рассмотрение иных жалоб лиц, находящихся под стражей, на судебные акты, принятые в порядке ст. 125 УПК РФ? Судебная практика отвечает на поставленные вопросы положительно.

Вопрос о субъектах применения технических средств фиксации законодателем решается достаточно полно. Производство следственных действий возлагается на органы дознания (ст. 40, 41 УПК), следователя (ст. 38 УПК РФ), прокурора (ст. 37 УПК РФ), соответственно, при производстве которых они могут применять технические средства фиксации. Технические средства фиксации могут применяться и судом для запечатления хода и результатов судебного разбирательства (ст. 259 УПК РФ). Из ряда других статей усматривается, что таковыми являются также специалисты и эксперты.

В заключение можно сказать, что УПК РФ содержит достаточное количество норм, в которых имеется данная дефиниция, однако в ст. 5 «Основные понятия...» оно не предусмотрено.

Проблемы, связанные с применением специальных технических средств в деятельности правоохранительных органов приобрели в настоящее время исключительную актуальность. В сложившихся условиях эффективное осуществление правоохранительной деятельности невозможно без использования специальных технических средств на всех стадиях противодействия преступным проявлениям, от охраны общественного порядка и профилактики преступлений до проведения оперативно-розыскных мероприятий, следственных действий и представления полученных материалов в суд.

Представляется, что современные технологии следует активно внедрять в уголовное судопроизводство, причем использовать их на всех стадиях расследования и судебного рассмотрения уголовных дел.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПО ДЕЛАМ О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ ПРОТИВ ИНТЕРЕСОВ СЛУЖБЫ

*Шнитенков А.В. – доцент кафедры уголовного права и криминологии,
к.ю.н.*

Преступления должностных лиц занимают важное место в структуре Особенной части УК РФ. Изучение судебной практики по применению норм о таких преступлениях представляет несомненный интерес, поскольку позволяет выяснить социальную обусловленность данных норм,

обоснованность их конструкций, выявить проблемы, с которыми сталкиваются суды при квалификации предусмотренных ими преступлений и предложить пути их решения. С этой целью было проведено изучение архивных уголовных дел о преступлениях против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления (ст.ст. 285-293 УК РФ) и преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях (ст.ст. 201-204 УК РФ), рассмотренных судами Оренбургской области и Оренбургским гарнизонным военным судом за период 1998-2005 гг.

Проведенное исследование показало, что суды в целом дают правильную юридическую квалификацию таких общественно опасных деяний, всесторонне, полно и объективно исследуют обстоятельства совершенных преступлений, в соответствии с законом назначают осужденным наказание.

Вместе с тем, в целях обеспечения правильного и единообразного применения законодательства, предусматривающего ответственность за названные преступления, хотелось бы обратить внимание на ряд важных моментов.

1. В соответствии с примечанием 1 к ст. 285 УК РФ, должностными лицами признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, а также в Вооруженных Силах РФ, других войсках и воинских формированиях РФ. При привлечении к уголовной ответственности за преступления, субъектом которых является должностное лицо, суды должны руководствоваться названным определением и в приговоре аргументировать свой вывод о том, что подсудимый – должностное лицо. Изучение судебной практики показало, что на указанное обстоятельство не всегда обращается внимание, следствием чего является неверное применение уголовного закона.

Например, стажеры на должность сотрудников милиции Ф. и А. в своем служебном кабинете по собственной инициативе стали опрашивать С. - очевидца разбойного нападения. Понуждая его к даче признательных показаний, они поставили С. коленями на стул, завели руки за спину, надели наручники и стали избивать, причинив ему телесные повреждения. По приговору суда деяния А. и Ф. были квалифицированы соответственно по ст.ст. 115 и 116 УК РФ¹. Суд не признал их должностными лицами, сославшись на Инструкцию о порядке применения положения о службе в органах внутренних дел, утвержденную приказом МВД России №1038 от 14 декабря 1999 г.², которая запрещает участие стажера в оперативных мероприятиях, когда его самостоятельные действия могут привести к

¹ Архив Промышленного районного суда г. Оренбурга, 2002 г. Уголовное дело №1-692.

² См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2000. №17.

нарушению законных интересов граждан. Принятое решение и аргументы, положенные в его основу, нельзя признать состоятельными. В статье 12 Положения о службе в органах внутренних дел РФ от 23 декабря 1992 г.¹ прямо говорится о том, что во время испытательного срока стажер выполняет обязанности и пользуется правами сотрудника органов внутренних дел в соответствии с занимаемой должностью. Сотрудник милиции, исходя из делегированных ему полномочий, несомненно, – представитель власти. В связи с этим необходимо обратить внимание на то, что в п. 1 постановления №6 Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» стажеры органов милиции отнесены к должностным лицам.

Суды не всегда правильно трактуют содержание функций, которыми обладает должностное лицо. Необходимо отметить, что функции представителя власти легально разъясняются в примечании 1 к ст. 318 УК РФ, а толкование организационно-распорядительных и административно-хозяйственных функций дается в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе».

Так, в приговоре по делу С., осужденного по ч. 2 ст. 290 УК, отмечается, что он, работая заместителем директора по воспитательной работе сельскохозяйственного колледжа, являлся должностным лицом, «имея полномочия в силу своего служебного положения на принятие решений о наложении на студентов дисциплинарных взысканий и по обеспечению действенной работы колледжа по профилактике правонарушений...»². Вопрос о том, о какой разновидности функций должностного лица идет речь, остался без ответа. Между тем, приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым (ч. 1 ст. 296 УПК РФ). Пленум Верховного Суда РФ в п. 8 постановления №1 от 29 апреля 1996 г. «О судебном приговоре» небезосновательно указывает, что «в приговоре необходимо мотивировать выводы суда относительно квалификации преступления по той или иной статье уголовного закона, его части либо пункту».

В другом случае оперативные уполномоченные уголовного розыска Дзержинского РОВД г. Оренбурга Т. и К. в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении Н. и В., превысив должностные полномочия, применили насилие к Н., причинив тяжкий вред его здоровью. В приговоре суд указал, что К. и Т., являясь работниками уголовного розыска, обладали организационно-распорядительными функциями³. Очевидно, что судом допущена ошибка в интерпретации прав, предоставленных оперативным уполномоченным уголовного розыска как относящихся к организационно-распорядительным функциям. Т. и К. выполняли функции представителей власти, ибо были наделены

¹ См.: Ведомости съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. №12. Ст. 70.

² Архив Оренбургского районного суда, 1998 г. Уголовное дело №1-504.

³ Архив Дзержинского районного суда г. Оренбурга. 2000 г. Уголовное дело №1-572.

распорядительными полномочиями в отношении граждан, не находящихся от них в служебной зависимости.

Аналогичная ошибка допущена при рассмотрении другого уголовного дела. Так, А. – младший инспектор отдела режима и охраны Учреждения ИЗ 54/1 г. Оренбурга в целях сбыта осужденным наркотических средств пронес их на территорию исправительной колонии, где и был задержан. В приговоре указано, что А. «отнесен к должностным лицам, наделенным организационно-распорядительными полномочиями, в связи с которыми пресекает преступления среди осужденных, следит за выполнением осужденными правил режима и внутреннего распорядка. То есть он является представителем власти»¹.

Признание военнослужащего субъектом преступления против интересов государственной службы также должно основываться на строгом соответствии его признаков определению должностного лица, содержащемуся в примечании 1 к ст. 285 УК РФ. Отсюда следует, что в описательно-мотивировочной части приговора должны быть четко названы и установлены те признаки, наличие которых послужило основанием для отнесения военнослужащего, совершившего преступление, к числу должностных лиц. На этот момент обращает внимание Пленум Верховного Суда РФ в п. 3. постановления от 10.02.2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе». Однако только в одном из изученных приговоров военный суд указал, что подсудимый, занимая должность командира роты, являлся воинским должностным лицом, выполнявшим организационно-распорядительные функции по отношению к своим подчиненным. В остальных изученных приговорах военный суд ограничивался лишь указанием о том, что подсудимый являлся начальником по должности и воинскому званию или только начальником по воинскому званию, оставляя без рассмотрения вопрос о виде выполняемых функций. Представляется, что такая аргументация не в полной мере соответствует примечанию 1 к ст. 285 УК РФ, на основании которого требуется в обязательном порядке установить, что военнослужащий, совершивший должностное преступление, выполнял хотя бы одну из перечисленных функций (организационно-распорядительные, административно-хозяйственные или функции представителя власти) постоянно, временно или по специальному полномочию.

Еще одной важной составляющей определения должностного лица является вид организации, в которой выполняются соответствующие функции. В примечании 1 к ст. 285 УК законодатель четко указал, что такие функции могут выполняться только в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, Вооруженных Силах РФ, других войсках и воинских формированиях РФ. Вместе с тем в отдельных случаях на этот момент не обращается должного внимания.

¹ Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. 1998 г. Уголовное дело №1-360.

Так, по приговору Оренбургского районного суда наряду с другими преступлениями за должностной подлог была осуждена П. – старший бухгалтер расчетного отдела бухгалтерии государственного унитарного авиапредприятия. Признавая П. должностным лицом, суд сослался лишь на то, что она «имела в своем подчинении определенный круг лиц, руководила их деятельностью, организовывала их работу, выполняла организационно-распорядительные функции»¹. Вопрос об организационно-правовой форме организации и ее влиянии на квалификацию преступления в приговоре не рассматривался. Между тем в ч. 1 ст. 113 ГК РФ указывается, что унитарное предприятие – это коммерческая организация. Таким образом, лица, выполняющие в подобной организации управленческие функции, могут являться субъектами преступлений, предусмотренных в гл. 23 УК РФ «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях».

2. Одним из квалифицирующих признаков составов преступлений против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления является совершение данных преступлений лицом, занимающим государственную должность РФ. Изучение судебной практики показывает, что некоторые суды испытывают затруднения в уяснении содержания этого квалифицирующего признака.

Так, Центральным районным судом г. Оренбурга лейтенант милиции Ш. был осужден по п. «а» ч. 3 ст. 286 УК РФ. Как указано в приговоре, «он занимал государственную должность РФ — инспектора-дежурного медвытрезвителя»².

В этой связи необходимо подчеркнуть, что в настоящее время в Указе Президента РФ от 11.01.95 №32 «О государственных должностях Российской Федерации» утвержден исчерпывающий Сводный перечень таких должностей. На его основе следует решать вопрос о том, занимает ли лицо государственную должность РФ. В частности, перечнем не предусмотрена должность инспектора-дежурного медвытрезвителя.

3. Неоднозначно квалифицируется превышение должностных полномочий, сопровождавшееся применением насилия, выразившегося в причинении тяжкого вреда здоровью потерпевшего.

Так, например, в приговоре по уголовному делу Ж. военный суд указал, что исключает из обвинения Ж. п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ, поскольку по смыслу закона причинение тяжкого вреда здоровью охватывается п. «а» ч. 3 ст. 286 УК РФ и дополнительной квалификации по п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ не требует³.

Нередко указанные действия квалифицируются по п.п. «а» и «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ. Например, в приговоре по уголовному делу в отношении М. отмечается, что его действия, связанные с применением насилия (тяжкого

¹ Архив Оренбургского районного суда. 1999 г. Уголовное дело №1-53.

² Архив Центрального районного суда г. Оренбурга. 2001 г. Уголовное дело №1-227.

³ Архив Оренбургского гарнизонного военного суда. 1999 г. Уголовное дело №127.

вреда здоровью), причинили тяжкие последствия, а потому квалифицируются по п.п. «а» и «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ¹.

В одном из изученных уголовных дел подобные действия были квалифицированы по совокупности преступлений, предусмотренных п. «а» ч. 3 ст. 286, ч. 1 ст. 111 и ст. 344 УК РФ. Так, младший сержант Л. и рядовой А. несли службу во внутреннем наряде роты, первый – дежурным, второй – посыльным. Будучи недовольным тем, что А. неправильно подал команду при прибытии в роту офицера, Л. избил его, причинив тяжкий вред здоровью. В приговоре указано, что суд исключает из обвинения квалифицирующий признак ч. 3 ст. 286 УК РФ (причинение тяжких последствий), поскольку, по смыслу закона, каких-либо тяжких последствий не наступило. Действия Л., который умышленно причинил тяжкий вред здоровью А., суд квалифицирует по ч. 1 ст. 111 УК РФ. Поскольку Л. во время несения службы в составе суточного наряда по роте нарушил уставные правила несения внутренней службы и избил рядового А., причинив тяжкий вред его здоровью, суд признал причинение такого вреда тяжким последствием превышения должностных полномочий и квалифицировал содеянное по данному эпизоду по ст. 344 УК РФ².

В этой связи необходимо отметить следующее. В п. 13 действующего постановления Пленума Верховного Суда СССР от 30.03.1990 г. «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге» разъясняется, что превышение должностных полномочий, сопряженное с убийством или причинением тяжких телесных повреждений, должно квалифицироваться по совокупности преступлений. Вместе с тем, в УК отсутствует легальное толкование понятия насилия. Более того, законодатель в одних случаях разделяет его на опасное и не опасное для жизни или здоровья, в зависимости от этого строго дифференцируя наказание, в других, например, в п. «а» ч. 3 ст. 286 УК, такое разграничение отсутствует. Отсюда можно сделать вывод о том, что в данном случае понятием насилия охватываются обе его разновидности. Представляет интерес разъяснение, содержащееся в п. 21 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 г. «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое». В нем раскрываются понятия насилия, опасного и неопасного для жизни или здоровья. При этом отмечается, что причинение тяжкого вреда здоровью относится к насилию, опасному для жизни или здоровья. Кроме того, при решении вопроса о квалификации рассматриваемых действий следует учитывать, что нормы, предусмотренные п. «а» ч. 3 ст. 286 и ст. 111 УК РФ, конкурируют между собой, соотносясь как целое и часть. При такого рода конкуренции в теории уголовного права и судебной практике предлагается руководствоваться правилом, в соответствии с которым при квалификации предпочтение должно отдаваться

¹ Архив Оренбургского гарнизонного военного суда. 1998 г. Уголовное дело №26.

² Архив Оренбургского гарнизонного военного суда. 1997 г. Уголовное дело №91.

норме-целому, т.е. в данном случае предусмотренной п. «а» ч. 3 ст. 286 УК. На наш взгляд, к такому же выводу приводит и анализ новой редакции ч. 1 ст. 17 УК РФ (совокупность преступлений отсутствует в тех случаях, когда совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части УК в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание).

Вместе с тем, в судебной практике выработано и исключение из правила о конкуренции нормы-части и нормы-целого. Оно гласит, что в тех случаях, когда преступление, предусмотренное нормой-частью, наказывается более строго, необходима квалификация содеянного по совокупности преступлений. Это правило позволяет не нарушить принцип справедливости наказания. Таким образом, если, например, при превышении должностных полномочий потерпевшему был причинен тяжкий вред здоровью, повлекший по неосторожности его смерть (ч. 4 ст. 111 УК РФ – наказание в виде лишения свободы на срок от 5 до 15 лет), то имеет место совокупность преступлений, поскольку максимальный срок лишения свободы по ч. 3 ст. 286 УК РФ составляет 10 лет.

На мой взгляд, при превышении должностных полномочий, сопряженном с применением насилия, вменение п. «в» наряду с п. «а» ч. 3 ст. 286 УК возможно тогда, когда в результате этого было совершено убийство либо насилие применялось к нескольким потерпевшим и т.п.

Также необходимо отметить, что в последнем из приведенных примеров (Л. причинил тяжкий вред здоровью А.), по моему мнению, военный суд дал неверную юридическую оценку содеянному, поскольку одни и те же действия подсудимого (превышение должностных полномочий, сопряженное с применением насилия) дважды квалифицированы по п. «а» ч. 3 ст. 286 и по ст. 344 УК РФ. Данная квалификация противоречит принципу справедливости (ч. 2 ст. 6 УК РФ).

4. Последствием превышения должностных полномочий является существенное нарушение прав и законных интересов граждан и организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Таким образом, при квалификации действий подсудимого по ст. 286 УК РФ суд в обязательном порядке должен установить наступление данных последствий. Необходимо отметить, что в абсолютном большинстве изученных приговоров суд аргументирует свой вывод о наличии таких последствий. В частности, в приговорах справедливо подчеркивается, что существенное нарушение прав и законных интересов потерпевшего, к которому со стороны должностного лица применялось насилие, выражается в нарушении его конституционного права на неприкосновенность.

Вместе с тем, на мой взгляд, имеются и примеры неверного применения уголовного закона. Так, старший прапорщик Р. за самовольную отлучку из расположения воинской части нанес своим подчиненным - рядовым С. и Р. - побои. Он был осужден по п. «а» ч. 3 ст. 286 УК РФ. В протесте председателя Приволжского окружного военного суда отмечается,

что «военный суд не дал в приговоре никакого обоснования выводу о том, что совершенные Р. действия носили существенный характер для потерпевших и государства. Из показаний осужденного и потерпевших видно, что противоправные действия Р. осуществил в связи с нахождением последних в самовольной отлучке, т.е. из-за неправомерных действий потерпевших и ложно понятых интересов воинской службы. Конфликт произошел в короткий промежуток времени, в основном в канцелярии, в которой другие военнослужащие отсутствовали. При таких обстоятельствах у суда не имелось оснований полагать, что неправомерные действия Р. повлекли существенное нарушение прав и законных интересов государства. Нанесение же С. и Р. побоев само по себе не может расцениваться как превышение должностных полномочий». С учетом этого постановлением Президиума Приволжского окружного военного суда приговор был изменен, и действия Р. переквалифицированы на ст. 116 УК РФ¹.

Аргументацию принятого решения вряд ли можно признать убедительной. Применение должностным лицом к подчиненным насилия, выразившегося в побоях, является существенным нарушением их прав. Доводы о том, что конфликт был вызван самовольной отлучкой потерпевших, произошел в течение короткого промежутка времени и тем более при отсутствии других военнослужащих, для квалификации содеянного как превышения должностных полномочий не имеют значения. Вместе с тем суду в приговоре следовало указать, что применение насилия к подчиненным является существенным нарушением их прав, поскольку в результате вред причиняется конституционному праву на неприкосновенность личности.

5. Судами неоднозначно решается вопрос о моменте окончания дачи взятки, что существенно влияет на квалификацию такого преступления и назначения за него наказания.

Так, по ч. 2 ст. 291 УК РФ, т.е. как оконченное преступление, были квалифицированы действия проводника поезда К. Она просила скрыть выявленный сотрудниками милиции факт безбилетного провоза пассажиров и положила в карман сотруднику ОБЭП ЛОВД на ст. Оренбург Г. деньги в сумме 200 руб. Однако он взятку не принял, пригласил понятых и задержал К.²

При схожих обстоятельствах проводник поезда Н. с целью сокрытия факта безбилетного проезда пассажира положил 300 руб. в служебную папку сотрудника милиции, но последний ее не принял и задержал виновного³. Действия Н. были квалифицированы по ч. 3 ст. 30 и ч. 2 ст. 291 УК РФ.

В п. 11 постановления №6 Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» разъясняется, что дача взятки считается оконченной с момента

¹ Архив Оренбургского гарнизонного военного суда. 2000 г. Уголовное дело №95.

² Архив Промышленного районного суда г. Оренбурга. 2003 г. Уголовное дело №1-299.

³ Архив Промышленного районного суда г. Оренбурга. 2004 г. Уголовное дело №1-696.

принятия получателем хотя бы части передаваемых ценностей, а в случае отказа должностного лица принять взятку, взяткодатель несет ответственность за покушение на преступление, предусмотренное ст. 291 УК РФ. Это положение содержалось и в п. 6 ранее действовавшего постановления Пленума Верховного Суда СССР от 30 марта 1990 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве».

4. Очень актуальным для судов является вопрос о том, как правильно квалифицировать действия должностного лица, получившего взятку за незаконные деяния (ч. 2 ст. 290 УК РФ). Изучение судебной практики выявило различия в позициях судов.

Так, участковый врач-терапевт С. после получения взятки от Я. незаконно выдал ей листок нетрудоспособности, временно освобождающий ее от работы. Органами предварительного следствия действия С. были квалифицированы по совокупности преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 290, ч. 1 ст. 285 и ст. 292 УК РФ. Однако суд в конечном итоге согласился лишь с квалификацией действий по ч. 2 ст. 290 УК¹. Приведем лишь основные доводы суда в обоснование принятого решения. По мнению суда, одно и то же деяние подсудимо квалифицировано по совокупности трех преступлений, хотя ч. 2 ст. 290 УК предусматривает ответственность за получение взятки за незаконные действия, связанные с исполнением им своих должностных обязанностей, которые выражаются в злоупотреблении им своими должностными обязанностями посредством служебного подлога. В развитие этого указывается, что состав преступления (ч. 2 ст. 290 УК) является двубъектным, а по структуре сложным, поскольку предусматривает два обязательных действия: 1) получение должностным лицом взятки и 2) совершение этим же должностным лицом незаконных действий, при этом последнее действие – обязательный квалифицирующий признак данного состава. На этом основании суд пришел к выводу о том, что «если должностное лицо совершит преступление, подпадающее под признаки ст. 285 УК и другой специальной нормы об ответственности за преступление, совершаемое с использованием служебных полномочий, то совокупность преступлений отсутствует, поскольку, в соответствии с ч. 3 ст. 17 УК, ...ответственность наступает по специальной норме, которой в данном случае является только ч. 2 ст. 290 УК, так как согласно ч. 2 ст. 6 УК, «никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление».

Действия преподавателя Бузулукского гуманитарно-технологического института Г., неоднократно получавшего взятки от студентов института за выставление положительных оценок за сдачу зачетов и экзаменов и вносившего эти оценки в зачетно-экзаменационные ведомости и зачетные книжки, наоборот, были квалифицированы по совокупности преступлений, предусмотренных п. «б» ч. 4 ст. 290 (в ред. до 8.12.2003 г.) и ст. 292 УК РФ².

¹ Архив Промышленного районного суда г. Оренбурга. 2002 г. Уголовное дело №1-794.

² Архив Оренбургского областного суда. 2002. Уголовное дело №2-170.

Пленум Верховного Суда РФ в п. 10 своего постановления от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» обоснованно разъяснил, что под незаконными действиями следует понимать как неправомерные действия, которые не вытекали из служебных полномочий должностного лица или совершались вопреки интересам службы, так и действия, содержащие в себе признаки преступления либо иного правонарушения. В пункте 19 этого же постановления указывается: «Взятополучатель, совершивший в интересах взяткодателя или представляемых им лиц незаконные действия, образующие состав иного преступления, подлежит ответственности по совокупности преступлений – по части второй статьи 290 УК РФ и соответствующей статье УК РФ (злоупотребление должностными полномочиями, незаконное освобождение от уголовной ответственности, фальсификация доказательств и т.п.)».

Таким образом, преступление, совершенное за взятку, подлежит самостоятельной уголовно-правовой оценке и не охватывается полностью квалификацией по ч. 2 ст. 290 УК РФ. Получение взятки признается оконченным преступлением с момента принятия хотя бы части взятки, следовательно, все иные преступные деяния, совершенные за взятку, должны быть квалифицированы по совокупности с получением взятки.

5. Нельзя не обратить внимание на то, как применяются некоторые нормы УК РФ об освобождении от уголовной ответственности.

Так, Е. совершил преступления, предусмотренные ч. 1 ст. 318 и ст. 319 УК РФ, и впоследствии примирился с сотрудником милиции, к которому применил насилие и оскорбил его при исполнении служебных полномочий.

Учитывая данный факт, суд вынес постановление о прекращении уголовного дела в связи с примирением с потерпевшим¹.

В ч. 1 ст. 76 УК РФ указывается, что освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим возможно лишь при условии впервые совершенного преступления. Таким образом, в тех случаях, когда совершены два или более преступлений хотя бы и небольшой или средней тяжести, освобождение от уголовной ответственности невозможно.

6. В соответствии с ч. 1 ст. 47 УК РФ, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью состоит в запрещении занимать должности на государственной службе, в органах местного самоуправления либо заниматься определенной профессиональной или иной деятельностью. Таким образом, запрет занимать определенные должности может быть применен только в отношении лиц, состоящих на государственной службе или службе в органах местного самоуправления.

Это положение не всегда учитывается судами при назначении данного вида наказания. Так, председателю СПК СХА «Зауральная» П. и начальнику планово-учетного отдела Б., признанным виновными в уклонении от уплаты

¹ Архив Оренбургского районного суда. 2004 г. Уголовное дело №1-488.

налогов в государственные внебюджетные фонды с организации и злоупотреблении полномочиями, дополнительно было назначено наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью соответственно на два и один год. Президиум Оренбургского областного суда приговор изменил, уточнив, что им запрещено занимать «определенные должности, связанные с распределением, учетом и хранением материальных ценностей и денежных средств»¹. Однако данные лица не состояли на государственной службе или службе в органах местного самоуправления, поэтому необходимо было говорить только о запрете на занятие определенными видами профессиональной или иной деятельности, что и следовало более четко отразить в приговоре.

Кроме того, срок названного вида наказания должен быть определен в приговоре суда. Однако в одном из изученных уголовных дел суд не сделал этого. Так, сержанты милиции С. и Е., работающие помощниками дежурного медвытрезвителя, были признаны виновными в совершении преступления, предусмотренного п.п. «а», и «б» ч. 3 ст. 286 УК, и им назначено «наказание в виде лишения свободы сроком три года с лишением права занимать должности в органах внутренних дел каждому»².

¹ Архив Оренбургского районного суда. 2000 г. Уголовное дело №1-839.

² Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. 2000 г. Уголовное дело №1-622.

ОСНОВАНИЯ ОТМЕНЫ (ИЗМЕНЕНИЯ) ПРИГОВОРА (ПОСТАНОВЛЕНИЯ) МИРОВОГО СУДЬИ

*Шмелева Е.С. – преподаватель кафедры уголовно-процессуального
права и криминалистики*

Среди критериев, характеризующих апелляционное производство в российском уголовном процессе (предмет судебного разбирательства, пределы рассмотрения дела, субъекты обжалования, сущность апелляции и т.д.), можно выделить те, которые подчеркивают его специфические особенности (судебное следствие, виды принимаемых решений, например), и те, которые по своему содержанию идентичны аналогичным критериям кассационного (а в некоторых случаях и надзорного) производства. К числу таких критериев относятся, в частности, основания отмены или изменения вынесенного судебного решения. В данном случае нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации 2001 г. (далее УПК РФ)¹ построены таким образом, что свидетельствуют о совпадении оснований отмены или изменения приговора суда первой инстанции (ч. 1 ст. 369 УПК РФ) с основаниями отмены или изменения судебного решения в кассационном порядке (ст.ст. 379, 380, 381, 382, 383 УПК РФ) и основаниями отмены или изменения судебного решения, вступившего в законную силу (ч. 1 ст. 409 УПК РФ).² На несомненную идентичность данных оснований указывает тот факт, что и ст. 369 УПК РФ, и ст. 409 УПК РФ отсылают к соответствующим статьям главы 45 УПК РФ «Кассационный порядок рассмотрения уголовного дела». Поэтому для более полного раскрытия данных оснований, применительно к апелляционному производству, неизбежно обращение к их интерпретации в УПК РФ в свете кассационного порядка обжалования.

Исторически сложилось так, что после революции 1917 г. институт апелляционного обжалования судебных решений, как и многие другие, введенные пореформенным законодательством царской России, постигла

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (УПК РФ) принят Федеральным законом от 18 декабря 2001 г. №177-ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» и введен в действие с 1 июля 2002 г. (ст. 1). Последняя редакция УПК РФ определена в Федеральном законе от 9 января 2006 г. №13-ФЗ «О внесении изменений в статьи 44, 54 и 402 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Российская газета. №2. 12.01.2006.

² О совпадении данных оснований см.: 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.: Юрист, 2003. С. 60; Муратова Н.Г. Проблема новой (повторной) оценки фактических обстоятельств дела в суде кассационной и апелляционной инстанций (уголовное судопроизводство). // Вестник ОГУ. 2004. №3 (28). С. 47-48; Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: Монография. – Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2002. С. 283. Правда, А.В. Смирнов уточняет: «Согласно УПК РФ, кассационный порядок отличается от апелляционного ... более узким объемом оснований для изменения приговора, которые не затрагивают вопросов факта и сводятся лишь к неправильному применению судом предыдущей инстанции уголовного закона (ст. 387)...». 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. – С.-Пб.: Питер, 2004. С. 26.

участь быть отвергнутым новой властью.¹ Поэтому вплоть до 10 августа 2000 г.² в отечественном уголовном судопроизводстве судебные решения, не вступившие в законную силу, пересматривались только в кассационном порядке.

Современный законодатель, так же, как и в УПК РСФСР 1960 г., не дает определение понятия «апелляционные основания», а лишь раскрывает их сущность, отсылая к соответствующим нормам кассационного производства. Поэтому определение кассационных оснований, традиционно даваемое в уголовно-процессуальной литературе, несомненно, может быть взято за основу для формулировки понятия апелляционных оснований.

Изучение литературы по данному вопросу показало, что каких-либо принципиальных отличий в определениях кассационных оснований, даваемых различными учеными в разное время, не существует. Поэтому выборочно укажем некоторые из них. Е.М. Чехарин писал: «Кассационными основаниями (поводами) для обжалования называются такие нарушения, допущенные по тому или иному уголовному делу, которые влекут отмену или изменение приговора в кассационном порядке».³ А.И. Паничева утверждает: «Кассационными основаниями к отмене или изменению судебного решения являются нарушения норм процессуального или материального права при рассмотрении и разрешении дела в суде первой или апелляционной инстанции».⁴

Формулировка, данная С.А. Скворцовой, Н.В. Угольниковой, С.С. Шуренковой, выглядит так: «Кассационные (апелляционные) основания – это основания, наличие которых является предпосылкой отмены или измены судебного решения первой инстанции».⁵ А.А. Динер указывает: «Под основаниями к отмене следует понимать нарушения, допущенные на предварительном расследовании и в суде первой инстанции, свидетельствующие о незаконности, необоснованности и несправедливости судебного решения, требующие его отмены либо изменения».⁶ А.Н. Разинкина, делая акцент на полномочии суда апелляционной инстанции

¹ См. об этом: Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. С. 13; Разинкина А.Н. Апелляция в уголовном судопроизводстве. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2004. С. 17-18; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. С. 591; Победкин А.В. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы становления. // Государство и право. 2001. №3. С. 46; Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской – М.: Юристъ, 1995. С. 421.

² См.: Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» №119-ФЗ от 7 августа 2000 г., вступивший в силу 10 августа 2000 г. (ст. 3), предусмотрел введение апелляционной формы пересмотра решений мирового судьи (разделы 11, 12 УПК РСФСР). Собрание законодательства РФ. 2000. №33. Ст. 3345. Российская газета. 10 августа. 2000 г.

³ Чехарин Е.М. Основания и порядок обжалования приговора. – М., 1955. С. 12. См. также: Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 414; Советский уголовный процесс. – М., 1985. С. 226; Советский уголовный процесс. Изд. Второе, испр. и доп. – М., 1988. С. 238; Учебник уголовного процесса. – М.: Фирма «СПАРК», 1995. С. 305.

⁴ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. С. 621.

⁵ Скворцова С.А., Угольникова Н.В., Шуренкова С.С. Уголовный процесс: Учеб. пособие - М.: ИНФРА – М., 2003. С. 137.

⁶ Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. С. 60.

непосредственно исследовать и новые доказательства, представленные сторонами (ч. 3 ст. 363, ч. 5 ст. 365 УПК РФ), считает, что без него не получится всеобъемлющей формулировки апелляционных оснований. Вывод автора: «Таким образом, под апелляционными основаниями понимаются нарушения требований закона, допущенные в ходе расследования (дознания), рассмотрения и разрешения уголовного дела, влекущие отмену, изменение приговора (постановления) или прекращение уголовного дела, а также новые обстоятельства, исследованные в суде апелляционной инстанции, исключающие (по мнению апелляционного суда) дальнейшее производство по делу либо возможность признания приговора законным, обоснованным и справедливым».¹

Далее, есть ряд авторов, которые при определении апелляционных оснований в качестве ключевого используют термин «обстоятельства», установление которых неизбежно влечет определенные последствия.

Например, Б.Т. Безлепкин определяет апелляционные основания «как предусмотренные УПК РФ обстоятельства, установление которых судом апелляционной инстанции влечет за собой отмену или изменение приговора мирового судьи и постановление нового приговора».² Солидарны с ним А.С. Александров, Н.Н. Ковтун: «Апелляционные основания – это обстоятельства, предусмотренные законом, установление которых апелляционным судом влечет отмену или изменение приговора или постановления суда первой инстанции и вынесение нового приговора, или же прекращение судом второй инстанции уголовного дела».³

Таким образом, даже определения апелляционных (кассационных) оснований подчеркивают их одинаковую природу.

Несмотря на то, что авторы используют разные «отправные» термины при определении апелляционных оснований («основания», «нарушения», «обстоятельства»), считаем, что все вышеуказанные трактовки интересующего нас понятия в общем и целом раскрывают его суть. Хотя некоторые из них не лишены недостатков. Неточности в определениях обусловлены, по нашему мнению, названием и содержанием ст. 369 УПК РФ, сформулированными законодателем.

В этом плане мы солидарны с позицией Л. Татьяниной и В. Головкова. Авторы верно указывают, что процессуальной формой выражения решений мирового судьи, подлежащих обжалованию в апелляционном порядке, являются не только приговоры, но и постановления⁴ (ч.ч. 1, 2 ст. 323, ч. 2 ст. 354 УПК РФ). Однако, ч. 3 ст. 367 УПК РФ предусматривает варианты

¹ Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 136.

² Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России. – М.: Проспект, 2004. С. 391.

³ Александров А.С., Ковтун Н.Н. Основания к отмене (изменению) приговора в суде апелляционной инстанции. // Государство и право. 2001. №10. С. 55.

⁴ Раздел 12 УПК РСФСР 1960 г. предусматривал пересмотр в апелляционном порядке наряду с приговорами мирового судьи его постановлений о прекращении дела. Современный законодатель расширил объект такого пересмотра, включив в него не только постановления о прекращении дела, но и иные постановления мирового судьи. Показательной в этом отношении является ч. 2 ст. 323 УПК РФ: «...Могут быть обжалованы постановление мирового судьи о прекращении уголовного дела и иные его постановления».

решения суда апелляционной инстанции в случае пересмотра лишь приговора судьи в результате его обжалования. Да и ст. 369 УПК РФ предусматривает основания отмены или изменения опять лишь приговора суда первой инстанции. Авторы верно отмечают: «...Не предусмотрены основания изменения, отмены постановления мирового судьи... В этой связи неясно, в каких случаях суд апелляционной инстанции вправе изменить постановление о прекращении уголовного дела, отменить его... Для устранения рассмотренных пробелов надо... указать основания для отмены или изменения постановления мирового судьи... Представляется, что перечень оснований может совпадать с основаниями, предусмотренными ст. 369 УПК, установленными для отмены или изменения приговора суда».¹ Логичным считает совпадение таких оснований и И.Б. Михайловская: «...Четыре вида оснований отмены или изменения приговора суда первой инстанции и постановления нового приговора... действуют и в тех случаях, когда суд апелляционной инстанции рассматривает жалобу (представление) на постановление мирового суда, а не на приговор».² Солидарен с ними и В. Дорошков: «По указанному основанию возможна отмена обжалуемых в апелляционном порядке постановлений мирового судьи».³

Таким образом, возвращаясь к определениям апелляционных оснований, данным вышеприведенными авторами, становится ясно, что в некоторых из них встречается отсутствие указания на отмену (изменение) постановления (а не только приговора) мирового судьи.

Примечательно, что ст. 496 УПК РСФСР называлась «Основания к отмене или изменению приговора мирового судьи», хотя ст. 478 данного УПК закрепляла право апелляционного обжалования и опротестования⁴ приговора мирового судьи и его постановления о прекращении дела. Следовательно, некорректная формулировка, допущенная предыдущим законодателем, «перекочевала» и в современный Кодекс. Кроме того, и в многочисленных проектах УПК РФ ситуация была такой же.⁵

¹ Татьяна Л., Головкин В. Полномочия суда апелляционной инстанции при пересмотре решений мирового судьи // Законность. 2004. №6. С. 43. Кроме того, соавторы положительно отвечают на вопрос о том, «может ли суд апелляционной инстанции при наличии оснований для отмены постановления мирового судьи, отменяя его, вынести обвинительный или оправдательный приговор». Татьяна Л., Головкин В. Указ. соч. С. 43. Мнение Н.Н. Ковтуна и А.С. Александрова прямо противоположно. Они считают, что суд апелляционной инстанции не вправе «...постановить «свой» приговор в случае отмены постановления мирового судьи о прекращении уголовного дела...». Н.Н. Ковтун, А.С. Александров. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы и решения. // Государство и право. 2001. №3. С. 40.

² Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 453.

³ Дорошков В. Указ. соч. С. 41.

⁴ По УПК РСФСР 1960 г. прокурор выражал свое «несогласие» с решением мирового судьи в протесте. В УПК РФ применительно к обжалованию такого решения государственным обвинителем или вышестоящим прокурором используется термин «представление» (см., например, п. 27 ст. 5, ч. 2 ст. 354 УПК РФ). Применительно к обжалованию иными, кроме государственного обвинителя или вышестоящего прокурора, лицами как раньше, так и сейчас используется термин «жалоба» (см., например, ст. 477, ст. 478 УПК РСФСР; ч. 2 ст. 354 УПК РФ).

⁵ См., например: Проект УПК РФ (ст. 401). Министерство юстиции РФ. – М. С. 201; Проект УПК РФ (ст. 417) // Юридический Вестник. 1995. сентябрь. №31 (122). С. 23.

Прежде чем перейти к содержанию рассматриваемых нами оснований, хотелось бы остановиться на следующих моментах.

Возможность отмены или изменения судебного решения является одним из характерных признаков «...схемы пересмотра приговоров и иных судебных решений, действующей во многих странах мира».¹ При этом вопрос о сущности такого пересмотра (в том числе и апелляционного) относится к числу наиболее актуальных и дискуссионных в теории уголовного процесса.² Роль апелляционных оснований при выявлении сущности пересмотра решений мирового судьи видится процессуалистами в двух ипостасях. С одной стороны, «сущность обжалования... не в основаниях, по которым можно принести жалобу...».³ С другой, «Н. Ковтун и А. Александров видят сущность апелляционного производства, прежде всего, в основаниях отмены или изменения приговора суда первой инстанции (ст. 369 УПК РФ)...».⁴

Ст. 369 УПК РФ отсылает нас к ст.ст. 380-383 УПК РФ. Сравнивая ст. 496 УПК РСФСР и ст. 369 УПК РФ, содержащие «список» таких оснований, приходим к следующему выводу. Их перечень совпадает, а отличие проявляется в последовательности расположения и в формулировках некоторых из них. Итак, в ч. 1 ст. 369 УПК РФ основания отмены (изменения) указаны следующим образом: «1) несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом апелляционной инстанции, - в случаях, предусмотренных статьей 380 настоящего Кодекса; 2) нарушение уголовно-процессуального закона - в случаях, предусмотренных статьей 381 настоящего Кодекса; 3) неправильное применение уголовного закона - в случаях, предусмотренных статьей 382 настоящего Кодекса; 4) несправедливость назначенного наказания - в случаях, предусмотренных статьей 383 настоящего Кодекса».

Ст. 496 УПК РСФСР несколько отличается:

«1) несоответствие выводов мирового судьи, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела, рассмотренным судом апелляционной инстанции;

2) неправильное применение уголовного закона;

3) существенное нарушение уголовно-процессуального закона;

4) несоответствие назначенного по приговору наказания тяжести совершенного преступления и личности подсудимого».

¹ Волколуп О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. - С.-Пб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. С. 180.

² См. об этом, например: Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 12-17; Дорошков В. Указ. соч. С. 39; Ковтун Н.Н., Александров А.С. Указ. соч. С. 38; Татьяна Л., Головкин В. Указ. соч. С. 42; Победин А.В. Указ. соч. С. 46; Волколуп О.В. Указ. соч. С. 181; Уголовный процесс зарубежных социалистических стран Европы / Под ред. В.Е. Чугунова. - М., 1967. С. 295.

³ Уголовный процесс зарубежных социалистических стран Европы / Под ред. В.Е. Чугунова. - М., 1967. С. 295. Разделяет данную точку зрения и Волколуп О.В. Волколуп О.В. Указ. соч. С. 181.

⁴ Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 13.

Таким образом, в п. 2 ч. 1 ст. 369 УПК РФ нарушение уголовно-процессуального закона не обозначено как существенное.¹ Кроме того, в УПК РФ неправильное применение уголовного закона располагается после нарушения уголовно-процессуального закона. В УПК РСФСР – наоборот. Так ли это принципиально? По мнению А.А. Динера, безусловно: «На наш взгляд, основания располагаются не хаотично, а в определенной последовательности. Прежде чем решить вопрос о наличии в действиях подсудимого состава преступления, предусмотренного статьей Уголовного кодекса и назначении справедливого наказания, необходимо проверить установление самого факта события преступления и доказанности виновности подсудимого в инкриминируемом ему преступлении. При этом суд проверяет соблюдение требований закона о всестороннем, полном и объективном исследовании существенных обстоятельств дела²; соблюдение процессуального закона, правильность применения уголовного закона; соответствие назначенного наказания тяжести преступления и личности осужденного. Такая последовательность должна соблюдаться независимо от оснований, указанных в жалобе либо представлении. Основания к отмене либо изменению приговора образуют систему, в которой невозможно выделить самое важное, и нельзя установить следующее по порядку, не убедившись в нарушении предыдущих. В этой связи становится ясно, почему указание на нарушение уголовно-процессуального закона предшествует ссылке на неправильное применение уголовного закона».³

Поддерживают автора и другие исследователи. Так, И.В. Тыричев, говоря о неправильном применении уголовного закона, считает, что «обращение к рассматриваемому основанию предполагает предварительную проверку приговора под углом зрения ... ст. 344 УПК⁴. Уголовный закон может быть правильно применен к обстоятельствам дела, если сами обстоятельства правильно установлены и если им соответствуют выводы, сделанные в приговоре».⁵ Также С.А. Разумов указывает: «Справедливость назначения наказания зависит от полного, объективного и всестороннего исследования обстоятельств дела и правильного вывода о квалификации

¹ Далее мы остановимся на этом подробнее.

² Хотелось бы отметить, что ст. 20 УПК РСФСР предусматривала всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела. В УПК РФ подобной формулировки нет. Однако считается, что данное требование в новом Кодексе все же содержится, но в завуалированной форме. При этом разные авторы указывают на различные нормы УПК РФ, свидетельствующие о присутствии в нем требования всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела. По мнению В.З. Лукашевича, А.Б. Чичканова, это ст. 6, п.п. 5, 6, 7 ч. 1 ст. 220, п.п. 6, 7 ч. 1 ст. 225, ч. 2 ст. 14, ч. 2 ст. 9 УПК РФ. В.З. Лукашевич, А.Б. Чичканов. Принципы состязательности и равноправия сторон в УПК РФ. // Правоведение. 2002. №2. С. 105-106. По мнению П.А. Лупинской, это п. 5, п. 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ. П.А. Лупинская Доказательственное право в УПК РФ. Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. – М., 2002. С. 80. Кроме того, установление обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание (п. 6 ч. 1 ст. 73 УПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 68 УПК РСФСР), было также предусмотрено ст. 20 УПК РСФСР.

³ Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. С. 60.

⁴ Имеется в виду ст. 344 УПК РСФСР «Несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела». Ей соответствует ст. 380 УПК РФ.

⁵ Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 421.

преступления с указанием пункта, части и статьи УК РФ, по которым лицо признается виновным».¹

Также п. 4 ч. 1 ст. 369 УПК РФ (ст. 383 УПК РФ) и п. 1 ч. 1 ст. 496 УПК РСФСР предусматривают одно и то же основание с той лишь разницей, что в современном Кодексе оно сформулировано через категорию «справедливости». «Впервые в УПК употребляется понятие «несправедливости приговора», хотя само требование соразмерности приговора содержалось и в УПК РСФСР»² (ст.ст. 342, 347, 496, 500 УПК РСФСР).³

Мы неоднократно указывали на идентичность апелляционных и кассационных оснований отмены (изменения) судебного решения, предусмотренную УПК 2001 г. Несколько иная ситуация наблюдается в УПК 1960 г.: односторонность или неполнота дознания, предварительного или судебного следствия, будучи «основанием к отмене или изменению приговора при рассмотрении дела в кассационном порядке» (п. 1 ст. 342), не была предусмотрена в качестве такового при апелляционном пересмотре уголовного дела (ст. 496). Да и сегодня процессуалисты считают не лишним напомнить, что «односторонность или неполнота судебного следствия, выявленные апелляционной инстанцией, не могут влечь за собой отмену приговора и возвращение дела на новое судебное рассмотрение».⁴ Объясняется это заданной УПК РФ 2001 г. тенденцией усиления состязательного начала в современном уголовном процессе. Поменялись стереотипы, обусловленные временем: ценности советского уголовного процесса (стремление к объективной истине, возведение в ранг абсолюта принципа публичности и т.д.) сменили иные каноны. Сегодня суд освобожден от несвойственных ему функций обвинительного уклона.

Кроме того, мы считаем необходимым сделать замечание относительно построения ст. 369 УПК РФ, предложенного законодателем. Сравнивая ст.ст. 369 и 379 УПК РФ, перечисляющие соответственно апелляционные и кассационные основания, становится ясно, что они дублируют друг друга. Две по сути одинаковых, аналогичных статьи являются ненужным нагромождением. Нам представляется, что гораздо проще и удобнее сформулировать содержание ст. 369 УПК РФ по аналогии со ст. 409 УПК РФ, отсылающей к ст. 379 УПК РФ, вместо очередного перечисления оснований отмены (изменения) судебных решений. В связи с этим предлагаем ч. 1 ст. 369 УПК РФ изложить в следующей редакции: «1. Основаниями отмены или

¹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Общая часть. – М.: Издательская группа ИНФРА М – Норма, 1996. С. 154.

² Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. Ред. П.А. Лупинская. – М.: Юрист, 2004. С. 624.

³ Примечательно, что в советской уголовно-процессуальной литературе авторы ратовали за «выделение в законе справедливости в качестве самостоятельного требования, предъявляемого «к процессуальным решениям...». Лупинская П.А. Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве. – М., 1972. С. 78.

⁴ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юрист, 2004. С. 611.

изменения решения суда первой инстанции и постановления нового приговора являются основания, предусмотренные статьей 379 настоящего Кодекса». Такая конструкция, по нашему мнению, лишь подчеркнет одинаковость оснований отмены (изменения) решений судов.

В свое время М.С. Строгович отмечал, что основания отмены (изменения) решения суда «должны быть дифференцированы и конкретизированы, так как незаконность и необоснованность приговора могут иметь различные формы и разный характер».¹ Поэтому самое время перейти к рассмотрению каждого апелляционного основания в отдельности.

Начнем, как и предусмотрено законодателем, с несоответствия выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом апелляционной инстанции (п. 1 ч. 1 ст. 369, ст. 380² УПК РФ).

Такое несоответствие наблюдается, когда:

«1) выводы суда не подтверждаются доказательствами, рассмотренными в судебном заседании;

2) суд не учел обстоятельства,³ которые могли существенно повлиять на выводы суда;

3) при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение для выводов суда, в приговоре не указано, по каким основаниям суд принял одни из этих доказательств и отверг другие;

4) выводы суда, изложенные в приговоре, содержат существенные противоречия, которые повлияли или могли повлиять на решение вопроса о виновности или невиновности осужденного или оправданного, на правильность применения уголовного закона или определение меры наказания».

Так, мировым судьей г. Ясный гр. О. оправдан по ч. 1 ст. 213 УК РФ. Оправдывая гр. О., суд первой инстанции указал, что его не было на месте совершения преступления, он не принимал участия в хулиганстве. При этом суд сослался на показания потерпевшего Д. и свидетелей С., О. Кроме того, в приговоре имеется ссылка на то, что все допрошенные в судебном заседании свидетели факт участия О. в драке не подтвердили. Однако в тексте приговора показания этих лиц не изложены и поэтому не ясно, показания каких свидетелей принимались во внимание судом при решении вопроса об оправдании О. Также из текста приговора следует, что в судебном заседании потерпевший Д. показал, что О. принимал участие в

¹ Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. - М., 1956. С. 71.

² По мнению А.В. Смирнова, «название данной статьи повторяет неточность, допускаясь в ст. 344 УПК РСФСР. Из наименования статьи, на первый взгляд, вытекает, что данное ... основание заключается в несоответствии материально-правовых выводов суда – о квалификации преступления, виде и мере наказания – фактическим обстоятельствам дела. Однако речь идет об ином, а именно – о несоответствии выводов суда о фактических обстоятельствах дела исследованным судом доказательствам». 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. – С.-Пб.: Питер, 2004. С. 729-730.

³ А.В. Смирнов считает целесообразным употребить термин «доказательства». Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Указ. соч. С. 730.

*хулиганстве и нанес ему удар бейсбольной битой. Этим показаниям потерпевшего суд никакой оценки не дал. Таким образом, выводы суда о невиновности О. основаны на противоречивых доказательствах и не соответствуют фактическим обстоятельствам дела.*¹ (п. 3 ст. 380 УПК РФ).

Что касается закрепления данного апелляционного основания в ранее действовавшем и в сегодняшнем уголовно-процессуальном законе, то наблюдается серьезное отличие. Повторим еще раз, что п. 1 ч. 1 ст. 369 УПК РФ «Основания отмены или изменения приговора суда первой инстанции» отсылает к ст. 380 УПК РФ, конкретизирующей, в каких ситуациях кассационный суд отменит (изменит) решение нижестоящей судебной инстанции. В силу этого данное основание равно применимо и апелляционным, и кассационным судом.

Ст. 497 УПК РСФСР «Несоответствие выводов мирового судьи, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела, рассмотренным судом апелляционной инстанции» подобной отсылки к ст. 344 УПК РСФСР, посвященной данному основанию в свете его применения в кассационном порядке, не содержит. В самой же ст. 497 УПК РСФСР суть такого несоответствия также не раскрывалась. Следовательно, «прежнее уголовно-процессуальное законодательство определяло два понятия «несоответствия выводов суда» – в порядке ст. 497 УПК РСФСР и в порядке ст. 344 УПК РСФСР. В первом случае ст. 497 УПК РСФСР регламентировала принципы оценки фактических обстоятельств и последствия новой оценки этих обстоятельств – отмену или изменение приговора мирового судьи.² Во втором случае ст. 344 УПК РСФСР предлагала только перечень оснований, по которым приговор признается не соответствующим фактическим обстоятельствам дела в условиях рассмотрения кассационной жалобы или протеста».³

¹Обзор судебной практики по уголовным делам. Прокуратура Оренбургской области. 2003. С. 32.

²Налицо ошибка цитируемого нами автора при указании на предусмотренные ст. 497 УПК РСФСР последствия установления судом апелляционной инстанции несоответствия выводов мирового судьи фактическим обстоятельствам дела. Данная норма предусматривала отмену приговора мирового судьи полностью или частично и постановление нового приговора. А вот отмена или изменение приговора мирового судьи с постановлением нового приговора предусмотрены как раз в ч. 1 ст. 369 УПК РФ. Процессуалисты считают, что это положительная тенденция. По мнению В. Дорошкова, «указание на частичную отмену приговора с постановлением нового приговора в этой части на практике приводило к тому, что в отношении одного и того же лица, признанного виновным в совершении преступления, имелось два приговора. Подобная ситуация вызывала определенную путаницу и сложности при исполнении приговора». Дорошков В. Указ. соч. С. 41. Поэтому не ясно, почему в ч. 2 ст. 367 УПК РФ по-прежнему осталась формулировка о полной или частичной отмене приговора: «В решении указываются основания, по которым приговор суда первой инстанции признается законным, обоснованным и справедливым, а доводы лица, подавшего жалобу или представление, необоснованными, либо основания полной или частичной отмены или изменения обжалованного приговора». В связи с этим формулировка ч. 2 ст. 367 УПК РФ, данная А.Н. Разинкиной, представляется куда более приемлемой: «В решении указываются основания, по которым приговор суда первой инстанции признается законным, обоснованным и справедливым, а доводы лица, подавшего жалобу или представление необоснованными, либо основания отмены или изменения обжалованного приговора». Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 135.

³Муратова Н.Г. Указ. соч. С. 47.

В названии данного основания говорится о фактических обстоятельствах уголовного дела, установленных судом апелляционной инстанции. Однако исследователи считают, что в данной формулировке скрыт более глубокий смысл. «К фактическим обстоятельствам дела следует отнести все те обстоятельства, которые были установлены не только в суде апелляционной инстанции, но и мировым судьей»,¹ - утверждает В. Дорошков. Н.Г. Муратова указывает на «... возможность вышестоящего суда оценки тех фактических обстоятельств дела, которые не были установлены и оценены приговором мирового судьи или не были приняты им во внимание».²

Аналогичное полномочие апелляционного суда закреплялось и в ч. 2 ст. 497 УПК РСФСР: «Суд апелляционной инстанции, оценивая исследованные им в судебном заседании доказательства, вправе признать доказанными те фактические обстоятельства дела, которые не были установлены по приговору мирового судьи или не были приняты им во внимание». Также Н.Г. Муратова добавляет: «Судом апелляционной инстанции могут быть установлены такие фактические обстоятельства, которые не были приняты во внимание, не установлены по приговору мирового судьи, но свидетельствуют о правильности принятого решения мировым судьей».³

*За 2001-2002 гг. Дзержинским районным судом г. Оренбурга в апелляционном порядке рассмотрено 35 уголовных дел (100%), из них по 4 делам (11%) были отменены (изменены) приговоры мировых судей в связи с несоответствием выводов мирового судьи фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом апелляционной инстанции.*⁴

Вторым по счету законодатель расположил такое апелляционное основание, как нарушение уголовно-процессуального закона (п. 2 ч. 1 ст. 369, ст. 381 УПК РФ). Структурно ст. 381 УПК РФ состоит из двух частей, так же, как и ст. 345 УПК РСФСР, раскрывающая данное основание в его представлении советским законодателем. При этом и раньше, и сейчас ч. 1 этих статей закрепляет, по выражению процессуалистов, условные⁵, формальные⁶ нарушения. А ч. 2 – безусловные,⁷ наиболее одиозные нарушения.¹

¹ Дорошков В. Указ. соч. С. 41.

² Муратова Н.Г. Указ. соч. С. 47.

³ Муратова Н.Г. Указ. соч. С. 48.

⁴ Архив Дзержинского районного суда г. Оренбурга.

⁵ Чехарин Е.М. Указ. соч. С. 15; Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 419; Советский уголовный процесс. – М., 1985. С. 228; Советский уголовный процесс. Изд. второе. испр. и доп. – М., 1988; В. Бородинов. Нарушение принципов уголовного процесса – основание отмены приговора. // Российская юстиция. 2002. №8. С. 24.

⁶ Дорошков В. Указ. соч. С. 41.

⁷ Чехарин Е.М. Указ. соч. С. 15; Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 419; Советский уголовный процесс. – М., 1985. С. 228; Советский уголовный процесс. Изд. второе, испр. и доп. – М., 1988. С. 240; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юрист, 2004. С. 623; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 453; Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Указ. соч. С. 733; Бородинов В.

В ранее действовавшем Кодексе данное основание носило несколько иное название – «Существенное нарушение уголовно-процессуального закона» (п. 3 ст. 496, ст. 499, ст. 345 УПК РСФСР). Отсутствие указания в УПК РФ на существенность такого нарушения неслучайно. В нашем представлении, если нарушение является существенным, значит, оно неминуемо подрывает установленные и подлежащие обязательному выполнению законодательные предписания, посягает на саму основу (базис, фундамент) судопроизводства – его принципы (глава 2 УПК РФ), идет вразрез самому смыслу, назначению судопроизводства (ст. 6 УПК РФ). А это, в свою очередь, снижает авторитетность законодательных предписаний. Такие серьезные и опасные последствия нарушения должны во всяком случае повлечь за собой определенную реакцию, направленную на ликвидацию негативных последствий: не допустить вступления в силу неграмотного судебного решения, восстановить нарушенные права участников процесса, повторить процедуру судебного разбирательства так, как она предусмотрена законом и так далее.

В УПК РСФСР перед нами открывается иная картина. Как верно отметил В. Дорошков по поводу ч. 1 ст. 381 УПК РФ, признание нарушения существенным полностью зависело от усмотрения суда.² Получается, что категория существенности была в данном случае относительной. Да, и в советской литературе по уголовному процессу всегда подчеркивали: «Указанное основание носит оценочный характер. Решить, относится ли то или иное нарушение к категории существенных, можно только исходя из конкретных обстоятельств отдельного уголовного дела. Одно и то же нарушение может оказаться существенным в одних случаях и несущественным в других».³ Сразу видно, что представление существенности в таком свете никак не согласуется с общей смысловой нагрузкой, которую несет в себе это слово. К тому же формулировка ч. 1 ст. 381 УПК РФ не претерпела сильных изменений: «Основаниями отмены или изменения судебного решения ... являются такие нарушения уголовно-процессуального закона, которые путем лишения или ограничения гарантированных настоящим Кодексом прав участников уголовного судопроизводства, несоблюдения процедуры судопроизводства или иным путем повлияли или могли повлиять на постановление законного, обоснованного и справедливого приговора». По этой причине, на наш взгляд, современный законодатель отказался от наименования нарушений уголовно-процессуального закона через категорию существенности.

Приведем пример практической реализации положений ч. 1 ст. 381 УПК РФ. *Так, приговором мирового судьи г. Ясный гр-ка Т. признана*

Нарушение принципов уголовного процесса – основание отмены приговора. // Российская юстиция. 2002. №8. С. 24.

¹ Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Указ. соч. С. 733.

² См. об этом: Дорошков В. Указ. соч. С. 41.

³ Чехарин Е.М. Указ. соч. С. 15; Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, Л.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 419; Советский уголовный процесс. – М., 1985. С. 228; Советский уголовный процесс. Изд. второе, испр. и доп. – М., 1988. С. 240.

виновной в причинении легкого вреда здоровью гр. Щ. по ст. 115 УК РФ. Апелляционным постановлением приговор мирового судьи оставлен без изменения (п. 1 ч. 3, ч. 4 ст. 367 УПК РФ). Суд кассационной инстанции отменил решение апелляционной инстанции с направлением на новое апелляционное рассмотрение в тот же суд по следующим основаниям. В соответствии с положениями гл. 44 УПК РФ, в судебном заседании суда апелляционной инстанции обязательно участие частного обвинителя, подавшего жалобу (п. 2 ч. 3 ст. 364 УПК РФ). Уголовное дело в отношении Т. было рассмотрено мировым судьей в отсутствие Щ., и апелляционное разбирательство дела проведено также в отсутствие потерпевшей. В апелляционном постановлении содержатся ссылки на показания свидетелей обвинения, показания их оспариваются осужденной, однако эти свидетели не были допрошены в суде апелляционной инстанции. Допущенные судом апелляционной инстанции нарушения уголовно-процессуального закона повлияли или могли повлиять на вынесение законного, обоснованного и справедливого постановления, а поэтому в соответствии с положениями ст. 381 УПК РФ повлекли отмену апелляционного постановления с направлением дела на новое апелляционное рассмотрение.¹

Однако, если мы обратимся к ч. 2 ст. 381 УПК РФ, закрепляющей безусловные основания, то они, по мнению ученых, в любом случае, обязательно влекут отмену (изменение) судебного решения.² А раз «такого рода нарушения всегда ставят под сомнение правосудность приговора ...»³ и «...имеют своим последствием безусловную отмену приговора»,⁴ то кажется, что их назвать существенными было бы можно. Тем более, что раньше о них так и писали: «Они при всех условиях и по любому делу признаются самим законом существенными...».⁵ Однако, не редки и такие ситуации, когда при наличии безусловных оснований решение суда отмене (изменению) все равно не подлежит. Так, например, В.В. Дорошков указывает: «Не может быть отменен оправдательный приговор, постановление о прекращении дела или иное решение, вынесенное в пользу подсудимого, по мотивам существенного нарушения его процессуальных прав в ходе судебного разбирательства. Если эти нарушения не привели к неправильному решению по существу, то лишено смысла и негуманно обязывать оправданного вновь пройти всю процедуру рассмотрения дела в суде только для устранения ранее

¹ Обзор судебной практики по уголовным делам. Прокуратура Оренбургской области. 2004. С. 29.

² См. об этом: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. С. 623; Скворцова С.А., Угольников Н.В., Шуренкова С.С. Указ. соч. С. 138; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 453.

³ Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 419-420;

⁴ Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 419; Советский уголовный процесс. – М., 1985. С. 229; Советский уголовный процесс. Изд. второе, испр. и доп. – М., 1988. С. 240.

⁵ Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. – М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 419; Советский уголовный процесс. – М., 1985. С. 229; Советский уголовный процесс. Изд. второе, испр. и доп. – М., 1988. С. 240.

допущенных процессуальных нарушений его прав, которые сам оправданный не обжаловал. В этих случаях судья, рассматривавший дело в апелляционном порядке, может вынести частное постановление в адрес мирового судьи, указав в нем допущенные судьей нарушения закона».¹ Задолго до В.В. Дорошкова Е.М. Чехарин указывал: «В тех случаях, когда суд, рассмотревший дело по существу, допустил нарушение закона, например, не обеспечил подсудимому защитника, вынесенный приговор будет незаконным, так как нарушено право подсудимого на защиту, а нарушение этого права подсудимого обязательно влечет отмену обвинительного приговора».² Именно обвинительного, а не оправдательного.

Приведенные высказывания показывают, что в определенных случаях граница между условными (могут повлечь отмену либо изменение приговора, постановления мирового судьи, а могут и нет) и безусловными (всегда влекут отмену, изменение решения суда) основаниями становится более прозрачной. Вопрос об отмене (изменении) решения мирового судьи должен решаться апелляционным судом с учетом интересов личности.³

Подобные практические примеры и исследования процессуалистов свидетельствуют о том, что решение законодателя отойти от традиционного наименования процессуальных нарушений как существенных было правильным.

Попутно хотелось бы отметить еще одну неточность, допускаемую некоторыми авторами в приводимых нами определениях понятия «апелляционные основания». Те из них, в которых содержится императивное требование отмены (изменения) судебного решения, как неизбежное последствие установления таких оснований, являются, по нашему мнению, менее удачными. Считаем, что следует говорить не о требовании отмены (изменения) судебного решения, а о предпосылке⁴ такой отмены (изменения).

Нами предложено свое собственное видение причин, по которым законодатель «избавился» от наименования процессуальных нарушений как существенных. Однако В. Бородинов не усматривает такой отказ, как положительную тенденцию: «К сожалению, в ст. 381 УПК РФ указание на существенную природу приведенных оснований отсутствует».⁵

Перечень безусловных оснований, предусмотренный ч. 2 ст. 381 УПК РФ, шире закрепленного в ч. 2 ст. 345 УПК РСФСР. Однако, если тот факт, что общий перечень апелляционных (кассационных) оснований является исчерпывающим (ст. 369, ст. 379 – 383 УПК РФ), не вызывает сомнений,⁶ то

¹ Дорошков В.В. Апелляционный пересмотр решений мирового судьи. // Российская юстиция. 2000. №7.

² Чехарин Е.М. Указ. соч. С. 11-12.

³ См. об этом: Мухтасипова Т.Н. Судопроизводство по делам частного обвинения: Учебное пособие / Под ред. проф. А.П. Гуськовой. – Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2004. С. 92; Мухтасипова Т.Н. Апелляционный порядок рассмотрения дел мирового судьи. Ученые записки; Сборник научных трудов юридического факультета Оренбургского государственного университета. Вып. 1. – Оренбург: РИК ГОУ ОГУ, 2004. С. 233.

⁴ См., например: Скворцова С.А., Угольников Н.В., Шуренкова С.С. Указ. соч. С. 137.

⁵ Бородинов В. Указ. соч. С. 24.

⁶ См. об этом: Якупов Р.Х. Указ. соч. С. 435.

«нарушения уголовно-процессуального закона, которые, безусловно, влекут отмену судебного решения... могут быть и иные...».¹ И.Б. Михайловская приводит пример: «Нарушение принципа гласности, выразившееся в проведении закрытого судебного заседания при отсутствии оснований, указанных в ч. 2 ст. 241 УПК РФ,² неизбежно породит сомнение в законности и обоснованности приговора».³ В. Бородинов также указывает на необходимость расширения перечня безусловных оснований: «...Принципы, закрепленные в Конституции РФ и главе 2 УПК РФ, - это начала и устои уголовного процесса. Нарушение любого из них должно влечь безусловную отмену приговора суда (судьи) в соответствии с ч. 2 ст. 381 УПК РФ. Требуется корректировка ч. 2 ст. 381 УПК РФ. Представляется, что ее надо дополнить следующим пунктом: «1) Нарушение принципов уголовного судопроизводства, закрепленных в Конституции РФ и главе 2 настоящего Кодекса»⁴.

Не остался в стороне и Верховный суд РФ. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ №5 от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁵ сказано: «При осуществлении правосудия суды должны иметь в виду, что по смыслу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ст.ст. 369, 379, ч. 5 ст. 415 УПК РФ неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ может являться основанием к отмене или изменению судебного акта. Неправильное применение нормы международного права может иметь место в случаях, когда судом не была применена норма международного права, подлежащая применению, или, напротив, суд применил норму международного права, которая не подлежала применению, либо когда судом было дано неправильное толкование нормы международного права» (п. 9). Согласно ч. 3 ст. 1 УПК РФ, к уголовно-процессуальному законодательству относятся в том числе и «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации...». Следовательно, их нарушение есть также нарушение уголовно-процессуального закона (ст. 381 УПК РФ). В связи с тем, что в п. 9 указанного постановления содержится формулировка «...может являться основанием к отмене или изменению судебного акта», возникает вопрос, к условным (ч. 1 ст. 381 УПК РФ) или безусловным (ч. 2 ст. 381 УПК РФ) основаниям следует относить нарушение международных правил? По аналогии с позицией В. Бородинова, а также учитывая, что в самом постановлении указано на юридическую

¹ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 453.

² Следует обратить внимание, что в уголовном судопроизводстве ст. 241 «Гласность» не относится к принципам (гл. 2 УПК РФ), а помещена в гл. 35 «Общие условия судебного разбирательства».

³ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 453.

⁴ Бородинов В. Указ. соч. С. 24.

⁵ БВС РФ №12. декабрь 2003 г.

обязательность и недопустимость отклонения от таких принципов, норм и договоров, ответ очевиден. Ч. 2 ст. 381 УПК РФ должна вмещать в себя и нарушение международных стандартов. Кроме того, Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 5 марта 2004 г. №1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»¹ в п. 23 разъяснил: «Если суд кассационной инстанции, проверяя по кассационным жалобам и представлениям законность, обоснованность и справедливость приговора и иного судебного решения (статья 373 УПК РФ), установит, что приговор постановлен судом первой инстанции, неправомочным его выносить, а также принимать решения в ходе производства по уголовному делу (пункт 52 статьи 5 УПК РФ), такой приговор в любом случае подлежит отмене, как вынесенный незаконным составом суда (пункт 2 части 2 статьи 381 УПК РФ)». Опираясь на постулат об идентичности апелляционных и кассационных оснований, приходим к выводу: если мировой судья рассматривал уголовное дело в нарушение правил о подсудности (ч. 1 ст. 31 УПК РФ), то суд апелляционной инстанции обязан его отменить, руководствуясь п. 2 ч. 2 ст. 381 УПК РФ.

Значит, тот список, который представлен в ч. 2 ст. 381 УПК РФ, остается открытым.

Из 35 уголовных дел, рассмотренных в апелляционном порядке Дзержинским районным судом г. Оренбурга в 2001-2002 гг. (100%), по 1 делу (2,9%) было выявлено нарушение уголовно-процессуального закона.²

Третьим апелляционным основанием, предусмотренным законодателем, является неправильное применение уголовного закона (п. 3 ч. 1 ст. 369, ст. 382 УПК РФ). Неправильное применение уголовного закона в ст. 346 УПК 1960 г. было сформулировано абстрактно, расплывчато. В ней были указаны лишь возможные варианты проявления такого применения: неприменение судом закона, который подлежит применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона, противоречащее его точному смыслу. УПК 2001 г., по мнению А.И. Паничевой, также «...не перечисляет виды ... неправильного применения норм материального права... Законодатель, указывая лишь на самые общие ошибки в применении уголовного закона...».³ Однако в любом случае ст. 382 УПК РФ типизировала проявления неправильности при применении УК РФ: нарушение требований Общей части УК РФ; применение не той статьи или не тех пункта и (или) части статьи Особенной части УК РФ, которые подлежали применению; назначение наказания более строгого, чем предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ.

Так, приговором мирового судьи г. Ясный по делу гр. О. назначен штраф в размере 10 тыс. руб. Однако мировой судья не указал при этом, из чего исходил при определении суммы штрафа, как этого требует ч. 1 ст. 46

¹ СПС Консультант Плюс: Версия Проф.

² Архив Дзержинского районного суда г. Оренбурга.

³ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. С. 623.

УК РФ: из суммы, кратной минимальному размеру оплаты труда, установленному законодательством РФ на момент назначения наказания, либо размеру заработной платы или иного дохода осужденного за определенный период.¹

В данном случае, в соответствии с п. 1 ст. 382 УПК РФ неправильное применение уголовного закона выражалось в нарушении требований Общей части УК РФ.

Из 35 уголовных дел (100%), рассмотренных Дзержинским районным судом г. Оренбурга в качестве апелляционной инстанции в 2001-2002 гг., по 10 делам (28%) было выявлено неправильное применение уголовного закона, повлекшее отмену (изменение) приговора мирового судьи.²

Последним апелляционным основанием является несправедливость назначенного наказания (п. 4 ч. 1 ст. 369 УПК РФ). Дело в том, что ст. 383 УПК РФ, к которой отсылает ст. 369, носит иное название – «Несправедливость приговора». По поводу соотношения этих двух статей теории в области уголовного процесса в один голос заявляют, что несправедливость приговора выражается в несправедливости назначенного наказания.³ Что значит справедливое наказание? Ст. 6 УК РФ закрепляет: «Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного» (ч. 1). Ст. 60 УК РФ уточняет: «Лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание... (ч. 1). При назначении наказания учитываются характер и степень общественной опасности преступления и личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи (ч. 3)». Таким образом, для того, чтобы назначить справедливое наказание, необходимо строго, неуклонно и неукоснительно придерживаться требования индивидуализации наказания.⁴ В противном случае «...приговор, по которому было назначено наказание, не соответствующее тяжести

¹ Обзор судебной практики по уголовным делам. Прокуратура Оренбургской области. 2003. С. 39.

² Архив Дзержинского районного суда г. Оренбурга.

³ См., например: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. С. 519, 624; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. С. 466.

Вообще, справедливость приговора является одним из свойств приговора (ст. 297 УПК РФ), по поводу которого существует и иное мнение. Так, П.А. Лупинская указывает: «...Справедливость решений не сводится только к справедливости избранной меры наказания, а относится ко всему решению в целом. Справедливым должно признаваться только то решение, которое основано на фактических обстоятельствах дела и не является голословным... В целом можно сказать, что решение, отвечающее требованию законности и обоснованности, является в то же время и решением справедливым». Лупинская П.А. Указ. соч. С. 77; Т.Г. Морщакова вторит ей: «При более широком понимании справедливость приговора основывается на его законности и обоснованности и означает правильное разрешение дела как по существу, так и по форме». Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2004. С. 519.

⁴ См. об этом: Дорошков В. Указ. соч. С. 41; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Общая часть. – М., Издательская группа ИНФРА М – НОРМА, 1996. С. 5, 155; Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Отв. ред. д.ю.н. Б.В. Здравомыслов. – М.: Юристъ, 1996. С. 395-397.

преступления, личности осужденного, либо наказание, которое хотя и не выходит за пределы, предусмотренные соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации, но по своему виду или размеру является несправедливым как вследствие чрезмерной мягкости, так и вследствие чрезмерной суровости», окажется несправедливым (ч. 1 ст. 383 УПК РФ).

Так, ввиду мягкости назначенного судом наказания отменен в апелляционном порядке приговор мирового судьи г. Ясный в отношении гр. Г., которому по ст. 117 УК РФ определено наказание в виде 6 мес. лишения свободы условно с испытательным сроком 6 мес. По мнению суда апелляционной инстанции, наказание назначено судом в нарушение требований ст. 60 УК РФ. Не была учтена вся совокупность обстоятельств, повышающих опасность деяния, и судом назначено чрезмерно мягкое наказание, не отвечающее в силу требования ст. 43 УК РФ целям восстановления социальной справедливости, а также целям исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений.¹

Несоответствие назначенного наказания тяжести совершенного преступления и личности подсудимого было выявлено по 3 делам (8,6%) из 35 (100%), рассмотренным Дзержинским районным судом г. Оренбурга в апелляционном порядке в 2001-2002 гг.²

В российском уголовном процессе при рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке проверяется и существо, и форма решения нижестоящей судебной инстанции.³ Проверка правильности установления фактических обстоятельств дела означает проверку существа приговора (п. 1 ч. 1 ст. 369, ст. 380 УПК РФ). Проверка правильности применения уголовного и уголовно-процессуального закона означает проверку формы приговора (п. 2, п. 3 ч. 1 ст. 369, ст. 381, ст. 382 УПК РФ). Кроме того, апелляционные основания согласуются и с предметом судебного разбирательства в апелляционном порядке (ст. 361 УПК РФ). Ведь проверка по апелляционным жалобам и представлениям законности приговора и постановления мирового судьи означает проверку соблюдения норм материального и процессуального права (п. 2, п. 3 ч. 1 ст. 369, ст. 381, ст. 382 УПК РФ). Проверка обоснованности – проверку соответствия выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом апелляционной инстанции (п. 1 ч. 1 ст. 369, ст. 380 УПК РФ). Осуществляя проверку справедливости приговора, районный суд выявляет, соответствует ли назначенное мировым судьей наказание

¹ Обзор судебной практики по уголовным делам. Прокуратура Оренбургской области. 2004. С. 34.

² Архив Дзержинского районного суда г. Оренбурга.

³ См. об этом: Хрестоматия по уголовному процессу России: Учебное пособие / Автор – сост. проф. Э.Ф. Куцова. – М.: Городец, 1999. С. 239; Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общей ред. проф. П.А. Лупинской – М.: Юристъ, 1995. С. 421; Ковтун Н.Н., Александров А.С. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы и решения // Государство и право. 2001. №3. С. 38; Победкин А.В. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы становления. // Государство и право. 2001. №3. С. 46-47.

критериям справедливости, предусмотренным уголовным законом (п. 4 ч. 1 ст. 369, ст. 383 УПК РФ).

Вопросы земельной реформы, экологического и бюджетного законодательства

БЮДЖЕТНЫЕ ПРАВА МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ В ПЕРЕХОДНЫЙ ПЕРИОД

*Колодина М.В. – доцент кафедры административного и финансового
права, к.ю.н.*

Налогово-бюджетная система оказывает сильное воздействие на социально-экономическую стабильность государства, и это одно из важнейших направлений исследований в области межбюджетных отношений¹. Приоритетное значение в развитии федеративных экономических отношений имеет сокращение различий в уровнях социально-экономического развития субъектов РФ. Это подразумевает под собой равенство территорий по уровню реальных доходов соответствующих групп населения, развитию социальной и производственной инфраструктур,² выравнивание бюджетных доходов и расходов в расчете на душу населения.² Таким образом, совершенствование финансовых взаимоотношений между федеральными, региональными и местными органами власти является одним из ключевых факторов экономического и политического развития России.

Налогово-бюджетное законодательство РФ на протяжении последних десятилетий характеризовалось высоким уровнем централизации финансовых полномочий, особенно в сфере бюджетных доходов. В результате возникали противоречия между децентрализацией бюджетных ресурсов и формальной централизацией налогово-бюджетных полномочий, которые усугублялись резкими различиями в бюджетной обеспеченности субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. (Например, если в 1996 г. с территории Рязанской области на федеральный уровень перечислялось 34% всех собираемых налогов и сборов, то в 2002 г. - около 68%. Бюджет области на 2003 г. на 76% был сформирован из отчислений от федеральных регулирующих налогов и сборов, собственные областные поступления составляли только 16% и 8% - муниципальные.)³ Постепенно законодатель пришел к осознанию того факта, что заинтересованность органов власти субъектов РФ и местного

¹ Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации - М.: Манускрипт, 1995.

² Петрова Г.В. О конституционных основах налогово-бюджетного федерализма и межбюджетных отношений. // Журнал российского права. № 1. 2003.

³ Федоткин В.Н. Власть или служанка? // Советская Россия. 2003. 6 февраля.

самоуправления в эффективном управлении общественными финансами, реструктуризации бюджетной сферы и создании благоприятных условий для экономического развития соответствующих территорий напрямую зависит от их налогово-бюджетной самостоятельности. Законодательно установленные налогово-бюджетные полномочия создают также правовой механизм ответственности органов власти субъектов РФ и местного самоуправления за результаты своей финансовой и социально-экономической политики.

Принятая Постановлением Правительства РФ от 15 августа 2001 г. № 584 Программа развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 года была призвана продолжить реформирование бюджетной системы РФ, которое было впервые продекларировано в Концепции реформирования межбюджетных отношений в РФ на 1999-2001 год, утвержденной Постановлением Правительства от 30 июля 1998 г. № 862. Целью Программы стало формирование и развитие системы бюджетного устройства, позволяющей органам власти субъектов и местного самоуправления проводить самостоятельную налогово-бюджетную политику в рамках законодательно установленного разграничения полномочий и ответственности между органами власти разных уровней.

Эта система должна обеспечивать:

экономическую эффективность - создание долгосрочных стимулов для органов власти субъектов и местного самоуправления проводить структурные реформы, поддерживать конкурентную среду, благоприятный инвестиционный и предпринимательский климат, содействовать росту доходов населения и экономическому развитию соответствующих территорий;

бюджетную ответственность - управление общественными финансами от имени и в интересах населения, при максимально эффективном использовании налоговых и иных ресурсов соответствующих территорий для предоставления бюджетных (общественных) услуг, прозрачности и подотчетности налогово-бюджетной политики, сбалансированности всех стадий бюджетного процесса, повышение законодательно установленной взаимной ответственности органов власти разных уровней при выработке и проведении бюджетной политики;

социальную справедливость - выравнивание доступа граждан, вне зависимости от места их проживания, к основным общественным услугам и социальным гарантиям;

политическую консолидацию - достижение общественного согласия по вопросам распределения между властями разных уровней налогово-бюджетных полномочий, создание условий для эффективного выполнения органами власти субъектов и местного самоуправления своих функций, содействие развитию гражданского общества;

территориальную интеграцию - обеспечение единства налогово-бюджетной системы, предотвращение появления и смягчение диспропорций регионального развития, упрочение территориальной целостности страны.¹

Чтобы перечисленные цели были достигнуты, необходимо обеспечить реализацию прав и обязанностей органов власти субъектов и местного самоуправления принимать в рамках федерального законодательства самостоятельные решения по организации своего бюджетного процесса. Расходы и доходы бюджетов должны формироваться на основе четкого и стабильного разграничения расходных полномочий и доходных источников, гарантирующих финансовую самостоятельность субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. Только на такой основе возможна реализация дальнейших мер по обеспечению эффективности использования бюджетных средств. Часть из них предусматривается в проекте Федерального закона «О внесении изменений в Бюджетный кодекс в части регулирования бюджетного процесса», который находится в настоящее время на рассмотрении в комитете Государственной Думы по бюджету и налогам. Реформа бюджетного процесса направлена на переход к программно-целевым и среднесрочным методам бюджетного планирования, ориентированным на результат. Бюджетное планирование будет напрямую увязано с долгосрочными целевыми программами, исполнением публичных обязательств сектора государственного управления, выполнением государственных и муниципальных заданий.²

Как известно, совокупность бюджетов, соответствующих определенному уровню власти, образует уровень бюджетной системы. Принадлежность бюджетного фонда тому или иному уровню бюджетной системы зависит от конституционно-правового статуса соответствующего территориального образования и характера взаимоотношений его органов власти в системе публичного управления. Изменения территориального устройства государства как способа организации публичной власти оказывают влияние на структуру бюджетной системы. Одной из задач Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», определившего начало следующего этапа реформы местного самоуправления в Российской Федерации, явилось упорядочение территориальной основы местного самоуправления.

До 1995 года в РФ существовало 3 уровня административно-территориального деления и, соответственно, 3 уровня бюджетной системы субъектов Российской Федерации: 1) региональный (субъектов Российской Федерации); 2) районов и городов областного (краевого, республиканского, окружного) значения; 3) городов районного значения, поселков, сельских администраций, районов в городах. Если Федеральный закон от 28 августа

¹ Постановление Правительства РФ от 15 августа 2001 г. № 584 «О программе развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 года».

² Тресков В. Бюджет потеряет одно чтение. // Российская газета. 10 марта 2006 г. № 48.

1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах местного самоуправления в Российской Федерации» обозначал лишь возможность существования в границах одного муниципального образования других муниципальных образований, то в законе 2003 года четко определена необходимость создания различных типов муниципальных образований, в том числе сложносоставных, включающих в себя другие муниципалитеты. Определено, что местное самоуправление осуществляется на всей территории Российской Федерации в городских, сельских поселениях, городских округах и муниципальных районах. Таким образом, местное самоуправление должно развиваться не только в городских центрах и поселках, как это по преимуществу было до сих пор, но и на всех сельских территориях, и не только в крупных и средних, но и в небольших населенных пунктах.

Федеральным законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 28 августа 1995 года все муниципальные образования были уравнены в правовом статусе. Бюджетное законодательство также не делало никаких различий между разными типами муниципальных образований, наделяя одинаковыми бюджетными полномочиями как поселенческие, так и районные муниципалитеты, и полностью умалчивая о сложносоставных муниципальных образованиях. В результате в большинстве субъектов Российской Федерации муниципальные образования и местные бюджеты сформировались на уровне бывших городов областного (краевого, республиканского, окружного) значения и административных районов. Территориальные единицы более низкого уровня (бывшие города районного значения, поселки, сельсоветы) были переведены на сметное финансирование. В отдельных субъектах Российской Федерации муниципальные образования и местные бюджеты были созданы на уровне городов, поселков, сельских администраций, но при этом реально бюджетный процесс осуществляется только на уровне районов. Ряд областей (например, Брянская) сначала ввели муниципальные образования второго уровня (сельские, поселковые), а через несколько лет были вынуждены от них отказаться. Одна из основных причин - отсутствие финансовых возможностей для формирования самостоятельных бюджетов таких муниципальных образований.¹ Оренбургская область, проработав некоторое время с поселковыми и сельскими бюджетами, вскоре перешла на формирование районных бюджетов, соответствующим образом реформировав свое муниципальное устройство. Опыт работы сельских и поселковых муниципальных образований оказался во многом негативным. Бюджеты данных муниципальных образований фактически не формировались по нескольким причинам. Во-первых, отсутствовала материальная и организационная база, необходимая для осуществления бюджетного процесса. Неоднократно указывалось на нехватку квалифицированных специалистов на местах. Во-вторых, у местных органов власти отсутствовала достоверная и полная информация о налоговом

¹ Овчинников И.И. Финансы местного самоуправления. // Гражданин и право. № 4-5. 2003 г.

потенциале своих территорий. Информационное взаимодействие с органами государственной власти, и прежде всего с налоговыми органами, оказалось не налаженным. И в-третьих, что самое главное, в распоряжении муниципалитетов оказалась очень незначительная налоговая база, а их налоговые полномочия были довольно узкими. Таким образом, финансирование поселковых и сельских муниципальных образований осуществлялось в основном за счет дотаций. При этом основная часть расходов местных бюджетов, включая заработную плату в бюджетной сфере, а также финансирование сети бюджетных учреждений регламентировалась централизованно установленными нормами. Все это лишало реального содержания бюджетный процесс на местном уровне.

Коррективы, внесенные в бюджетное законодательство Федеральным законом от 20.08.2004 г. № 120-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс РФ в части регулирования межбюджетных отношений» были призваны решить именно эти проблемы. В настоящее время бюджетное законодательство и законодательство о местном самоуправлении приведены в соответствие друг с другом. Структура бюджетной системы РФ была уточнена и теперь включает в себя бюджеты муниципальных районов, городских округов, внутригородских муниципальных образований городов Москвы и Санкт-Петербурга, бюджеты городских и сельских поселений. Бюджетный кодекс впервые установил возможность формирования в субъектах Российской Федерации местных бюджетов разных типов (уровней), разделяя муниципальные образования на территориальные и поселенческие. Таким образом, вместо трех уровней бюджетной системы возникло четыре уровня – федеральный бюджет, бюджеты субъектов РФ, бюджеты муниципальных районов и городских округов и бюджеты поселений. Сфера их расходных полномочий определяется предметами ведения органов местного самоуправления, закрепленными в Федеральном законе от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», вводятся единые принципы формирования доходов местных бюджетов разных типов и выравнивания бюджетной обеспеченности муниципальных образований.

Помимо уточнения перечня доходов и расходов бюджетов, Бюджетный кодекс РФ провозгласил принцип экономической ответственности органов власти за эффективное управление финансами территорий. Формально это выражается в закреплении за бюджетами налоговых доходов на постоянной основе, отказе от регулирующих доходов (за исключением одного - налога на доходы физических лиц), ужесточении порядка предоставления финансовой помощи из вышестоящих бюджетов и отмене понятия «минимальная бюджетная обеспеченность». Согласно статьям 131, 137 Бюджетного кодекса финансовая помощь в виде дотаций предоставляется только в целях выравнивания бюджетной обеспеченности территориальных бюджетов. Для определения потребностей территорий в дотациях и расчета их объема Бюджетный кодекс предложил использовать понятие «бюджетная

обеспеченность», рассчитывать которую предполагалось исходя не из фактически собираемых налоговых доходов бюджетов, а из «налогового потенциала территории», то есть из потенциально возможных максимальных объемов налоговых поступлений. (Ясно, что при такой формуле расчетов размер бюджетной обеспеченности всегда будет выглядеть несколько завышенным по сравнению с фактическими цифрами.) Предусмотрена также возможность заменять сумму дотации на дополнительные процентные отчисления по налогу на доходы физических лиц, которые должны зачисляться в дотируемый бюджет. Данная норма призвана стимулировать местные органы власти к развитию экономики на своей территории и увеличению налоговой базы. При этом, статьями 130, 136 Бюджетного кодекса РФ в качестве условия предоставления дотаций территориальным бюджетам, в которых в течение двух из трех последних лет дотации составляли более 50% от их собственных доходов, предусмотрено заключение соглашений с вышестоящими финансовыми органами о мерах по повышению эффективности использования бюджетных средств. Бюджетный кодекс вводит также и другие меры ответственности органов власти за неисполнение бюджетных обязательств. В частности, ст.168.2 предусматривает введение временной финансовой администрации в субъекте РФ или муниципальном образовании на срок до одного года, если просроченная задолженность по исполнению бюджетных или долговых обязательств превышает 30% объема собственных доходов соответствующего бюджета.

Законодатель планировал введение данных механизмов в действие с начала 2006 года. Однако, анализ финансовых взаимоотношений территорий с учетом норм Федерального закона от 20.08.2004 г. № 120-ФЗ, показал, что система государственных органов и муниципальная власть не готовы реализовать на практике такие кардинальные изменения в столь короткий срок. Поэтому вскоре данный закон был пересмотрен. В отдельных субъектах РФ процесс наделения поселений статусом муниципальных образований затянулся, выяснилось, что не все поселения обладают достаточной материальной, кадровой, информационной и технической базой, необходимой для самостоятельного осуществления своих полномочий, в том числе в области бюджета. Не сформирована была и правовая база межбюджетных отношений. Большие трудности возникли с расчетами налогового потенциала территорий, а также выяснилось, что оценить налоговую базу по местным налогам не всегда можно из-за отсутствия налогового учета. Рассчитать налоговую базу по земельному налогу, например, трудно из-за отсутствия данных земельного кадастра, который во многих регионах находится в стадии формирования. При оценке поступлений по налогу на имущество физических лиц на местах часто сталкиваются с проблемой незаконных строений. Таким образом, разрыв между налоговым потенциалом и реальным уровнем налоговых доходов в некоторых случаях так велик, что это может привести к неисполнению

бюджетных обязательств. Федеральным законом от 12 октября 2005 г. № 129-ФЗ «О внесении изменений в статьи 83 и 85 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», Федеральный закон «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования межбюджетных отношений» и в статью 7 Федерального закона «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации о налогах и сборах» был установлен переходный период до 1 января 2009 года. В переходный период при формировании бюджетов муниципальных районов до 2008 года включительно разрешается распределять средства районных фондов финансовой поддержки поселений с использованием показателей фактических доходов и расходов за отчетный период или прогнозируемых на плановый период доходов и расходов бюджетов поселений. Дотации из региональных фондов финансовой поддержки муниципальных районов (городских округов) могут распределяться по показателям фактических или прогнозируемых доходов и расходов бюджетов муниципальных районов (городских округов): 1) в 2006 году в размере до 100 процентов от общего объема средств указанных фондов; 2) в 2007 году в размере до 80 процентов от общего объема средств указанных фондов; 3) в 2008 году в размере до 50 процентов от общего объема средств указанных фондов.

Федеральный закон от 27 декабря 2005 г. № 198-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации, Федеральный закон «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования межбюджетных отношений» и Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» сделал еще ряд уступок регионам и муниципалитетам в проведении реформы. В частности, был расширен перечень налогов, дополнительными отчислениями от которых могут заменяться суммы дотаций из региональных фондов финансовой поддержки поселений и муниципальных районов и дотации из районных фондов финансовой поддержки поселений. Нормативы дополнительных отчислений устанавливаются на срок не менее одного года. Таким образом, инструментом бюджетного регулирования теперь стал не только налог на доходы физических лиц, но и другие налоги, закрепленные за субъектами РФ и муниципальными районами.

К концу 2005 года стало ясно, что бюджеты поселений готовы заработать далеко не во всех регионах РФ. В результате Федеральным законом от 12 октября 2005 г. № 129-ФЗ было предусмотрено, что до 1 января 2009 года решение вопросов местного значения вновь образованных поселений может осуществляться органами местного самоуправления муниципальных районов, если это предусмотрено законами субъектов Российской Федерации. А в части 3 статьи 52 Федерального закона от 6

октября 2003 года № 131-ФЗ установлено, что полномочия местной администрации поселения по формированию, исполнению и контролю за исполнением бюджета поселения могут полностью или частично осуществляться на договорной основе местной администрацией муниципального района. Одной из главнейших причин, затрудняющих деятельность поселенческих муниципальных образований является недостаточность закрепленных за бюджетами поселений собственных доходов. Основная часть доходов территориальных бюджетов по-прежнему формируется за счет отчислений от федеральных налогов. Перечень и налогооблагаемая база местных налогов заведомо недостаточны для финансирования расходов местного характера, при этом полномочия по регулированию данных налогов на региональном и местном уровне весьма ограничены. Вначале Бюджетный кодекс предусматривал, что в бюджеты поселений зачисляются 100% земельного налога и налога на имущество физических лиц, 10 % налога на доходы физических лиц 30% единого сельскохозяйственного налога, а также суммы штрафов, собранные на территории поселения, и суммы от продажи для целей жилищного строительства земельных участков, находящихся на территории поселения. В бюджеты муниципальных районов зачислялись дополнительно к вышеперечисленным доходам 20 % налога на доходы физических лиц, 90% единого налога на вмененный доход для определенных видов деятельности, некоторые виды государственной пошлины и 40% платы за негативное воздействие на окружающую среду. Федеральный закон от 19 декабря 2005 г. N 159-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации» предусмотрел зачисление в бюджеты муниципальных районов и городских округов сумм сборов за выдачу лицензий на розничную продажу алкогольной продукции, выдаваемых органами местного самоуправления, по нормативу 100 процентов и лишил бюджеты поселений доходов от штрафных санкций. Таким образом, доходная база бюджетов поселений еще более сузилась.

Статья 132 Конституции РФ устанавливает принцип самостоятельности местного самоуправления в сборе местных налогов и распоряжении своими бюджетными средствами (право самостоятельно управлять муниципальной собственностью, формировать, утверждать и исполнять муниципальный бюджет, устанавливать местные налоги и сборы, решать иные вопросы местного значения). Компетенция органов местного самоуправления в сфере бюджетных отношений закреплена ст.9 БК РФ:

- установление порядка составления и рассмотрения проектов местных бюджетов, осуществления контроля за их исполнением и утверждения отчетов об исполнении местных бюджетов;
- составление и рассмотрение проектов местных бюджетов, осуществление контроля за их исполнением и утверждение отчетов об исполнении местных бюджетов;

- определение порядка направления в местные бюджеты доходов от использования муниципальной собственности, местных налогов и сборов, иных доходов местных бюджетов;
- определение порядка и условий предоставления финансовой помощи и бюджетных ссуд из местных бюджетов;
- предоставление финансовой помощи и бюджетных ссуд из местных бюджетов;
- определение порядка осуществления муниципальных заимствований;
- осуществление муниципальных заимствований и управление муниципальным долгом.

Данные полномочия органов публичной власти на местах могут осуществляться только органами местного самоуправления, что означает признание неконституционным отнесение указанных полномочий к ведению органов государственной власти. В свою очередь территориальные органы государственной власти административно-территориальных единиц в составе субъектов РФ, реализуя свои властные полномочия, не могут иметь бюджетных полномочий, и соответственно, формировать собственные бюджеты. При этом субъекты РФ обладают рядом прав относительно бюджетов муниципальных образований. Среди них выделяют следующие основополагающие права:

регулирующие: бюджетная деятельность муниципальных образований регулируется нормами регионального законодательства, субъект РФ осуществляет бюджетное регулирование местных бюджетов;

обеспечивающие: предоставление местным бюджетам финансовой помощи в порядке и формах, определенных законодательством; компенсационное возмещение финансовых потерь местных бюджетов, вызванных действиями органов государственной власти субъекта РФ;

контролирующие: осуществление контроля за бюджетной деятельностью муниципальных образований.¹

Бюджетный кодекс в новой редакции существенно расширил регулирующие полномочия субъекта РФ по отношению к местным бюджетам. Бюджетный кодекс возлагает на субъект РФ разработку единых методик расчета объемов финансовой помощи поселениям из районных фондов финансовой поддержки, утверждение порядка расчета и предоставления субвенций муниципальным районам из регионального фонда компенсаций и методики расчета органами местного самоуправления муниципальных районов субвенций бюджетам поселений на осуществление государственных полномочий. В случае замены дотаций из районных фондов финансовой поддержки поселений дополнительными нормативами отчислений от налогов и сборов, подлежащих зачислению в бюджет муниципального района, порядок их расчета и установления также утверждается законом субъекта Российской Федерации. Федеральным законом от 27 декабря 2005 года № 198-ФЗ субъекту РФ предоставлено право

¹ Крохина Ю.А. Финансовое право России. - М.: НОРМА, 2004. С. 269.

самостоятельно изменять единые нормативы отчислений от налога на доходы физических лиц в местные бюджеты по сравнению с закрепленными в БК РФ. Законом субъекта Российской Федерации могут устанавливаться нормативы, по которым доходы от местных налогов, а также от федеральных и региональных налогов (сборов) и неналоговые доходы, предусмотренные пунктами 1 - 3 статьи 61 и статьей 62 Бюджетного кодекса РФ, подлежащие зачислению в бюджеты поселений, будут зачисляться в бюджет муниципального района, в состав которого входят указанные поселения.

Оренбургская область воспользовалась возможностями по отсрочке полномасштабного введения в действие бюджетов поселений. Законом Оренбургской области от 15 декабря 2005 г. № 2843/500-III-ОЗ «Об особенностях реализации Федерального закона от 06.10.2003 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в переходный период» часть полномочий поселений закреплена за муниципальными районами. При этом за поселениями сохранены их бюджетные права, однако земельный налог и налог на имущество физических лиц устанавливаются нормативными правовыми актами представительного органа муниципального района, в состав которого входят указанные поселения. Муниципальным районам переданы все права по распоряжению земельной собственностью и 80% земельного налога, а также в бюджеты районов поступает 10% налога на доходы физических лиц, предназначенного для зачисления в бюджеты поселений. В бюджеты поселений зачисляются поступления от налога на имущество физических лиц - по нормативу 100 процентов, налоговые доходы от единого сельскохозяйственного налога - по нормативу 30 процентов, а также доходы от федеральных, региональных и (или) местных налогов и сборов по нормативам отчислений, устанавливаемым представительными органами муниципальных районов в соответствии со статьей 63 Бюджетного кодекса Российской Федерации. При формировании бюджетов муниципальных районов в Оренбургской области в переходный период допускается распределение средств районных фондов финансовой поддержки поселений с использованием показателей фактических доходов и расходов за отчетный период. Одновременно активно ведется работа по заключению соглашений между поселениями и муниципальными районами об осуществлении бюджетных полномочий администраций поселений администрациями муниципальных районов.

С учетом положений Закона Оренбургской области от 30 ноября 2005 г. № 2738/499-III-ОЗ «О межбюджетных отношениях в Оренбургской области» на сегодня складывается следующая система налогово-бюджетных отношений между муниципальными образованиями и областью в целом. На территории области сформировано 613 поселений, входящих в состав муниципальных районов, а также городские округа. Основной объем доходных поступлений сосредотачивается в областном бюджете, поскольку ни один из федеральных и региональных налогов, закрепленных за

бюджетом области, не передается в местные бюджеты. Область использовала полномочия, предоставленные федеральным законодателем, и сократила доходные источники бюджетов поселений, передав их в бюджеты муниципальных районов. Основные виды финансовой помощи из бюджета Оренбургской области предоставляются в адрес муниципальных районов (городских округов). Муниципальным районам переданы государственные полномочия субъекта РФ по расчету и предоставлению дотаций поселениям. Средства на эти цели выделяются из областного фонда компенсаций. В свою очередь, фонд компенсаций формируется из субвенций, перечисляемых поселениями с высоким уровнем расчетных налоговых доходов. Бюджетам муниципальных районов предоставляются дотации на выравнивание их бюджетной обеспеченности из областного фонда финансовой поддержки муниципальных районов, который также формируется за счет субвенций муниципальных районов с наиболее высокими налоговыми доходами. Таким образом, бюджет области выполняет по отношению к местным бюджетам в основном перераспределительную функцию.

Анализируя изменения, внесенные в Федеральный закон от 20.08.2004 г. № 120-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс РФ в части регулирования межбюджетных отношений», можно констатировать, что основные новеллы данного закона так и не начали действовать с 1 января 2006 года, а отложены законодателем на период до 2009 года. Прежде всего, так и не удалось ввести расчет дотаций исходя из расчетной бюджетной обеспеченности территорий, а также не удалось отказаться от системы регулирующих налогов во взаимоотношениях между субъектом РФ и муниципальными образованиями и между муниципальными районами и поселениями. Существенно были пересмотрены доходные источники местных бюджетов. По сути, основными доходами местных бюджетов продолжают быть дотации, субвенции и регулирующие налоги, передаваемые субъектом РФ. С 2 до 1,3 снижен коэффициент уровня расчетных налоговых доходов местных бюджетов, используемый для перечисления субвенций в бюджет субъекта РФ (ст. 142.2 БК РФ). Понижение данного показателя, на наш взгляд, уменьшает гарантии самостоятельности местных бюджетов. Как показала практика, многие регионы оказались не готовы к реализации новой схемы межбюджетных отношений в силу объективных причин, которые не были учтены федеральным законодателем. В итоге, к сожалению, можно по-прежнему утверждать, что «картина межбюджетных отношений представлена как комплекс противоречий между ... органами государства и органами местного самоуправления по поводу разграничения доходных источников бюджетной системы и обязанностей по осуществлению расходов из бюджетов всех уровней».¹

¹ Горбунова О.Н., Селюков А.Д., Другова Ю.В. Бюджетное право. - М., 2002. С. 111.

О ПРАВОВОМ СТАТУСЕ ПРОИЗВОДСТВЕННЫХ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ В СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННЫХ КООПЕРАТИВАХ

*Лопина И.М. – доцент кафедры аграрного и экологического права,
К.Ю.Н.*

Вопросам организации труда и его оплаты в сельскохозяйственных кооперативных организациях в советский период уделялось серьезное внимание в законодательстве и научной литературе¹, поскольку от уровня организации труда зависит его производительность, эффективность производства.

Понятие организации труда трактуется учеными следующим образом. И.В.Павлов сводит организацию труда к организации людей на выполнение определенных работ в хозяйстве, расстановке и упорядочению их деятельности, а также к соблюдению трудовой дисциплины. К вопросу организации труда он относит конкретные организационные формы, в качестве которых рассматривает производственные бригады².

Более детальное определение организации труда дал К.А.Шайбеков, понимая под этим объединение работающих, распределение и расстановку их по отдельным отраслям и участкам хозяйства в соответствии с трудовой квалификацией, опытом и правильное их соединение со средствами производства в целях наиболее эффективного использования рабочей силы, земли, техники и других средств производства. При этом основными элементами организации труда являются: создание производственных подразделений в форме постоянных производственных бригад, звеньев, ферм, распорядок их работы, определение прав и обязанностей руководителей и участников в процессе труда, рабочее время (продолжительность рабочего дня), рабочие смены и время отдыха (выходные дни, перерывы в работе, трудовые отпуска), нормирование труда и тарификация работ, подсобные предприятия и промыслы, организация их работы, а также распределение работы между членами производственных

¹ Следует отметить, что опыт организации членов сельскохозяйственной артели на группы и категории по трудоспособности, накопленный уже в первые годы советской власти, приобрел более прогрессивную форму в виде создания производственных бригад, чему положило начало постановление ЦК ВКП(б) «Об очередных мероприятиях по организационно-хозяйственному укреплению колхозов» от 4 февраля 1932 года. Претерпевала изменения и форма оплаты труда. На смену уравнильным принципам распределения (по «едокам», «душам»), применявшимся в сельском хозяйстве России в период «военного коммунизма», еще в 1927 году постановлением ЦИК и СНК СССР «О коллективных хозяйствах» предусматривалось ввести учет труда и соответствующую его оплату по количеству и качеству произведенных работ. См., например: Шайбеков К.А. Теоретические проблемы правового регулирования оплаты труда в колхозах. - Алма-Ата, 1968. С. 189, 192, 197; Фигуровская Н.К. Развитие аграрной теории в СССР. Конец 20-х-30-е годы. - М., 1983. С. 113-116.

² Павлов И.В. Колхозное право. – М.: Госюриздат, 1960. С. 215, 222.

подразделений и закрепление за каждым подразделением необходимых средств производства¹.

Представляется, что, в целом, выработанное советской наукой колхозного права понятие организации труда не подлежит пересмотру, являясь и сегодня по содержанию действительным.

В настоящее время, к сожалению, проблема организации труда ушла из поля зрения ученых юристов-аграрников, а действующее российское законодательство вообще не выделяет обособленные структурные единицы. Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. «О сельскохозяйственной кооперации»² также практически не содержит норм, регулирующих внутривозрастные отношения по организации труда, проигнорировав эту обязанность в пользу актов локального характера (ст. 40 Закона). Кстати сказать, трудовые отношения в Законе о сельскохозяйственной кооперации представлены очень слабо: в частности, необходимо было установить порядок рассмотрения трудовых споров, определить условия труда и так далее.

Но проблема установления правового статуса подразделений на уровне Закона существует. Несмотря на прошедшее в ходе аграрной реформы дробление колхозов, других сельскохозяйственных кооперативов (а равно и хозяйственных обществ) сельскохозяйственные коммерческие организации все еще в большинстве своем представляют предприятия крупного размера. По этой причине, а также в связи с территориальными (расселение), почвенными и технологическими особенностями ведения сельского хозяйства, их деятельность немыслима без производственных подразделений, осуществляющих различные виды сельскохозяйственной деятельности на отдельных участках (циклах) производства.

Термин «производственное подразделение» как форма организации производства и труда был введен Примерным уставом колхоза 1969 года³. Под производственным подразделением понимают юридически четко сформулированную составную структурную часть юридического лица, характеризующуюся постоянством состава, организационной устойчивостью, определенной имущественной обособленностью и оперативно-хозяйственной самостоятельностью в выполнении доводимого до него задания⁴.

Вопрос о правосубъектности производственных подразделений в колхозах (а равно и в совхозах) являлся предметом активной дискуссии среди ученых юристов-аграрников и экономистов особенно в 70-80-е годы 20-го века.

Страутманис Я.Я. не признавал «за бригадами, фермами, подсобными предприятиями колхоза права оперативного управления имуществом,

¹ Шайбеков К.А. Теоретические проблемы правового регулирования оплаты труда в колхозах. - Алма-Ата, 1968. С. 105-107, 248.

² Сборник законодательства РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.

³ Сборник постановлений СССР. 1969. № 26. Ст. 150.

⁴ Об этом см.: Казьмин И.Ф. Производственно-хозяйственная деятельность колхозов. Правовые вопросы. - М., 1972. С. 91; Предпринимательское (хозяйственное) право. Т.1. / Отв. ред. О.М.Олейник, - М., 1999. С. 286.

закрепленным за ними по решению правления колхоза»¹, отрицая, таким образом, возможность возникновения между организацией и ее производственными подразделениями правовых отношений.

Большинство ученых юристов-аграрников признавали производственные подразделения субъектами внутрихозяйственных правоотношений, притом с разной степенью их хозяйственной самостоятельности. Так, И.Ф.Казьмин считал, что «подразделение выступает субъектом целого комплекса юридических прав и обязанностей в области имущественных, трудовых, управленческих и земельных внутриколхозных правоотношений, который необходим ему для надлежащего выполнения своих производственных функций»².

Ряд ученых, как юристы, так и экономисты наделяли производственные подразделения полной самостоятельностью в сфере производственно-финансовой деятельности, что по существу соотносится с обладанием прав юридического лица. Первые предложения об этом прозвучали еще в конце 60-х годов прошлого века. В.З.Янчук отмечал редкую возможность наличия прав юридического лица у некоторых производственных подразделений³, не уточняя при этом, какие именно структурные единицы могут обладать таким статусом. М.Лемешев выступал за предоставление права регулировать отношения между колхозом и производственными подразделениями посредством хозяйственных договоров в их гражданско-правовом значении⁴.

По мнению В.З.Янчука, между предприятием и его производственными подразделениями складываются, как правило, «имущественные, организационные и управленческие отношения»⁵, где подразделения выступают как субъекты права внутрихозяйственного управления имуществом.

Этой точки зрения придерживались М.И.Козырь, Л.И.Спиридонов, А.А.Рускол, А.М.Каландадзе и другие. Признание производственных подразделений колхоза субъектами права внутрихозяйственных отношений основывалось на анализе норм Примерного Устава сельскохозяйственной артели 1935 года⁶, Примерного Устава колхоза 1969 года и других актов колхозного права, в которых за подразделениями закреплялась земля и другие средства производства, устанавливалась система управления в них, что позволило говорить об оперативно-хозяйственной самостоятельности подразделений. Укреплению статуса подразделений колхозов как субъектов внутриколхозных правоотношений способствовало и внедрение в середине 60-х годов внутрихозяйственного расчета, поскольку участники хозрасчетных отношений должны обладать необходимой инициативой и

¹ Страутманис Я.Я. Правовое регулирование имущественных отношений колхозов. - Рига, 1970. С. 29.

² Казьмин И.Ф. Производственно-хозяйственная деятельность колхозов. Правовые вопросы. - М., 1972. С. 90.

³ Там же.

⁴ Лемешев М. Межотраслевые связи сельского хозяйства. «Экономика». 1968. С. 259-260.

⁵ Янчук В.З. Проблемы теории колхозного права. - М., 1969. С. 98.

⁶ Собрание законодательства СССР. 1935. № 11. Ст. 82.

заинтересованностью в повышении эффективности производства и при этом нести ответственность за результаты своего труда, что, естественно, требует установления для них соответствующих прав и обязанностей.

Следует отметить, что колхозы всегда были пионерами во внедрении внутрихозяйственных отношений в отличие от предприятий промышленности, строительства и других. Так, элементы внутрихозяйственного расчета были закреплены еще в 1948 году в принятом в соответствии с решениями Пленума ЦК ВКП(б) Постановлении Совета Министров СССР «О мерах по улучшению организации, повышению производительности и упорядочению оплаты труда в колхозах»¹, посвященном вопросам совершенствования организации и оплаты труда в колхозах.

Внутрихозяйственный расчет представляет собой основу всей системы так называемого полного хозрасчета кооператива. Под хозяйственным расчетом понимают метод планового хозяйствования, заключающийся в соизмерении производственных затрат с полученными результатами, возмещении расходов доходами и обеспечении рентабельности производства. Иными словами, хозрасчет – это заинтересованность в рачительном ведении хозяйства и соблюдении режима экономии, оплата труда и материальное поощрение в соответствии с полученными результатами, развитие производства и удовлетворение социальных потребностей работающих за счет прибыли².

Одним из первых нормативно-правовых актов, посвященных становлению хозрасчетных отношений в сельском хозяйстве, явилось постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 13 апреля 1967 года «О переводе совхозов и других государственных сельскохозяйственных предприятий на полный хозяйственный расчет»³. В колхозах же введение внутреннего хозрасчета практически стало обязанностью после принятия Примерного Устава колхоза 1969 года, согласно части 4 статьи 26 которого «деятельность производственных подразделений колхоза осуществляется на основе внутрихозяйственного расчета». При этом детально вопросы организации внутрихозяйственного расчета⁴ в сельскохозяйственных предприятиях были определены Основными положениями по внутрихозяйственному расчету в колхозах, совхозах и других сельскохозяйственных предприятиях, утвержденными приказом Министра сельского хозяйства СССР от 22 июля 1976 года⁵. Так, названный

¹ См.: Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. Т. 3. - М., 1968. С. 469.

² См.: Хозрасчет и самоуправление в трудовых коллективах колхозов и совхозов. Учебное пособие для колхозников и рабочих совхозов. / Под ред. И.Г.Ушачева. - М., 1988. С. 98-99.

³ Собрание постановлений СССР. 1967. № 10. Ст. 55.

⁴ Необходимо уточнить, что применение понятия «внутрихозяйственный расчет» ограничивается сферой внутренних отношений сельскохозяйственного предприятия, участниками которых являются его производственные единицы. При этом различают и общехозяйственный расчет, выражающийся в самокупаемости самого предприятия. По этому вопросу см.: Казьмин И.Ф. Производственно-хозяйственная деятельность колхозов. Правовые вопросы. - М., 1972. С. 12.

⁵ Сб. колхозно-правовых актов. / Под ред. В.Н.Демьяненко. - Изд-во Саратовского ун-та, 1978. С. 112-116.

нормативный акт в пункте 4 определял, что статус производственных подразделений с введением внутрихозяйственного расчета не подвергся существенной деформации: хозрасчетные подразделения не наделялись правами юридического лица и, соответственно, не получили право вступать в хозяйственные взаимоотношения с другими предприятиями и организациями, не имели самостоятельного баланса и расчетного счета в банке, не могли вести непосредственные расчеты с финансово-кредитными органами.

Внедрение внутрихозяйственного расчета предполагает проведение комплекса взаимосвязанных организационно-экономических мероприятий. В их числе следует выделить осуществление концентрации производства и совершенствование его внутрихозяйственной специализации, изменение структуры хозяйства и системы управления с целью наиболее рационального использования земли, техники и рабочей силы; определение прав, обязанностей и установление ответственности каждого участника внутрихозяйственного расчета; улучшение планирования, учета, отчетности и экономического анализа результатов работы; повышение заинтересованности и ответственности подразделений за улучшение использования земли, основных и оборотных средств; совершенствование форм организации и оплаты труда.

О достижении поставленной цели – внедрении хозрасчета должны свидетельствовать положительные результаты (как в отдельно взятом структурном подразделении, так и в хозяйстве в целом) в производстве и реализации продукции, в выполнении работ, окупаемости затрат и рентабельности, а также тот факт, что темпы роста производительности труда выше, нежели темпы роста его оплаты.

Система внутрихозяйственного расчета и правосубъектность производственных подразделений в колхозах и совхозах получили дальнейшее развитие с середины 80-х годов в связи с разработкой в экономической науке и внедрением в практику внутрихозяйственных подрядных отношений. Правовое регулирование внедрения подряда в сельском хозяйстве изначально осуществлялось на основе подзаконных актов, носящих в значительной мере императивный характер. Так, постановлением ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 14 ноября 1985 года «О дальнейшем совершенствовании управления агропромышленным комплексом»¹ было предусмотрено повсеместное введение коллективного подряда и хозрасчета в производственных звеньях, а также развитие хозяйственной инициативы трудовых коллективов на основе применения экономических методов управления и повышения материальной заинтересованности работающих в конечных результатах труда.

Коллективный подряд производственных подразделений – это договорная форма производственно-экономических отношений между сельскохозяйственной организацией и ее внутрихозяйственными

¹ Собрание постановлений СССР. 1985. № 34. Ст. 160.

подразделениями, основанная на хозрасчетном задании по производству сельскохозяйственной продукции (работ, услуг), самостоятельности подрядного коллектива в организации производственной деятельности с оплатой по конечным результатам труда и распределении коллективного заработка между подрядчиками с учетом личного трудового вклада в общие результаты¹. В роли подрядчика выступает коллектив подразделения на подряде, а в роли заказчика – администрация организации.

При внедрении подрядных форм организации производства особое внимание уделяется договору как средству юридической регламентации производственных и экономических коллективно-подрядных отношений. В договоре должны быть определены обязательства его сторон, имеющие как специфический, обусловленный особенностями отраслевого производства, так и общий (межотраслевой) характер, конкретизированы права сторон, указаны меры имущественной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, а также урегулирован порядок продления и расторжения договора.

В целом, обязательства заказчика сводятся к своевременному предоставлению необходимых средств производства и услуг, подрядчика – произвести согласованное с заказчиком количество определенных видов продукции (выполнить работы) и продать их организации.

Государственный курс на внедрение внутривладельческих (внутрипроизводственных) отношений в деятельность предприятий как хозяйствующих субъектов был закреплен на уровне закона в 1988 году в Законе СССР «О кооперации в СССР»², где уже в Общей части, относящейся ко всем видам кооперативов (ст. 25), закреплена норма о том, что «организация и оплата труда строятся, как правило³, на принципах коллективного, семейного или индивидуального подряда с учетом конечных результатов работы». Что касается колхозов и других сельскохозяйственных производственных кооперативов, то вышеназванная установка данным законом (п. 4 ст. 33) была не только еще более усилена путем квалификации подрядных отношений как *главной формы*⁴ внутривладельческих производственно-экономических отношений, но и обогатилась новой разновидностью подрядных отношений, основанной на создании хозрасчетных коллективов, имеющих право *аренды*⁵ земельных участков и основных фондов. Более того, в этом нормативном акте также нашла отражение юридически несостоятельная идея создания хозрасчетных подразделений со статусом кооператива, получившая в те времена широкое практическое применение⁶. Разумеется, такие «кооперативы» кооперативами

¹ По этому вопросу см.: Хозрасчет и самоуправление в трудовых коллективах колхозов и совхозов. Учебное пособие для колхозников и рабочих совхозов. / Под ред. И.Г.Ушачева. - М., 1988. С. 188.

² Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 22. Ст. 355.

³ Курсив мой – И.Л.

⁴ Курсив мой – И.Л.

⁵ Курсив мой – И.Л.

⁶ См., например: Ванин Д.Е. Внутривладельческие кооперативы. 1990.

по существу не являлись¹. Все это вело к увеличению объема правосубъектности производственных подразделений, поскольку хозрасчетным коллективам, осуществляющим производственно-хозяйственную деятельность на условиях подряда или аренды, могло быть на договорных началах предоставлено право самостоятельной реализации произведенной ими продукции (работ, услуг), использования полученных доходов, в том числе на оплату труда, уплату налогов и отчислений в государственный фонд социального страхования, а также открывать счета в учреждении банка или финансово-расчетном центре.

Впервые эти положения Закона о кооперации нашли свое развитие в ведомственном нормативно-правовом акте: 25 августа 1988 года были утверждены приказом Госагропрома СССР Рекомендации по организации арендных отношений в сельскохозяйственном производстве².

Толчком для становления аренды не только в сельском хозяйстве, но и в промышленности, строительстве, на транспорте и в других отраслях экономики стали Указ Президиума Верховного Совета СССР от 7 апреля 1989 года «Об аренде и арендных отношениях в СССР»³ и разработанное в соответствии с ним Положение об экономических и организационных основах арендных отношений в СССР. В этих актах определялся порядок производственно-экономических взаимоотношений арендатора и арендодателя в зависимости от видов аренды – это аренда имущества предприятий (организаций), внутрихозяйственная аренда (арендный подряд) и семейная или индивидуальная аренда. В рамках внутрихозяйственной аренды был продолжен опыт формирования производственных подразделений со статусом кооператива, что могло иметь место посредством принятия общим собранием трудового коллектива решения о преобразовании структурных подразделений в кооперативы арендных коллективов (п. 19 Положения).

Кодифицированным правовым актом об аренде стал Закон СССР от 23 ноября 1989 года «Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде»⁴, с принятием которого ранее действовавшие правовые нормы об аренде и арендных отношениях получили дальнейшее развитие и конкретизацию.

Этот закон, кроме норм общего действия, в сущности был посвящен регулированию отношений, связанных с созданием нового типа предприятия на основе аренды всего имущественного комплекса (или его части) государственного предприятия и регулированию внутрихозяйственных арендных отношений, в том числе и в сельском хозяйстве. Таким образом, арендный подряд в сельском хозяйстве и особый правовой статус

¹ Минина Е.Л. Сельскохозяйственная кооперация: правовое регулирование. // Государство и право. 1997. № 11. С. 35.

² См.: Рекомендации по организации арендных отношений в сельскохозяйственном производстве. - М., 1988.

³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1989. № 15. Ст. 105.

⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1989. № 25. Ст. 481.

производственных подразделений колхозов и совхозов, работающих на условиях подряда, получили юридическое закрепление на уровне закона.

Закон об аренде (в разделе II) предусматривал для применения подрядных (в том числе арендных) отношений заключение договора арендного подряда, в соответствии с которым подразделение обязывалось произвести и передать хозяйству либо по его указанию реализовать другим предприятиям или гражданам предусмотренную в договоре продукцию (работы, услуги).

Закон об аренде предоставлял арендному подразделению право самостоятельно формировать коллектив, определять программы производственно-хозяйственной деятельности с учетом обязательств договора, распоряжаться продукцией, произведенной сверх указанного в договоре объема. При этом подразделение само определяло технологию производства, формы и системы оплаты труда, режимы труда и отдыха, сменность работы, меры по поддержанию трудовой дисциплины и так далее. В то же время и само хозяйство принимало некоторое участие в производственном процессе, реализуя те функции, которые выгодно осуществлять в крупном масштабе: координацию деятельности всего хозяйства, планирование основной номенклатуры и объема производства продукции (работ, услуг), снабжение подразделения техникой и оборудованием, реализацию произведенной продукции.

В соответствии с договором арендного подряда подразделению могло быть предоставлено право заключать договоры от имени предприятия, открывать счета в учреждении банка. Такой коллектив нес ответственность по договорам закрепленным за ним имуществом, при недостаточности имущества ответственность по обязательствам коллектива несло предприятие.

Таким образом, Законом об аренде была определена широкая правосубъектность арендных подразделений, которая позволила вывести арендные подразделения на уровень самостоятельных субъектов хозяйствования.

Принятый в 1990 году Закон РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности»¹ не закрепил право предприятия (ст. 16) самостоятельно определять свою организационно-производственную структуру, не воспроизвел важные нормы Закона об аренде относительно арендных подразделений, не упомянул даже о существовании хозрасчетных подразделений предприятия. В статье 14 Закон о предприятиях и предпринимательской деятельности признавал за обособленными подразделениями право на открытие расчетного и текущего счетов в банке, а в статьях 32-33 указывал на так называемые структурные подразделения (единицы), наделяя их правом выделения из состава предприятия с целью создания нового предприятия.

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

Закон об аренде не действует с 1 марта 1996 года, отменен и Закон о предприятиях и предпринимательской деятельности. Гражданский кодекс РФ уделил внимание лишь обособленным подразделениям (филиалам, представительствам), удаленным от основного предприятия, проигнорировав существование в жизни (особенно в сельском хозяйстве) внутрихозяйственных структурных подразделений, наделенных локальными актами многими правами юридического лица, следуя установкам ранее действовавших союзных законов (о кооперации в СССР, об аренде) и иных нормативно-правовых актов. Среди них все еще имеются и подразделения, именуемые «кооперативами». Экономическая наука продолжает заниматься проблемами совершенствования внутрихозяйственных отношений в сельскохозяйственных коммерческих организациях, используя старые конструкции внутрихозяйственного расчета, арендного и других видов подряда, примеряя их к новым экономико-правовым условиям деятельности предприятия¹. В аграрно-правовой же науке эти проблемы ушли в тень. Игнорируя общественные потребности, отмолчался по ним и Закон о сельскохозяйственной кооперации. Таким образом, можно сделать вывод о наличии правового вакуума в части регулирования внутрикооперативных отношений как в законодательстве, так и в аграрно-правовой теории.

Наука хозяйственного права признает две категории производственных подразделений: а) являющиеся субъектами хозяйственного права и б) не являющиеся таковыми². К первой из них относятся такие подразделения, которые «имущественно и организационно обособлены и работают на основе внутрихозяйственного расчета», ко второй – те подразделения, у которых «такие признаки отсутствуют, а их деятельность не связана с хозрасчетом...» и они «служат лишь организационно-техническому обеспечению производственной деятельности и каждый работник такой структуры выступает персонально в отношениях, регулируемых трудовым правом»³.

В экономическом учебном пособии Н.Ю.Кругловой «Хозяйственное право» в качестве предмета «корпоративного регулирования» в «хозяйственном праве» называется организация внутрифирменного предпринимательства, в том числе организация и деятельность: 1) автономных предпринимательских подразделений; 2) интрапренерских подразделений (интрапредприятий), осуществляющих инновационную деятельность; 3) подрядных подразделений; 4) подразделений, работающих на условиях аренды и лизинга⁴.

В приведенных юридических характеристиках есть общее и различия. Общее состоит в том, что предметом регулирования являются отношения юридического с экономически обособленными подразделениями (хотя вторая работа и не подчеркивает это), а различия – в том, что первый учебник

¹ См., например: Мазлоев В.З. Арендные отношения в АПК. Теория и практика. (Результат исследования на степень доктора экономических наук). - М., 1998.

² См.: Мартемьянов В.С. Хозяйственное право. Т. 1. Учебник. - М., 1994. С. 131-132.

³ Там же. С. 134.

⁴ См.: Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. - М., 1998. С. 203-204.

относит такие подразделения к субъектам отрасли права, а второй – признает за ними лишь внутривозвественную (внутрипроизводственную) правосубъектность. Кроме того, и в том, и в другом научно-педагогическом произведении из сферы локального регулирования выпадают те структурные единицы, которые не подпадают под названные критерии как объекты правового регулирования. Но в сельском хозяйстве они преобладают: это обычные традиционные бригады, отделения, цеха, участки, не связанные с внутривозвественным расчетом и обладающие, по распространенному среди юристов-аграрников мнению внутривозвественной правосубъектностью. Юридическая наука, законодательство и правоприменительная практика как бы утратили достижения в правовом обеспечении статуса производственной бригады и других подразделений, которые существовали в дореформенный период: Госкомтруда СССР было утверждено Типовое положение о производственной бригаде, Министерством сельского хозяйства был разработан рекомендательный акт применительно к колхозам и совхозам. Существовала практика выборности руководителя подразделения, избрания его Советом, придания определенной юридической силы решению общего собрания членов подразделения.

Все сказанное говорит о том, что проблемы регулирования внутривозвественных отношений в сельскохозяйственных производственных кооперативах выходят далеко за пределы локального регулирования. Это особенно диктуется тем обстоятельством, что в них земля все еще продолжает оставаться в общей долевой собственности граждан, что серьезно осложняет решение задачи – придание подразделениям экономической обособленности. Из сказанного вытекает вывод о том, что правовое и экономическое положение структурных единиц сельскохозяйственных кооперативов (как и иных организационно-правовых форм) в настоящее время является как никогда проблемным, требующим усилий юридической и агроэкономической наук в их разработке и нормативно-правовом закреплении.

С переходом на принципы полной самостоятельности организаций и предприятий большое значение приобретают локальные акты. Между тем, правотворчество сельскохозяйственных производственных кооперативов обычно ограничивается принятием Правил внутреннего распорядка, Положения об оплате труда, что не является достаточным для регулирования трудовых отношений в сельскохозяйственных кооперативах. Опрос руководителей и специалистов сельскохозяйственных кооперативов Оренбургской области показал отсутствие внутренних актов кооперативов, предназначенных для всестороннего правового регулирования производственной деятельности каждого производственного подразделения. В уставах кооперативов дублируются нормы разработанного Департаментом АПК администрации Оренбургской области Устава сельскохозяйственного производственного кооператива о регулировании отношений между производственными и обслуживающими подразделениями Положением об

организационных и экономических взаимоотношениях. Но и этот акт в кооперативах не разрабатывается, что имеет своим результатом правовой вакуум, отрицательно сказывающийся на урегулированности деятельности производственных подразделений функционирующих в настоящее время сельскохозяйственных кооперативов¹. Поскольку практика свидетельствует об инертности локального правотворчества, целесообразно разработать примерные ведомственные нормативные акты, регулирующие деятельность сельскохозяйственных организаций и их структурных подразделений, что имело советское законодательство.

Особенно важной в условиях внутрихозяйственного расчета как экономической основы нормальной деятельности крупных сельскохозяйственных кооперативов представляется проблема организации управления в производственных подразделениях. Достаточно четкую систему управления в структурных единицах сельскохозяйственных предприятий (сельскохозяйственных артелей, колхозов) имело советское законодательство, например, в пункте 72 Примерного Устава колхоза 1988² года была предусмотрена система коллегиальных органов управления производственными подразделениями в форме собрания коллектива бригады и совета бригады. Возглавлял подразделение бригадир, избираемый собранием коллектива подразделения. Закон о сельскохозяйственной кооперации не определяет правовое положение производственных подразделений и, как следствие, в нем отсутствуют нормы об организации управления в структурных подразделениях кооперативов.

Законом о сельскохозяйственной кооперации также совершенно обойден вопрос о роли и месте специалистов в управлении кооперативом, что в определенной степени зависит от выбранной формы организации труда. Права должностных лиц, особенно главных специалистов, необходимо фиксировать в нормативно-правовых актах кооператива.

Указанные выше недостатки Закона о сельскохозяйственной кооперации отрицательно сказываются в правоприменительной практике, что требует соответствующего правового реагирования.

РОЛЬ ВСЕМИРНОГО БАНКА В ПРОГРЕССИВНОМ РАЗВИТИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

¹ На территории Оренбургской области действует утвержденное агропромышленным комитетом Оренбургской области еще в апреле 1988 года Положение по организации экономической работы в колхозах и совхозах Оренбургской области. Оно разработано на основе Примерного положения по организации экономической работы на сельскохозяйственных предприятиях, утвержденного Главным управлением планирования социального и экономического развития АПК Госагропрома СССР 14 июля 1987 года. Эти акты устарели и требуют приведения их в соответствие с действующим законодательством.

² М.: Агропромиздат, 1989.

Нурмухаметова Э.Ф. – доцент кафедры конституционного и международного права, к.ю.н., заведующая Оренбургским филиалом Кафедры ЮНЕСКО по правам человека и демократии МГИМО (У) МИД РФ

В попытке выполнить задачи поставленные принципом 21 по экологическому и социальному устойчивому развитию, Всемирный Банк принял программу действий в четырех частях: обеспечить, чтобы финансируемая Банком деятельность решала экологические проблемы; помогать государствам-членам строить свою жизнь в соответствии с принципами уменьшения бедности, эффективности экономики и защиты окружающей среды; помогать государствам-членам установить приоритет, создать механизмы и выполнить программы в области охраны окружающей среды; участвовать в решении глобальных экологических задач путем сотрудничества с соответствующими международными организациями и фондами.

Сегодня Группа Всемирного Банка обеспечивает больше человеческих и финансовых ресурсов для охраны окружающей среды, чем любая другая международная организация. В мировом Банке работает 300 специалистов в области экологии, 2/3 из которых были наняты с 1992 г. Каждый проект, финансируемый Банком, в случае возможного воздействия на окружающую среду, предварительно подлежит всестороннему изучению и оценке на предмет экологического воздействия. Если оценка приводит к выводу о необходимости проведения действий по охране окружающей среды - кредитный договор с Банком будет содержать положения о такой деятельности и, обычно, положение о финансировании этой деятельности полностью или частично. Более того, например в 1997 г. Всемирный Банк утвердил 184 проекта, направленных только или в основном на решение экологических проблем.

В дополнение к вышесказанному следует отметить, что Всемирный Банк поддерживает развитие международного права окружающей среды используя и другие механизмы. С 1984 г. Банк придерживается принципа, в соответствии с которым Банк не финансирует проекты, которые противоречат обязательствам кредитуемого государства по международным соглашениям по охране окружающей среды¹. Данный принцип нашел отражение и в других положениях Банка, таких как Политика в области лесов² и Политика по экологической оценке³.

Отказываясь финансировать такие проекты Банк подчеркивает важность данных договоров. Кроме того, Банк также помогает в вовлечении государств в договоры в области окружающей среды, помогая им выполнить

¹ OMS 2.36(May 1984) on Environmental Aspects of Bank Work.

² OP 4.36, Para.2

³ OP 4.01, Para.3

обязательства по договору. Например Банк способствовал участию в таких договорах Российской Федерации и новых независимых государств¹.

В целом, можно выделить четыре механизма посредством которых Всемирный Банк принимает участие в развитии международного права окружающей среды. Это: политики и процедуры Банка в отношении окружающей среды; положения по состоянию окружающей среды в кредитных и грантовых соглашениях Банка; роль Банка в качестве попечителя и имплементационного органа международных целевых фондов по вопросам охраны окружающей среды; и, деятельность Инспекционной Панели Всемирного Банка².

Основы Банковской экологической политики заложены в Политике по экологической оценке (Operational Policy on Environmental Assessment)³. Данная политика была принята в 1989 г., еще до признания принципа 17 Декларации Рио 1992 г. Основной задачей данной политики стало создание такого процесса, в рамках которого проекты финансируемые Банком должны подвергаться специальной оценке. Данная оценка требуется для обеспечения того, чтобы экологический эффект от проектов финансируемых Банком просчитывался в рамках проекта как можно раньше, с целью принятия мер по минимизации возможных негативных последствий или повышения экологических выгод.

Все проекты классифицируются в зависимости от природы, важности и сложности на три группы. Проекты категории «А» могут повлечь серьезные экологические последствия и поэтому требуют всесторонней и полной экологической оценки. Проекты категории «В» могут иметь определенные специфические экологические последствия и потому требуют изучения через менее сложную оценку. Проекты категории «С» не повлекут каких-либо серьезных экологических последствий и соответственно не требуют экологической оценки.

Из-за серьезных экологических последствий, которые могут быть вызваны реализацией проекта, проекты находятся под особым контролем в рамках специально разработанных процедур. На самой ранней стадии, во время процесса идентификации проекта и до определения экологической категории проекта, Банк должен обеспечить, чтобы кредитор-получатель отобрал независимых, признанных экспертов для определения экологических последствий проекта с целью определения категории проекта; Банк должен также обеспечить оценку способности кредитополучателя управлять процессом экологической оценки и установление независимой экологической панели, которая обычно формируется при финансировании проектов с серьезными экологическими последствиями. Банк также должен обеспечить, чтобы кредитор-получатель создал в рамках ответственного за выполнение

¹ Participation of the Russian Federation and Newly Independent States of the former Soviet Union in the International Environmental Agreements. World Bank, Environmental Department, March 1996.

² I.F.I. Shihata. The World Bank's Contribution to the Development of International Environmental Law. In Liber Amicorum. Ed. by G. Hafner and others. The Hague/London/Boston, 1998. P.634.

³ Впервые эта политика была представлена в 1989 в OD 4.00 Annex A.

проекта министерства или ведомства специальную экологическую единицу с целью управления проектом и проведением необходимых экспертиз.

Инновационным положением процедуры экологической оценки стало требование о том, чтобы органы государств кредитополучателей, которые ответственны за проведение оценки, проводили консультации с «группами, которые окажутся под воздействием проекта и с местными неправительственными организациями по вопросу возможных экологических последствий и принимали их мнение во внимание»¹. Соответственно, Принцип 10 Декларации Рио играет большую роль в реализации этого принципа развивающимися государствами и государствами с переходной экономикой. Принцип 10 гласит, что «государства должны поощрять население участвовать в принятии решений, обеспечивая доступ к информации». Политика Банка является еще одной возможностью реализации данного принципа. В соответствии с ней, кредитополучатель обеспечивает своевременный доступ к информации по проекту в той форме и на том языке, который понятен населению. Кредитополучатель также обеспечивает доступ к результатам оценки, а Банк открывает доступ к ним через свой Публичный Информационный Центр.

В соответствии с Инструкцией по предотвращению загрязнения и отмене кредитования (Pollution Prevention and Abatement Handbook²) 1998 г., определяется общая политика Банка по вопросам загрязнения и возможным уровням выбросов для различных секторов и веществ проектов, финансируемых Банком. Данная инструкция, принятая после долгих обсуждений, поддержана ЮНИДО и ЮНЕП. Инструкция определяет уровни выбросов, приемлемые в рамках Всемирного Банка при принятии решений о предоставлении помощи. Конечно, впоследствии, точные уровни выбросов в рамках проекта определяются более точно для каждого проекта на основании процесса оценки, основанного на законодательстве государства и Инструкции, применительно к местным условиям. Уровень выбросов в рамках проекта должен удовлетворять экологической оценке государства кредитополучателя и соответствовать требованиям Банка.

Положения по планам деятельности в области окружающей среды (OP/VP 4.02 on Environmental Action Plans) направлены на подготовку государственного плана экологических действий правительствами государств кредитополучателей. Подготовка таких национальных планов включает глубокий анализ состояния управления природопользованием и охраной окружающей среды с целью определения стратегии решения проблем, которая в зависимости от ситуации может быть кратковременной, средней и долговременной. Одним из основных компонентов большинства национальных планов является оценка экологического права государства кредитополучателя. Ключевыми проблемами обычно являются: определение основных проблем негативно влияющих на управление

¹ OP 4.01, Para 15.

² OP 4.1, Para. 6.

природопользованием и охраной окружающей среды; определение прямых и косвенных причин данных проблем; развитие альтернативных методов управления с целью их устранения; обсуждение источников финансирования, необходимых для осуществления данных задач. В большинстве случаев полное исследование включает анализ существующих положений действующего законодательства, включая вторичное законодательство. Данные положения изучаются с целью определения их соответствия задачам, которые ставит перед собой правительство, и на предмет наличия пробелов и дублирования. Решения судов, толкующих или применяющих положения законодательства также анализируются. Кроме того, проводятся обсуждения с институтами по проблемам осуществления и включения в законодательство необходимых положений с целью повышения понимания существующих проблем. После завершения этого процесса предлагаются рекомендации. В рекомендациях предлагается либо принятие новых законов, либо уточнение действующего законодательства, либо кодификация существующих положений в рамках нового закона, усиление мер по осуществлению законодательства, либо повышение эффективности институтов. Обычно такие планы ориентируют государства на выполнение международных стандартов в области природопользования и охраны окружающей среды. Имплементация данного положения Банка привела к подготовке национальных экологических планов практически всеми государствами кредитополучателями.

Остальная политика Банка более предметно ориентирована и направлена на поддержку международного права окружающей среды в конкретных областях: сохранение природы, защита лесов, водных ресурсов и охрана глобальной окружающей среды¹. Так, в соответствии с политикой об охране животного мира (ОР 4.04) обеспечивается защита животного мира в соответствии с признанными принципами международных и региональных договоров. Новая политика гораздо шире чем большинство существующих обязательств из международных договоров. В частности, здесь определено, что Банк не будет поддерживать проекты, которые по мнению Банка влекут серьезные изменения или деградацию исчезающих видов животных. В случаях, когда альтернативных проектов создать нельзя, Банк включает в проект меры по реабилитации и ресторации.

Согласно политике по охране лесов (ОР/GP 4.36) Банк разделяет в своей политике проекты, действительно ориентированные на охрану окружающей среды, проекты, частично ориентированные на сельское хозяйство, и другие проекты, ориентированные на использование лесов. В последнем случае, действия Банка зависят от готовности правительства к охране и устойчивому использованию лесов. В качестве доказательства выступают принятие политик и институциональных рамок для обеспечения этих целей, а также обеспечение активного участия местного населения и частного сектора в долговременном управлении лесами. К данной политике

¹ Здесь необходимо отметить ОР 10.04 об экономической оценке инвестиционных операций.

приложен список правильной практики, рекомендованной Банком на основе широко поддерживаемой мировой практики.

В соответствии с политикой по управлению водными ресурсами (ОР 4.07) Банк поддерживает деятельность в данной сфере таким образом, чтобы это было экономически выгодно, экологически устойчиво, социально ориентировано. Приоритетные области для помощи включают: создание необходимых правовых основ, механизмов для обеспечения соответствия социальным условиям, охраны окружающей среды и предотвращения монопольных цен на водные ресурсы.

Существуют и другие принципы по обеспечению и развитию международного права окружающей среды. Вопросы охраны окружающей среды поднимаются во многих проектах, финансируемых Банком, особенно в области сельского хозяйства, энергетики, транспорта, промышленных секторах и при приватизации государственных предприятий. С целью обеспечения уважения принципов международного права окружающей среды в рамках данных проектов используются различные правовые механизмы. В кредитные соглашения включаются условия, направленные на усиление институциональной способности государств получателей кредитов эффективно выполнять свои обязательства из национального и международного права окружающей среды. Данные условия, на основе соглашения между Банком и государством, могут включаться и развиваться на нескольких стадиях проектного цикла, а их эффективность может быть проверена различными способами.

Так, во время стадии подготовки проекта и его оценки, особое внимание уделяется мерам по повышению экологических выгод и исключению или по крайней мере уменьшению экологических рисков. Как уже было указано выше, экологическая оценка сегодня является обязательной для любого проекта, финансируемого Банком. Выводы, сформированные на основании оценки влияют на подготовку проекта, его структуру. Рекомендации, содержащиеся в планах экологической оценки управления и мониторинга включаются в оценочные доклады и правовые документы касательно деятельности, рекомендованной на основе экологической оценки. Кредитные соглашения по проектам, являющимся предметом процесса экологической оценки обычно включают требования по плану экологических действий и мерам, направленным на повышение их эффективности. Кроме того, в некоторых случаях соблюдение определенных условий в области охраны окружающей среды может стать предусловием для переговоров с Банком.

Существует множество способов обеспечить выполнение условий и требований по соглашениям с Банком. Деятельность кредитополучателя в области окружающей среды отражается в соглашениях по займу, кредитных соглашениях и грантовых соглашениях. Например, в случаях, когда исполнение проекта окажет воздействие на окружающую среду, в соглашение будет включено положение о финансировании на экологические

цели. Иногда действия кредитополучателя могут детально отражаться в проектных соглашениях с исполняющими органами проекта. Банк использует также еще один способ обеспечения экологически безопасных условий. Это приложение имплементационной программы или плана действий в качестве плана к соглашению о займе, с целью подробного описания действий, которые должен произвести кредитополучатель или исполняющий орган проекта.

Конечно, специально предусмотренные в договоре положения сами по себе не могут обеспечить выполнение требуемых действий. Обычные условия, которые применяются к любому договору о займе и развитии, и которые считаются неотъемлемой частью договора, также содержат требование к государству или исполнительному органу проекта обеспечить составление отчетов по проекту и регулярно предоставлять их Банку. Кроме того персонал Банка регулярно осуществляет контроль за выполнением проекта. Следующее обязательное требование Банка-составление заключительного отчета по выполнению проекта с детальным описанием проделанной работы, дополнительных действий по проекту, их стоимости и результатов. После выполнения проекта, проект может быть подвергнут оценке Департаментом по оценке Банка, с целью формирования выводов по уровню достижения целей проекта и уроков для будущей деятельности Банка.

Обязательные условия всех соглашений включают полномочия Банка по приостановлению выплат в случае, когда кредитополучатель или исполняющий орган не обеспечивают выполнение своих обязательств. Это наиболее распространенная санкция, когда проект находится на стадии выполнения. За приостановлением выплат может последовать аннулирование договора, прекращение кредитования, а в особых случаях и повышение суммы выплат по предоставленному кредиту.

Обычно государству сложно справиться со всеми проблемами, возникающими при приостановлении выплат. Кроме того, Банк может даже в этом случае требовать выполнения взятых обязательств. В итоге, если в установленный Банком период времени кредитополучатель все же не выполнит предусмотренные действия, все это может привести к повышению суммы долга, и к требованию Банка немедленно погасить задолженность в полном объеме. Конечно, это достаточно строгая мера со стороны Банка, и, пока, на практике она не применялась. Обычно, невыполнение условий договора ведет к изменению отношений между Банком и государством и негативно влияет на возможность предоставления Банком последующих кредитов.

Здесь важно отметить, что применение санкций будет последним шагом воздействия на государство с целью выполнения им условий проекта. Бесспорно также то, что при невыполнении положений проекта Банк скорее будет вести диалог с государством, чем применять санкции. Ведь применение санкций означает прекращение контроля за выполнением

проекта, а значит Банк не сможет влиять на учет заложенных в проекте экологических интересов¹.

Всемирный Банк не только принял необходимые стандарты в рамках своих процедур и политик, помог и помогает развивающимся странам выполнять требования международного права окружающей среды, но и создал эффективный механизм для оценки соответствия своей деятельности принятым им самим высоким стандартам. Этот беспрецедентный механизм, сравнить с которым можно разве что механизм рассмотрения индивидуальных жалоб Европейским Судом по правам человека, был создан в 1993 году. Инспекционная панель Всемирного Банка является независимым, постоянным органом в структуре Банка. Панель создана для «обеспечения людей, прямо или косвенно пострадавших от проекта, финансируемого Банком специальным механизмом, через который они смогут требовать, чтобы Банк действовал в соответствии со своими политиками и процедурами»². Основными целями Панели являются осуществление контроля качества при подготовке проекта и оценка его имплементации, а также совершенствование ответственности Управления и персонала Банка за свою деятельность и процедуры, обеспечение прозрачности их деятельности. Инспекционной Панели предоставлен мандат исследовать по разрешению Совета Банка жалобы групп и индивидов (но не от имени одного лица), чьи права были нарушены или могут быть нарушены в результате неспособности Банка в своей деятельности соответствовать своим стандартам в процессе разработки, оценки, имплементации проекта, финансируемого Банком.

Жалобы должны быть предоставлены в письменной форме и должны содержать информацию о том, какие интересы пострадавших были нарушены (или могут быть нарушены) неспособностью Банка следовать своим операционным политикам и процедурам в отношении финансируемого Банком проекта, его оценки или имплементации. Истец должен также доказать, что были исчерпаны все другие средства добиться обоснованного ответа от персонала Банка.

В целом, деятельность Панели можно разделить на два этапа. На первом этапе Панель должна установить соответствует ли жалоба требованиям Резолюции³. Во-вторых, Панель должна установить компетенцию в отношении предмета жалобы. Здесь, кроме установления того, что деятельность Банка по проекту не соответствует политикам и процедурам Банка, важно также определить, является ли данное нарушение серьезным по характеру, относится ли данное нарушение к политикам и

¹Более подробно с данным положением можно ознакомиться I.Shihata.Implementation, Enforcement and Compliance with International Environmental Agreements-Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience. 9 Georgetown International Environmental Law Review 37, 1996. P.47-51; P.Sand. International Economic Instruments for Sustainable Development : Sticks, Carrots and Games. 36(2) Indian Journal of International Law , 1996.P.1-16.

²The Inspection Panel for the International Bank for Reconstruction and Development and International Development Association, Operating Procedures, reprinted in 34 ILM 510,511.1995.

³ Имеется в виду резолюция о создании Панели.

процедурам самого Банка¹ и установить возможность серьезного вреда в отношении истцов. Жалоба может также быть отклонена, если она подана после даты завершения проекта или если сумма кредита по проекту уже почти выплачена (около 95 %). Жалоба может быть отклонена и по другим причинам. Если, например, Панель установит, что Управление Банком собирается выполнить определенные процедуры и политики Банка, и данная деятельность охватит предмет данной жалобы.

Если жалоба является приемлемой, то Панель рекомендует Совету провести расследование. Если Совет принимает решение о проведении расследования, Панель проводит расследование исследуя банковские документы, беседуя с персоналом Банка, истцами и т.п. При необходимости расследование проводится на территории кредитополучателя, конечно, с согласия государства. В итоге, Панель предоставляет Совету доклад, в котором дается ответ на вопрос, действительно ли Банк нарушил свои процедуры, политики. На этой стадии Управление Банка может прокомментировать выводы Панели, например, предложив действия по исправлению ситуации. Совет на основании всей полученной информации принимает решение о шагах, которые необходимо предпринять. Вся информация по делу становится полностью доступной после принятия решения Советом. На 1 января 2003 года Панель получила 27 требований об инспекции. Панель рекомендовала расследование 14 жалоб, Совет утвердил 10². Здесь представляется интересным привести в качестве примера одну из последних жалоб, которая в основном касается вопросов охраны окружающей среды, и, соответственно, рассмотреть выводы Панели по данному вопросу.

28 января 2005 года Инспекционная Панель получила требование об инспекции в отношении проекта по управлению и контролю за использованием лесов Камбоджи (Проект)³. Требование было предъявлено от имени жителей четырех деревень неправительственной организацией «Форум Камбоджи». По мнению истцов в рамках данного проекта Банк не следует своим процедурам и политикам. Прежде всего Банк неправильно классифицировал проект, определив его под категорией «В», в то время как этот проект должен был получить категорию «А», так как проект приведет к немедленной деградации и ущербу водотоку. Кроме того, осуществляемая в рамках проекта вырубка леса ведет к нанесению ущерба окружающей среде и нарушению прав местного населения, которое зависит от природных ресурсов леса. Прежде всего страдают местные малочисленные народы, ведущие племенной образ жизни (в частности, народ Куи (Коуи)). Более того, лес Прей Лонг следовало бы признать лесом большого экологического

¹Политики и процедуры Банка, нарушение которых ведет к принятию решения о необходимости проведения расследования: Bank's Operational Policies, Procedures and Operational Directives and similar documents (previously called "Operational Manual Statements" and "Operational Notes"), but not "Guidelines" and "Best Practices".

² Commentary in Accountability at the World Bank: the Inspection Panel 10 years on. The World Bank, 2003.P.10.

³ Cambodia: Forest Concession Management and Control Pilot Project, 2000; The Inspection Panel Report on Request for Inspection (Cambodia: Forest Concession Management and Control Pilot Project, 2000), 2005.

значения. Вырубка леса повлечет деградацию природы, что было отмечено во всех 6 планах по управлению в рамках проекта и предыдущей деятельностью компаний. Часть районов, в которых осуществляется вырубка леса несомненно является культурным наследием, а значит Банк также нарушил свою политику по культурному наследию OPN 11.3. В требовании подчеркивается, что Банк своими решениями поощряет преступления в отношении лесов, а не помогает бороться с ними. Так, в июне 2004 Банк рекомендовал правительству утвердить планы деятельности 6 компаний.

В ответе Управления прежде всего подчеркивается, что проект получил категорию «В» вполне обоснованно, так как проект направлен не на использование природных ресурсов леса, а на помощь в повышении способности Камбоджи к бережному управлению лесами, мониторингу преступлений в сфере использования лесов и составлению докладов. Также в ответе отмечается, что Система Камбоджи по регулированию использования лесов была введена на территории страны в 1994 году без какой-либо помощи Банка. Тем не менее, когда Камбоджи и всему международному сообществу стало ясно, что страна нуждается в соответствующей системе контроля и управления использованием лесов, Банк принял решение помочь правительству в этих усилиях.

Управление признало, что не полностью следовало положениям OP4.01 и OD4.20. Чтобы полностью следовать политикам, Банк должен был потребовать более полную документацию от правительства и провести более серьезную разъяснительную работу. Однако в ответе было отмечено, что если какой-то вред и был нанесен истцам, то не по вине Банка. Так как, неполное выполнение процедур Банка в данном случае не повлекло и не повлечет какого-либо вреда.

Что касается стандартов, по которым выдаются разрешения компаниям, то единственное влияние Банка было в том, что планы деятельности компаний должны соответствовать законодательству Камбоджи, и к сожалению на сегодня четких приемлемых стандартов в законодательстве нет. Управление также отметило, что будет и дальше продолжать работу с правительством по повышению качества проектов.

Управление также отметило, что Проект не финансирует операции по вырубке леса, включая деятельность на территориях особого природного значения. Проект направлен прежде всего на повышение устойчивости политики использования леса.

В отношении местных народов, ведущих племенной образ жизни Управление отметило, что Банк действительно полностью не следовал OD 4.20 и, что специальный План в отношении местных народов следовало разработать при подготовке Проекта.

Вопрос о нарушении положений о культурном наследии был дополнен в жалобе положением о том, что места археологической ценности не были установлены из-за отсутствия необходимых консультаций. В соответствии с Ответом, положение о проведении поступенчатых консультаций находится

на стадии подготовки и, после установления известных местному населению мест особой культурной ценности, коммерческая вырубка леса на них будет запрещена.

В соответствии с выводами Панели, жалоба полностью соответствует всем требованиям приемлемости. Прежде всего Панель отметила, что часть истцов являются представители меньшинств, ведущих племенной образ жизни, и их образ жизни связан с лесом и зависит от доступа и использования ресурсов леса. Интересный комментарий получило положение Управления о том, что данные четыре деревни, как и их представители никогда не обращались к Банку с жалобами. Ведь на самом деле в рамках проекта было проведено несколько встреч неправительственной организацией Форум Камбоджи и других организаций с представителями Банка. Более того, Панели удалось установить, что Банк знал о данных проблемах и за последние четыре года получил многочисленные жалобы в отношении Проекта, часть из которых была подана теми, кто внес требование об инспекции.

В отношении негативного влияния на политику использования лесов в Камбоджи Панель отметила, что местное население действительно могло сделать такой вывод. Так, при обсуждении вопросов Проекта с местным населением эксперт из Всемирного Банка сказал в отношении созданной системы использования леса, что они провели серьезную работу по совершенствованию системы вырубки леса и теперь это хорошая система. Из этого заявления население вполне оправданно сделало вывод, что Всемирный Банк профинансировал деятельность правительства по помощи кампаниям в подготовке планов по вырубке леса, чтобы кампании могли вырубать лес снова. В соответствии со своими выводами по данному вопросу Панель рекомендовала проведение инспекции.

На современном этапе Панель все еще находится в процессе становления. Однако, данный механизм приобретает все более широкую известность, и, соответственно, более доступен критике. Вместе с тем, исследование дел, которые стали предметом изучения Панели показывает, что часто все же речь идет о кратковременном улучшении положения дел после подачи жалобы в Панель, тогда как конечно заявители надеются на устойчивое улучшение¹. Для долговременного устойчивого улучшения ситуации Панель должна вести мониторинг вплоть до завершения проекта, а может и в течении определенного времени после его завершения. Представляется, что только дальнейшая активность гражданского общества и самой Панели может привести к устойчивым позитивным результатам.

ПРАВОВЫЕ ТРЕБОВАНИЯ ОХРАНЫ РЕДКИХ И ИСЧЕЗАЮЩИХ ВИДОВ ЖИВОТНЫХ

¹ D.Hunter. Using the World Bank Inspection Panel to Defend the Interests of Project-Affected People // 4 Chi. J. Int'l L.201(2003). P.210.

Для обеспечения экологически корректного поведения людей по отношению к наиболее уязвимой части видового состава фауны, необходимо чтобы человеческое воздействие на редких и исчезающих представителей животного мира ограничивалось бы рамками требований, вытекающих из объективных законов природы, то есть экологических требований. Экологические требования получают юридическую форму в виде правовых предписаний и существуют в дальнейшем в качестве общеобязательных правил поведения, выполнение которых обеспечивается принудительной силой государства¹. В экологическом законодательстве Российской Федерации закреплены следующие требования охраны уязвимой фауны: 1) животные, принадлежащие к видам, занесенным в красные книги, повсеместно изымаются из хозяйственного использования; 2) не допускается деятельность, которая может привести к их гибели, сокращению численности и ухудшению среды их обитания; 3) на граждан и юридических лиц, осуществляющих хозяйственную деятельность на территориях и акваториях, где обитают данные животные, возлагается обязанность обеспечивать их сохранение и воспроизводство в соответствии с законодательством РФ и субъектов РФ; 4) генетический фонд редких и находящихся под угрозой исчезновения животных подлежит сохранению в низкотемпературных генетических банках, а также в искусственно созданной среде обитания; 5) изъятие из природы, содержание в неволе и выпуск в естественную природную среду, а также оборотоспособность диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ, допускается в исключительных случаях и только по специальным разрешениям (лицензиям).

В пункте 1 статьи 60 Федерального закона «Об охране окружающей среды»² предусмотрено, что объекты животного мира, внесенные в красные книги, повсеместно изымаются из хозяйственного использования. Аналогичная норма была предусмотрена в статье 65 Закона РСФСР «Об охране окружающей природной среды»³ и уже подвергалась критике как достаточно спорная и не во всем понятная формулировка⁴. Хотя это мнение высказано представителем биологической науки, не искушенного в вопросах юридической техники, нельзя не признать, что данное требование охраны уязвимых видов фауны сформулировано очень широко и является не столько нормой прямого действия, сколько общим принципом, требующим дальнейшей конкретизации в праве. В любом случае, указанное положение нельзя отождествлять с полным запретом на использование объектов

¹ Судавичюс Б.Б. Проблемы отражения экологических требований в праве. Дисс. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук. - М., 1988. С. 31.

² Собрание законодательства РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 10. Ст. 457.

⁴ Флинт В.Е. Стратегия сохранения редких видов в России: теория и практика. - М., 2000. С. 90.

животного мира, занесенных в красные книги. Это следует из пункта 2 постановления Правительства РФ от 19.02.96г. № 158 «О Красной книге Российской Федерации»¹, предусматривающего, что изъятие из естественной природной среды объектов животного мира, занесенных в Красную книгу Российской Федерации, допускается в исключительных случаях в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. На наш взгляд, повсеместное изъятие из хозяйственного использования - это запрет на планирование и ведение в Российской Федерации либо соответствующем субъекте Федерации промысловой добычи животных, относящихся к видам, занесенным в красные книги, их гнезд, яиц, икры, частей и продуктов жизнедеятельности, осуществляемые для получения товарной продукции, сырья и иных хозяйственных нужд. Спортивную и любительскую охоту и рыболовство нельзя отнести к разновидностям хозяйственного использования объектов животного мира, поскольку все добытое предназначается для личного потребления. Однако если взять во внимание возможные масштабы такого пользования, то становится очевидной необходимость запрета не только промысла видов животных, включенных в красные книги, но и осуществления в отношении них любительской, а также спортивной охоты и рыболовства. По тем же причинам запрещающие нормы должны содержаться в правилах добывания в коммерческих и иных целях животных, не отнесенных к объектам охоты и рыболовства, а также в других нормативных документах, регулирующих использование дикой фауны.

В соответствии с частью 2 статьи 41 Федерального закона «О животном мире»² перечень объектов животного мира, отнесенных к объектам охоты, утверждается Правительством Российской Федерации. Перечень объектов животного мира, отнесенных к объектам охоты, был утвержден постановлением Правительства РФ от 26.12.95г. № 1289³. В перечне имеется сноска, что указанные в нем млекопитающие и птицы, признаются объектами охоты только в том случае, если они не отнесены к видам, подвидам или популяциям, занесенным в Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов Российской Федерации. Там же отмечается, что для традиционных нужд народов Севера, Сибири и Дальнего Востока объектами охоты дополнительно признаются гагары, бакланы, поморники, чайки, крачки, частичковые, но опять же за исключением видов, подвидов и популяций, занесенных в Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов Российской Федерации. Другими словами, млекопитающие и птицы из числа видов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов Российской Федерации, методом исключения не признаются объектами такого вида пользования животным миром как охота. На наш взгляд, сделанная оговорка не снимает необходимости прямого запрета промысловой, любительской и спортивной охоты в отношении

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 9. Ст. 808.

² Собрание законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1462.

³ Собрание законодательства РФ. 1996. № 2. Ст. 120.

млекопитающих и птиц, занесенных в красные книги. Так, в пределах Адыгеи и Краснодарского края пролегает ареал горного зубра. Данное животное включено в красные книги обоих субъектов Федерации. Несмотря на это, постановлением Правительства РФ от 30.07.98г. № 859 «О внесении изменений в постановление Правительства РФ от 26.12.95г. № 1289» горные зубры отнесены к объектам охоты¹.

В действующих по настоящее время Типовых правилах охоты в РСФСР² прямой запрет на добывание животных, занесенных в красные книги, отсутствует. Здесь лишь содержится указание, что к правилам охоты, утверждаемым в краях, областях и автономных республиках должны прилагаться таксы для исчисления размера взыскания за ущерб, причиненный незаконным добыванием или уничтожением обитающих на их территории животных, занесенных в Красную книгу РСФСР. К тому же проблемным является само упоминание о Красной книге РСФСР, поскольку она хотя и является историческим предшественником Красной книги Российской Федерации, но ее юрисдикция не распространяется на списки редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных, утвержденные в постсоветский период. Более того, в Типовых правилах вообще отсутствует упоминание о красных книгах субъектов Федерации. Острота проблемы несколько сглаживается тем, что в правилах охоты, разработанных в ряде субъектов Федерации уже в девяностые годы, содержатся ссылки на Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов Российской Федерации. Так, в пункте 18 Правил охоты на территории Оренбургской области, утвержденных распоряжением главы администрации области от 18.08.99г. № 750-р³, предусмотрено, что разрешения на изъятие из природной среды животных, занесенных в красные книги, выдаются Госкомэкологией России, а в качестве приложения приводятся таксы для начисления размера взысканий за ущерб, причиненный юридическими и физическими лицами незаконным добыванием или уничтожением животных, занесенных в Красную книгу Российской Федерации и Красную книгу Оренбургской области.

Еще во исполнение постановления Совета Министров СССР от 12 апреля 1983г. № 313 «О Красной книге СССР» был принят приказ Министерства рыбного хозяйства СССР от 16 августа 1983г. № 313⁴, в пункте 2 которого запрещалось на всей территории СССР, континентальном шельфе СССР и в морских районах, прилегающих к побережью СССР, добывание (сбор) животных и растений, занесенных в Красную книгу СССР, по перечню согласно приложению, кроме случаев, предусмотренных законодательством Союза СССР и РСФСР, а пункте 5 Главрыбвуду приказано внести во все действующие Правила рыболовства, Правила

¹ Собрание законодательства РФ. 1998. № 32. Ст. 3904.

² Утверждены приказом Главохоты РСФСР от 4 января 1988г. № 1 // Охотничьи законы: Сборник нормативных правовых актов и других документов / Сост. Н.В.Краев. - Киров, 1999. С. 294-307.

³ Газета «Оренбуржье». 21 сентября 1999 г. № 177.

⁴ Рыбоохрана. Сборник документов / Под ред. В.М.Каменцева. - М., 1988.

промысла морских растений и водных беспозвоночных в водоемах СССР, Правила охраны и промысла морских млекопитающих и Правила ведения китобойного промысла для советских судов дополнения, вытекающие из пункта 2 данного приказа. Многие из упомянутых нормативных правовых актов действуют и в настоящее время. Например, не прекращено действие Правил охраны и промысла морских млекопитающих, утвержденных приказом Министерства рыбного хозяйства СССР № 349 от 30 июня 1986г.¹, в соответствии с пунктом 11.1 которых промысел морских млекопитающих, занесенных в Красную книгу СССР, а также включенных в «Конвенцию о международной торговле видами фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения» запрещается. Однако, как и в случае с Типовыми правилами охоты, такая норма не обеспечивает защитой виды, которые отсутствовали в Красной СССР, но в настоящее время занесены в Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов РФ.

Новое российское законодательство, регулирующее промысловую и другие виды добычи (вылова) водных биологических ресурсов, не всегда последовательно в решении проблемы охраны видов, внесенных в федеральную и региональные красные книги. В одних случаях, как, например, в Правилах рыболовства в водоемах Волжско-Камского бассейна², прямо запрещается использование всех видов рыб, занесенных в Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов Российской Федерации. При этом запрещенные для вылова виды рыб в случае их прилова подлежат выпуску в водоем в живом виде. В других случаях перечисляются конкретные виды, запрещенные к вылову, но их природоохранный статус не указывается и остается только догадываться, относятся они к «краснокнижным» или нет. Последствия такого подхода можно увидеть на примере Правил любительского и спортивного рыболовства на водоемах Оренбургской области³. Европейский хариус и берш (популяции бассейна реки Урал), внесенные одновременно в Красную книгу Российской Федерации и Красную книгу Оренбургской области, в список запрещенных Правилами к вылову рыб попросту не попали. Нельзя признать оптимальной и оговорку, сделанную в Правилах вылова (добычи) водных биологических ресурсов в научно-исследовательских, контрольных и рыбоводных целях⁴. В пункте 2 Правил предусмотрено, что вылов (добыча) водных биологических ресурсов *(за исключением видов, подвидов и популяций водных биологических ресурсов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации и красные книги субъектов Российской Федерации)* в научно - исследовательских, контрольных и рыбоводных целях осуществляется для изучения и контроля за состоянием и распределением

¹ Сборник нормативных актов по рыбному хозяйству (в семи томах). Том 6. - Л., 1988.

² Утверждены совместным приказом Роскомрыболовства России и Госкомэкологии России от 12.05.00г. №153/381 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2000. № 30.

³ Утверждены распоряжением главы администрации Оренбургской области от 16.06.98г. № 587-р // Газета «Оренбуржье». 7 июля 1998 г. № 124.

⁴ Утверждены постановлением Правительства РФ от 31.07.01г. № 566 // Собрание законодательства РФ. № 32. 2001. Ст. 3329.

этих ресурсов, поиска новых промысловых районов и запасов, определения общих допустимых уловов, разработки и реализации мер по сохранению, рациональному использованию, воспроизводству и акклиматизации указанных ресурсов, изучения влияния на них природных и антропогенных факторов. Необходимо, чтобы отмеченные недоработки были устранены в процессе приведения всех действующих правил добычи (вылова) водных биологических ресурсов в соответствии со статьей 27 Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»¹, в которой в целях сохранения занесенных в Красную книгу Российской Федерации и (или) Красную книгу субъекта Российской Федерации редких и находящихся под угрозой исчезновения видов водных биоресурсов вводится общий запрет на их добычу (вылов). Добыча (вылов) указанных видов допускается лишь в исключительных случаях на основании разрешений на добычу (вылов) в порядке, предусмотренном Правительством Российской Федерации.

Письмом Госкомэкологии России от 16.06.98г. № 18-01-31/604 в субъекты Федерации разосланы методические рекомендации, из названия и текста которых следует, что они регулируют подготовку правил пользования дикими животными, не отнесенных к объектам охоты и рыболовства². Здесь предусмотрено, что к объектам данного вида пользования не относятся объекты животного мира, занесенные в Красную книгу Российской Федерации по перечню (списку), утвержденному приказом Госкомэкологии России от 19.12.97г. № 569³. Упоминание о видах, занесенных в красные книги субъектов РФ, в методических рекомендациях отсутствует. Нет такого упоминания и в Положении о зоологических коллекциях, утвержденном приказом Госкомэкологии России от 30.09.97г. № 411⁴. Вопрос о пополнении зоологических коллекций представителями редких и исчезающих видов ограничивается указанием на Госкомэкологию России как орган правомочный выдавать разрешения на добывание биологических объектов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации, а также оговоркой, что разрешения на пополнение коллекций редкими и исчезающими животными выдаются даже в тех случаях, когда речь идет о потомстве погибших родителей и животных, травмированных в результате природных катастроф и техногенных аварий, а также животных, погибших естественной смертью.

Проведенный анализ показывает, что принцип повсеместного изъятия из хозяйственного использования применительно к наземным видам животных еще не нашел адекватного отражения и развития в фаунистическом законодательстве. Кроме того, в существующем виде данное требование не способно оградить уязвимые виды от истребления в ходе непромысловой добычи, особенно, если это касается видов, занесенных в

¹ Собрание законодательства РФ. 2004. № 52 (часть 1). Ст. 5270.

² Охотничьи законы: Сборник нормативных правовых актов и других документов / Сост. Н.В.Краев. - Киров, 1999. С. 272-280.

³ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 5.

⁴ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 9.

красные книги субъектов Федерации. Представляется, что в сложившейся ситуации наиболее оптимальным будет внесение дополнения в статью 24 Федерального закона «О животном мире», вводящего запрет на добывание всех объектов животного мира, принадлежащих к видам, занесенным в красные книги, независимо от их таксономической группы. Однако сам по себе запрет будет малоэффективным, если неотъемлемой составной частью правил охоты, рыболовства и других видов фаунопользования, принимаемых на федеральном и региональном уровнях, не станут списки с графическими (фотографии, рисунки) и краткими текстовыми описаниями животных (включая характерные следы, возрастные и половые особенности), добыва-

ние которых запрещено¹. При этом вводимый запрет не должен быть абсолютным. Известно, что сохранение и восстановление численности уязвимых видов, охрана жизни и здоровья людей, предотвращение гибели и заболеваний домашних животных, другие законные интересы иногда могут быть обеспечены только изъятием из природной среды «краснокнижных» объектов животного мира. В связи с этим, Федеральный закон «О животном мире» одновременно следует дополнить нормой, допускающей в исключительных случаях добывание редких и исчезающих животных в природоохранных, научных и иных целях по особым разрешениям, выдаваемым уполномоченными на то органами государственной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

В соответствии с частью 2 статьи 24 Федерального закона «О животном мире» действия, которые могут привести к гибели, сокращению численности и нарушению среды обитания объектов животного мира, занесенных в красные книги, не допускаются. Согласно пункту 1 статьи 60 Федерального закона «Об охране окружающей среды» запрещается деятельность, ведущая к сокращению численности данных животных и ухудшающая их среду обитания. На наш взгляд, данное требование следует рассматривать как запрет на осуществление хозяйственной и любой иной деятельности, не связанной с использованием уязвимой фауны, если она может привести к гибели отдельных особей, сокращению общей численности вида, подвида или популяции животных, занесенных в красные книги, а также к нежелательной антропогенной трансформации территорий и акваторий, служащих средой обитания и необходимых для осуществления различных жизненных циклов данных животных. Другими словами, промышленные, сельскохозяйственные, строительные, взрывные и прочие работы, организация проезда и стоянок транспорта, устройство складов, выпас и прогон скота, оборудование мест отдыха и другие виды деятельности не должны осуществляться, если не предусмотрены и не реализуются меры, предотвращающие гибель и сокращение численности, а также гарантирующие сохранение среды обитания редких и находящихся под угрозой исчезновения животных. Важнейшей гарантией своевременного принятия данных мер является государственная экологическая экспертиза, осуществляемая в соответствии с Федеральным законом от 23.11.95г. № 48 «Об экологической экспертизе»² и предшествующая принятию хозяйственных и иных решений, способных негативно повлиять на животный мир и среду его обитания. Если указанные меры не реализуются в ходе эксплуатации хозяйственных и иных объектов, то такая деятельность должна быть в установленном порядке ограничена, приостановлена либо

¹ Применительно к правилам охоты аналогичное суждение высказано Ю.Н.Ерофеевым. Автор полагает, что в правилах охоты должны быть перечислены те «краснокнижные» виды, которые постоянно или временно обитают на соответствующей территории (в том числе в период миграций). Кроме того правила охоты должны содержать описание следов, а также изображение видов, охота на которых полностью запрещена // Ответственность за незаконную охоту по уголовному законодательству России. Дисс. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук. - М., 1994. С. 98.

² Собрание законодательства РФ. 1995. № 48. Ст. 4556.

вообще прекращена. В этой связи давно назрела необходимость разработки и принятия на уровне Правительства РФ нормативного правового акта, регулирующего порядок осуществления государственного контроля в области охраны, воспроизводства и использования объектов животного мира и среды их обитания¹.

Следующее требование, закрепленное в части 2 статьи 24 Федерального закона «О животном мире», предусматривает, что юридические лица и граждане, осуществляющие хозяйственную деятельность на территориях и акваториях, где обитают животные, занесенные в красные книги, несут ответственность за сохранение и воспроизводство указанных объектов животного мира в соответствии с законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации. Представляется, что в отличие от запрета действий, ведущих к негативному изменению состояния уязвимой фауны и ухудшению среды ее обитания, данной нормой на субъектов хозяйственной деятельности возлагается обязанность по осуществлению специальных мероприятий, направленных на сохранение и воспроизводство редких и исчезающих животных в естественной среде обитания (in-situ).

На наш взгляд, формулировка рассматриваемого требования не может быть признана оптимальной. Не ясно, какое правовое значение имеет упоминание о том, что юридические лица и граждане «несут ответственность». Если речь идет о юридической ответственности, то она наступает лишь за совершение противоправных действий, к которым «сохранение и воспроизводство», безусловно, не относятся. Но даже если предположить, что мы имеем дело с несовершенством юридической техники и фактически здесь подразумевается позитивное обязывание, то следует расширить круг субъектов, которому оно адресовано. Например, такие природоохранные учреждения как заповедники и национальные парки нельзя отнести к хозяйствующим субъектам. Вместе с тем, очевидно, что если на используемых ими территориях и акваториях обитают виды животных, занесенные в красные книги, данные учреждения обязаны принимать меры к их сохранению и воспроизводству. Не очень удачно и упоминание о «гражданах». Гораздо удобнее оперировать термином «физические лица», к которым наряду с российскими гражданами могут быть отнесены иностранные граждане и лица без гражданства, осуществляющие хозяйственную и иную деятельность на соответствующих территориях и акваториях.

С учетом сделанных замечаний мы предлагаем следующую формулировку данного требования - физические и юридические лица, осуществляющие хозяйственную и иную деятельность на территориях и акваториях, где обитают животные, занесенные в красные книги, обязаны

¹ В соответствии с Планом подготовки проектов нормативно-правовых актов, необходимых для реализации Федерального закона «О животном мире», утвержденным распоряжением Правительства РФ от 17.08.95г. № 981-р (Собрание законодательства. 1995. № 30. Ст. 2967), проект данного документа должен был быть представлен в Правительство Российской Федерации еще в октябре 1995 года.

принимать предусмотренные законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации меры к сохранению и воспроизводству указанных объектов животного мира. Такой подход соответствует и Положению о порядке ведения Красной книги Российской Федерации, где предусмотрено, что осуществление мероприятий по сохранению уязвимой фауны и мест ее обитания наряду со специально уполномоченными на то государственными органами Российской Федерации в области охраны окружающей среды проводят природопользователи, то есть, прежде всего, лица, осуществляют хозяйственную деятельность на отведенных им территориях и акваториях, а также юридические и физические лица, деятельность которых связана с изучением, охраной, восстановлением и использованием объектов животного мира, занесенных в Красную книгу Российской Федерации¹.

Если в условиях естественной свободы сохранение вида невозможно, прибегают к сохранению вида в неволе либо полувольных условиях. Требование охраны редких и исчезающих видов животных *ex-situ* предусмотрено в пункте 1 статьи 60 Федерального закона «Об охране окружающей среды». Здесь провозглашается, что в целях сохранения редких и находящихся под угрозой исчезновения животных их генетический фонд подлежит сохранению в низкотемпературных генетических банках, а также в искусственно созданной среде обитания. Однако для того, чтобы данное требование стало реальностью, оно должно быть адресовано определенным субъектам, наполнено конкретным содержанием и обеспечено финансовыми ресурсами. Согласно части 3 статьи 24 Федерального закона «О животном мире» создание необходимых условий для сохранения и разведения представителей редких и исчезающих видов животных, в том числе путем специализации зоопарков и организации питомников, возлагается на органы исполнительной власти субъектов Федерации. Очевидно, что сохранение уязвимой фауны - это общегосударственная проблема, которая в существующих социально-экономических условиях не может успешно решаться усилиями лишь субъектов Федерации. Поэтому в Законе данной функцией следовало наделить и действующие на профессиональной основе, имеющие подразделения в регионах и финансируемые непосредственно из федерального бюджета специально уполномоченные государственные органы по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира и среды их обитания.

В пункте 2 статьи 60 Федерального закона «Об охране окружающей среды» предусмотрено, что порядок сохранения генетического фонда редких и находящихся под угрозой исчезновения животных в низкотемпературных генетических банках, а также в искусственно созданной среде обитания определяется законодательством в области охраны окружающей среды, к

¹ Пункт 8.4 Положения о порядке ведения Красной книги Российской Федерации, утвержденного приказом Госкомэкологии России от 03.10.97г. № 419-а // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1997. № 2.

которому согласно пункту 5 статьи 2 данного Закона отнесено и законодательство о животном мире. В настоящий момент правовым регулированием охвачены следующие формы государственного участия в рассматриваемой сфере: учреждение зоопарков¹, регистрация зоологических коллекций² и лицензирование деятельности по содержанию и разведению редких и исчезающих животных³. Вместе с тем, еще слабо урегулировано наиболее перспективное направление по сохранению генетических материалов уязвимых животных - замораживание их гамет, зигот, соматических клеток и зародышей в низкотемпературных генетических банках.

При правовом отражении экологических требований законодателем используются разные приемы отражения, но основное предпочтение отдается сочетанию позитивного обязывания и запрета. Экологические требования диктуются законами природы и, следовательно, их реализация изначально предполагает обязательность исполнения. Тут не может быть и речи о предоставлении субъекту права выбора: соблюдать ему определенное экологическое требование или нет. Преобладание способов обязывания и запрета, однако, не исключает дозволения. Законодатель использует дозволение, если не преследует цели обязывания субъектов права вступать в определенные отношения⁴. В частности, правовыми нормами дозволяется добывание, оборот и выпуск в естественную природную среду редких и исчезающих животных, виды которых занесены в Красную книгу Российской Федерации. При этом сам порядок добывания, оборота и выпуска регламентируется подробным образом, в том числе с помощью обязывающих и запретительных норм.

Уже отмечалось, что в соответствии с постановлением Правительства РФ от 19.02.96г. № 158 «О Красной книге Российской Федерации» изъятие из естественной природной среды объектов животного мира, занесенных в Красную книгу Российской Федерации, допускается в исключительных случаях в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Правила добывания объектов животного мира, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, утверждены постановлением Правительства РФ от 06.01.97г. № 13 (в редакции постановлений Правительства РФ от 20.04.03г. № 240 и 14.12.04г. № 774)⁵. В Правилах предусмотрено, что добывание объектов животного мира, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, допускается в исключительных случаях по разрешениям, выдаваемым Федеральной службой по надзору в сфере природопользования

¹ См. Типовое положение о государственных зоологических парках, утвержденное приказом Министра культуры РФ от 16.07.93 г. № 473.

² См. постановление Правительства РФ от 17.07.96г. № 823 «О порядке государственного учета, пополнения, хранения, приобретения, продажи, пересылки, вывоза за пределы Российской Федерации и ввоза на ее территорию зоологических коллекций» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 31. Ст. 3718.

³ См. статью 26 Федерального закона «О животном мире».

⁴ Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. - М., 1974. С. 173.

⁵ Собрание законодательства РФ. 1997. № 3. Ст. 385; 2003. № 17. Ст. 1621; 2004. № 51. Ст. 5188.

в целях сохранения этих объектов, регулирования их численности, охраны здоровья населения, устранения угрозы для жизни человека, предохранения от массовых заболеваний сельскохозяйственных и других домашних животных, обеспечения традиционных нужд коренных малочисленных народов, иных.

В соответствии с частью 4 статьи 24 Федерального закона «О животном мире» оборотоспособность диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, допускается в исключительных случаях по разрешению (распорядительной лицензии), выдаваемому уполномоченным государственным органом в порядке, предусмотренном Правительством Российской Федерации. Переход таких объектов животного мира от одного лица к другому ограничен перечнем допустимых целей содержания в неволе уязвимых животных, которые ранее в соответствии с разрешением на добывание были изъяты из естественной природной среды. Указанный перечень приводится в пункте 1 постановления Правительства РФ от 19.02.96г. № 196 «О порядке выдачи разрешений (распорядительных лицензий) на оборот диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации» (в редакции постановлений Правительства РФ от 20.04.03г. № 240 и 14.12.04г. № 774)¹. Здесь предусмотрено, что содержание в неволе диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, допускается только в целях сохранения и воспроизводства этих животных в искусственно созданной среде обитания, а также в научных и культурно-просветительных целях.

В части 4 статьи 24 Федерального закона «О животном мире» также закреплено, что выпуск в естественную природную среду диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, допускается в исключительных случаях, определяемых Правительством Российской Федерации. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 19.02.96г. № 196 выпуск в естественную природную среду диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, осуществляется в целях их сохранения и (или) пополнения природных популяций данных животных. Как и оборот, выпуск в естественную среду обитания объектов животного мира, занесенных в Красную книгу Российской Федерации, оформляется распорядительной лицензией, выдаваемой Федеральной службой по надзору в сфере природопользования. Но если выдача лицензии на оборот диктуется необходимостью установления жесткого государственного контроля за состоянием и использованием указанных животных в неволе, то их реинтродукция (репатриация) санкционируется государством для соблюдения природоохранных требований в процессе выпуска.

Животные, относящиеся к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, являются объектами не только внутреннего оборота,

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 9. Ст. 807; 2003. № 17. Ст. 1621; 2004. № 51. Ст. 5188.

но и экспортно-импортных операций. Государственное регулирование в данной сфере осуществляется путем принятия решений о выдаче лицензий на экспорт ресурсов животного происхождения¹, выдачи разрешений на вывоз за пределы России и ввоз на ее территорию зоологических коллекций, их частей и отдельных экспонатов², таможенного и ветеринарного оформления указанных грузов. Кроме того, особым образом регулируется ввоз, вывоз, транзитная перевозка, а также внутренний оборот редких и находящихся под угрозой исчезновения животных, подпадающих под действие международных договоров Российской Федерации³.

¹ См. Временное положение о порядке принятия решений о выдаче лицензий на экспорт ресурсов животного и растительного происхождения, выдаваемых Министерством экономического развития и торговли РФ, утвержденное приказом Росприроднадзора от 2 сентября 2004г. № 9 // Документ опубликован не был. Размещен в правовой базе данных «Консультант плюс».

² См. главу V Положения о зоологических коллекциях.

³ Прежде всего, это касается животных, относящихся к видам, включенным в приложения к Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (СИТЕС).

Вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения

СОСТОЯНИЕ И ПУТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ РЕКЛАМНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ОАО «ОРЕНСОТ»

Баранова Л.Я. – доцент кафедры общегуманитарных и социально-экономических дисциплин и управления

ОАО «Оренсот» начало свою деятельность в 1997г., став первым оператором (организация, деятельность которой связана с передвижной мобильной связью) в Оренбургской области. ОАО «Вымпелком», выступающее под торговой маркой Билайн в 2003г. стало обладателем контрольного пакета акций ОАО «Оренсот». Слияние ОАО «Оренсот» и ОАО «Вымпелком» было связано с нарастающей конкуренцией на рынке операторов мобильной связи Оренбуржья. ОАО «Оренсот» является юридически самостоятельной организацией и выступает также под торговой маркой Билайн.

Сфера деятельности ОАО «Оренсот» заключается в:

- предоставлении и распространении радиотелефонной (сотовой) и всех других видов местной, междугородной, международной и спутниковой связи;
- предоставлении информационных услуг различных видов, включая соединения с различными базами данных;
- предоставлении услуг с использованием всемирной сети «Интернет»;
- проектировании, сооружении и эксплуатации каналов и сетей связи на территории Оренбургской области.

В 1999 году в организации была принята линейно – функциональная структура управления. Принятая организационно – управленческая структура организует четкое и оперативное управление и повышает ответственность руководителей за эффективность возглавляемого им звена.

Функциональные обязанности по отделам распределены следующим образом. В обязанности специалистов отдела кадров (2 чел.) входит организация документооборота, разработка и организация кадровой деятельности. Административно – хозяйственный отдел (АХО) обеспечивает работы по организации хозяйственной деятельности на предприятии (4 чел.). Специалисты бухгалтерии (7чел.) выполняют работу по ведению бухгалтерского учета, проводят экономический анализ хозяйственной и финансовой деятельности предприятия. В введении специалистов

казначейства (4 чел.) анализ и оптимизация расходов на расчетно-кассовое обслуживание, обеспечение бесперебойности платежей и планирование денежных потоков. Специалисты отдела развития сети (27 чел.) обеспечивают установку новых базовых станций и расширяют покрытие сотовой связи по области. Отдел коммутационного оборудования круглосуточно организует бесперебойную работу коммутатора – «сердце» сотовой компании, обеспечивающего все технологические процессы абонентской базы (31 чел.). Специалисты отдела продаж (28 чел.) осуществляют работу по подключениям, продажам оборудования и по расширению и поддержанию постоянных и долгосрочных связей с клиентами компании. Отдел обслуживания клиентов (47 чел.) организует абонентское обслуживание клиентов в офисах, в справочно-информационных центрах. Специалисты отдела маркетинга (2 чел.) разрабатывают маркетинговую политику на предприятии на основе анализа потребительского спроса и рыночной конъюнктуры, проводят анализ экономической ситуации региона, которая может повлиять на условия сбыта, проводят рекламные кампании для продвижения новых услуг действующим и потенциальным абонентам.

Финансово – хозяйственная деятельность ОАО «Оренсот» характеризуется наряду с общими показателями, системой особых показателей: абонентская база, количество услуг, среднемесячная заработная плата, затраты на модернизацию оборудования, на региональное развитие сети.

Абонентская база увеличилась в 3,18 раза по сравнению с 2002г. и составила в 2004г. 478 тыс. абонентов. Значительно возросло количество предлагаемых ОАО «Оренсот» тарифных планов, в 2004 г. 25 тарифных планов, что в 5 раз превышает показатели 2002г.. Затраты на модернизацию коммутационного оборудования возросли в 2004г. по сравнению с 2002г. в 2,86 раза, что объясняется полной модернизацией импортным оборудованием коммутаторов г. Оренбурга и г. Орска в 2004г.. Затраты на развитие регионального покрытия сети в 2004г. составили 31560 тыс. руб., что в 2,5 раза больше, чем в 2002г., что объясняется увеличением количества новых базовых станций на территории Оренбургской области. Уровень среднемесячной заработной платы в 2004г. увеличился на 36,8%, по сравнению с 2002г. и к 2004г. среднемесячная заработная плата составила 5,08 тыс. руб. В 2004г. чистая прибыль по итогам года составила 412535 тыс. руб., что в 3,04 раза больше чем в 2002г., что объясняется увеличением объема продаж. С ростом прибыли возрос и уровень рентабельности, с 34,59% в 2002г. до 39,67% в 2004г.

Обобщая вышеизложенные данные, можно отметить, что ОАО «Оренсот» наращивает темпы развития, увеличивает абонентскую базу, общую прибыль и уровень рентабельности.

Организацией рекламной деятельности ОАО «Оренсот» занимается отдел маркетинга, в деятельность которого входит разработка новых услуг, тарифов, анализ экономических показателей (выручка, абонентская база),

проведение рекламных кампаний, анализ экономической ситуации рынка сотовой связи Оренбургской области. На рынке мобильной связи Оренбургской области работают следующие компании – ОАО «Оренсот», выступающая под торговой маркой Билайн, ОАО «Мобильные Телесистемы» (далее МТС), ОАО «МегаФон» и ОАО Оренбург GSM». ОАО «Мобильные телесистемы» (МТС) начала работу на рынке сотовой связи Оренбуржья в 2003 году, стремительно захватив большое количество абонентов, применив демпинговую маркетинговую стратегию.

ОАО «МегаФон» открыло Оренбургский филиал в 2004 год, и развиваясь быстрыми темпами, смогло создать весомую конкуренцию ОАО «Оренсот» и ОАО «МТС», применив политику льгот и скидок. ОАО «Оренбург GSM» работает на рынке Оренбуржья с 2001 года, имеет свою незначительную долю рынка в связи с плохим качеством связи и слабой зоной покрытия.

В стандарте GSM 900/1800 (Global System for Mobile communications-, что в переводе на русский язык означает Всемирная Система Мобильных Коммуникаций) работают следующие компании: ОАО «Оренсот», ОАО «Мегафон», ОАО «МТС», ОАО «Оренбург GSM». Стандарт GSM полностью цифровой стандарт, который изначально разрабатывался как общий стандарт сотовой связи для объединенной Европы. С 1991 г. GSM получил широкое распространение в Европе, Австралии, Африке, на Среднем Востоке. На сегодняшний день это наиболее распространенный стандарт сотовой связи, абонентами которого является более миллиарда жителей Земли.

Особенности стандарта GSM:

- основное достоинство стандарта состоит в том, что он предоставляет пользователям возможность перемещения по городам и странам без изменения номера телефона (автоматический роуминг);

- цифровое кодирование сигнала позволяет избежать помех и обеспечить конфиденциальность переговоров:

- относительно высокая емкость сети;

- в России стандарт имеет статус федерального.

Для абонентов привлекательность сотовых сетей во многом зависит от спектра потребительских услуг, которые, в свою очередь, предопределены стандартом системы.

В ассортимент услуг, предоставляемых ОАО «Оренсот», входит: роуминг, переадресация, многопользовательский доступ, передача данных, голосовая почта, обеспечение безопасности, тарифные планы.

Роуминг - использование радиотелефона в другой сотовой сети. Различают автоматический и административный (ручной) роуминг. Автоматический роуминг подразумевает наличие выделенного канала связи между компаниями-операторами и соответствующего оборудования. Компания-оператор - это специалисты, управляющие работой сложного оборудования, обеспечивающего мобильную телефонную связь. Услуга

роуминга достаточно популярна, но, в основном, она востребована наиболее платежеспособными абонентами.

Процесс переадресации представляет коммутацию вызова, поступающего на телефон абонента сотовой сети, на назначенный абонентом другой номер телефона. В зависимости от условий осуществления переадресации существуют следующие ее разновидности:

- безусловная переадресация;
- условная переадресация;
- переадресация вне зоны обслуживания;
- переадресация по сигналу «нет ответа»;
- переадресация по сигналу «занято»;
- переадресация в процессе разговора.

К типу услуг «многочисленный доступ» можно отнести: ожидание вызова, конференц-связь.

Реализация услуги «ожидание вызова» подразумевает то, что поступление нового вызова во время разговора абонента сопровождается соответствующим звуковым сигналом. При этом у абонента будет возможность принять этот вызов,

не разрывая текущий сеанс связи. Услуга «конференц-связь» позволяет абоненту вести разговор совместно с двумя и более абонентами, а также выйти из этого разговора, оставив на связи остальных абонентов.

Передача данных - понятие, включающее отправку и получение факсов, электронной почты и передачу коротких сообщений,

Поддержка продаж тесно связана с ценовой политикой. Приобретая мобильный телефон, покупатель выбирает не столько определенный стандарт связи, сколько компанию, которая позволит ему этой связью воспользоваться. От компании зависит набор предоставляемых услуг сотовой связи и затраты абонента на предоставляемые услуги. На объем продаж влияют не только характеристики продукта, но и набор услуг, предлагаемых в виде широкого выбора тарифных планов. Оператор сотовой связи Оренбурга - ОАО «Оренсот» предлагает различные варианты тарифных планов, которые являются предметом рекламирования. Формирование тарифной структуры - одно из важнейших направлений деятельности отдела маркетинга в ОАО «Оренсот». ОАО «Оренсот» предлагает абоненту право выбрать один из 25 типов тарифных планов в зависимости от количества трафика (ежедневного времени разговора), стоимости единицы эфирного времени, наличия дополнительных услуг, наличия абонентской платы и т.д. Анализ тарифных планов будет интересен в сравнении с тарифами конкурентов. Рассмотрим тарифные планы, разработанные ОАО «Оренсот», ОАО «Мегафон», ОАО «МТС» для корпоративных клиентов (юридических лиц) Оренбургской области.

Наиболее выгодный тарифный план у ОАО «Мегафон» стоимость минуты самая низкая и бесплатный входящий звонок с телефонов сотовых компаний. Преимущество тарифного плана ОАО «Оренсот» в бесплатном

звонке с мобильных телефонов и недостаток – самая дорогая тарификация звонков.

В Оренбурге помимо крупных предприятий сосредоточено множество организаций административного характера. Здесь находятся офисы региональных корпораций, региональные представительства российских и зарубежных фирм. Все это положительно сказывается на уровне деловой активности и стиле жизни в городе.

Принимая во внимание все вышеизложенное, можно достаточно уверенно прогнозировать устойчивый и достаточно высокий - по сравнению с другими провинциальными центрами - уровень спроса на услуги сотовой связи.

Все фирмы заинтересованы в одном и том же - в увеличении объема сделок. Покупателей на рынке ограниченное количество, поэтому немаловажным фактором активизации привлечения абонентов является использование одного из наиболее эффективных инструментов в условиях рыночной экономики - рекламы. Рассмотрим формирование комплекса продвижения услуг и критерии формирования рекламных обращений в ОАО «Оренсот». ОАО «Оренсот» использует следующие каналы продвижения рекламных обращений:

- печатные средства массовой информации (газеты, журналы, брошюры, буклеты, календари, наклейки и т.д.);

- электронные средства массовой информации (телевидение, радио, компьютерные сети);

- наружная реклама (щитовая реклама, реклама на транспорте и на других городских объектах).

Реклама в печатных СМИ не столь популярна в среде операторов сотовой связи по сравнению с другими средствами коммуникаций. В основном, печатная реклама Оренбуржья сегодня представляет собой дешевую информационную доску, на которой большинство компаний предпочитает размещать рекламные сообщения. ОАО «Оренсот» публикует рекламную информацию в еженедельных изданиях газетах «Телесемь» и «Аргументы и факты».

Реклама на телевидении. Этот вид рекламы достаточно дорогой и имеет тенденцию к росту расценок. Но для поддержания имиджа солидной компании необходимо размещать видеорекламу на престижных каналах города. ОАО «Оренсот» сотрудничает в основном с местным каналом Oren-TV. Каналом рекламной информации на телевидении стал логотип компании в левом нижнем углу экрана в новостной программе «Служба новостей» канала Oren-TV.

Наружная реклама. Данный вид рекламы ОАО «Оренсот» широко использует, активно размещая щитовые баннеры на крупных автомагистралях и улицах.

В деятельность отдела маркетинга входит создание своего имиджа, который влияет на степень известности оператора и на уровень привлечения

абонентов. При этом необходимо отметить, что формирование устойчивого положительного мнения, как о самом предприятии, так и о предлагаемых ими услугах, требует достаточно длительного промежутка времени и значительных финансовых затрат.

ОАО «Оренсот» в 2004 году заказало ОАО «Априори» (агентство, специализирующееся на проведении статистических опросов) проведение телефонного анкетного опроса 110 тыс. жителей города Оренбурга, что составляет 20 % от общей численности жителей г. Оренбурга.

Для респондентов, чьи доходы не превышают 3000 руб. в месяц (студенты, пенсионеры, работники бюджетной сферы) при выборе оператора сотовой связи наиболее важны стоимость минуты разговора и качество связи (57 и 22 %). Для представителей группы, доходы которой превышают 5000 руб. (преподаватели высшей школы, военные) важное значение имеют высокая вариантность услуг и советы друзей (8 и 6 %). А для служащих коммерческих организаций немаловажными факторами являются роуминг и конфиденциальность (5 и 3%). Следовательно, ОАО «Оренсот» при выборе рекламной стратегии необходимо учитывать рассмотренную зависимость при позиционировании.

В процессе исследования рекламной деятельности ОАО «Оренсот» и других операторов сотовой связи Оренбургской области было выявлено различие их стратегических позиций. Стратегия оператора «Оренсот» строится вокруг таких конкурентных преимуществ, как наличие большого количества тарифных планов, широкой зоны покрытия сети по области, а так же наибольшей абонентской базы. Оператор МТС придерживается совсем иной позиции. Главными аспектами его рекламных стратегий является удешевление обслуживания. Сотовый телефон подключенный к сети МТС, это атрибут руководителей организаций малого бизнеса. Этим объясняется различие стратегий операторов в выборе средств распространения рекламы.

Компания МТС избрала стратегию захвата доли рынка путем установления демпинговых цен на исходящие внутрисетевые вызовы и бесплатные входящие вызовы с телефонов других операторов области. Однако, по результатам 2004 года, можно сделать вывод, что данная стратегия оказалась не совсем правильной, т.к. соотношение абонентских баз основных операторов области далеко не в пользу МТС. Следовательно, преимущества, на которые указывает оператор не стимулируют потенциальных абонентов сделать выбор в его пользу. Для организации коммерческой деятельности оператор Оренсот использует различного рода вспомогательные материалы - POSM. К таковым относятся карты зоны обслуживания, прайс-листы на обслуживание, различного вида инструкции, способствующие продвижению продаж. Описанию таких услуг, как роуминг, голосовая почта посвящены отдельные буклеты.

В настоящее время в Оренбурге и области существует множество средств массовой информации, в которых рекламодатель может разместить свою рекламу.

Очень важно учитывать особенности рекламируемого товара, особенности рынка, потенциальных клиентов и многое другое. Даже то, на какую целевую потребительскую группу рассчитано рекламное обращение играет важную роль при его размещении в средствах массовой информации, так как у каждого издания своя аудитория.

ОАО «Оренсот» применяет новые технологии продвижения услуги на рынок, одной из которых является медиапланирование. Применяя медиапланирование, специалисты анализируют каналы подачи рекламы и будущий эффект. Данный анализ начал применяться в организации с 2004 года и находится в стадии развития, требует более глубокого изучения его применения.

Использование Интернет в качестве одного из элементов системы маркетинга оказывает значительное влияние на положительный имидж компании и на осведомленность потребителя о товарах и услугах. ОАО «Оренсот» разработало Интернет-страницу [/www.orensot.ru/](http://www.orensot.ru/), в которой отражается некоторый спектр услуг компании: описание тарифных планов, дополнительных услуг, информация о компании. На сайте не отражается информация для юридических лиц - настоящих и потенциальных корпоративных абонентов, что отрицательно влияет на уровень продаж и подключений.

Анализируя деятельность отдела маркетинга, можно выявить сильные и слабые стороны. К сильным сторонам деятельности относятся: ежемесячное обновление тарифных планов и дополнительных услуг, организация и размещение рекламы в СМИ. К слабым сторонам относятся следующие факторы: отсутствие штатной единицы, которая организует медиапланирование в компании, не разработан преимущественно выгодный по сравнению с конкурентами тарифный план для корпоративных клиентов, Интернет-страница не отражает информацию для корпоративных клиентов.

В ОАО «Оренсот» принята линейно-функциональная структура управления, которая наряду с преимуществами имеет и ряд недостатков. В числе недостатков негибкость, жесткость, неприспособленность к дальнейшему росту организации. Увольнение руководителя может привести к серьезным последствиям. Стиль управления в ОАО «Оренсот» авторитарный, что уменьшает потенциальные возможности и сдерживает инициативу молодых специалистов, руководители часто перегружены обязанностями, ответственностью, что приводит к стрессу и плохому управлению. Необходимо установить демократические отношения в коллективе, что будет способствовать нормализации психологического микроклимата.

В некоторых отделах существует некоторое дублирование функциональных обязанностей. Отдел казначейства выполняет функции отдела бухгалтерии, необходимо создать единую учетную службу, объединив отдел казначейства и бухгалтерии.

В ОАО «Оренсот» часто нарушаются правила трудовой дисциплины, что отрицательно влияет на организацию работы. Специалистам отдела кадров необходимо разработать положение о депремировании сотрудников за нарушения трудовой дисциплины. В ОАО «Оренсот» нет плана повышения квалификации сотрудников, что отрицательно сказывается на уровне профессиональных знаний, не дает сотрудникам возможности улучшений знаний и умений. Отделу кадров необходимо разработать план и график повышения квалификации всех категорий персонала, с привлечением специалистов из учебно-методических центров Оренбургской области и г. Москвы. В условиях, когда действующие на рынке компании-операторы предлагают сопоставимые по качеству услуги, уровень абонентского обслуживания становится основным фактором конкуренции. Высокий уровень сервиса позволяет поддерживать относительно высокие цены на основные услуги и, как следствие, получать большую прибыль. Уровень сервиса является приоритетным фактором на рынке сотовой связи, и для того чтобы оставаться в лидирующем положении, компании необходимо учитывать претензии абонентов и улучшать качество обслуживания. Следовательно, руководителям отдела продаж и отдела обслуживания клиентов необходимо разработать систему стимулирования персонала данных отделов за качество сервисного обслуживания абонентов.

ОАО «МТС» в 2003 г. разработало методику оценки показателей конкурентоспособности операторов Оренбургской области. Перед разработчиками данной методики стояли следующие задачи:

- определить критерии, по которым клиенты оценивают данные услуги;
- оценить значимость каждого критерия по 10-балльной шкале.

Данная методика применялась в 2003 году методом телефонного анкетирования 100 тыс. жителей г. Оренбурга. Самым значимым критерием в выборе оператора сотовой связи является стоимость обслуживания (единицы эфирного времени), качеству сигнала респонденты дают девяти балльную оценку. Уровень сервисного обслуживания в настоящее время имеет огромное значение, а учитывая, что операторы сотовой связи – сервисные компании, значение уровня абонентского обслуживания имеет значительно весомую оценку. Менее значительными критериями в выборе оператора сотовой связи является наличие дополнительных услуг, пороги доступа к роумингу и престижности фирмы – оператора.

У МТС сильными сторонами является низкая стоимость тарифов и широкие роуминговые возможности. У Мегафона преимуществами являются дополнительные услуги и качество сигнала и престижность оператора, но пороги доступа к роумингу остаются относительно дорогостоящими. Следовательно, ОАО «Оренсот» необходимо кардинально пересмотреть существующие тарифные планы в сторону удешевления и снизить пороги доступа к роумингу, несмотря на высокий уровень качества, показатель стоимость эфирного времени остается наиболее высоким в ОАО «Оренсот».

Считаем, что к списку критериев оценки выбора оператора сотовой связи необходимо добавить показатель регионального покрытия (покрытия по области), так как данный критерий имеет большое значение в Оренбургской области - возможность пользования услугами связи не только в крупных городах области, но и сельской местности, преимущественно нетелефонизированной.

В настоящее время потребитель в состоянии сопоставить качество, цену и уровень потребительской полезности предлагаемых услуг, в связи с этим большая доля коммерческого успеха оператора сотовой связи лежит в разработке маркетинговой политики с учетом преимуществ и недостатков конкурентов.

Конкурентные преимущества каждого оператора сотовой связи Оренбурга проявляются в той области, где он располагает сильной характеристикой, важной для целевой аудитории, и слабой у конкурентов.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ НОРМЫ И ПРИНЦИПЫ СОЦИАЛЬНОГО СТРАХОВАНИЯ

Беребина О.П. – доцент кафедры трудового и предпринимательского права, к.ю.н.

Проблема содержания граждан, утративших трудоспособность в связи с трудовой деятельностью, существовала во все времена¹. Следует отметить, что защиту в форме социальной помощи традиционно обеспечивали семья, сельская община, а для ремесленников — корпоративные структуры (цеха, гильдии и т.д.). Кроме того, в письменных памятниках Древнего мира, начала и середины Новой эры можно найти упоминания о некоторых элементах страхования жизни на основе временных соглашений, что отмечается, например, при описании законодательства Хаммурапи (около 1800 лет до н.э.), в Библии (Ветхом Завете), деятельности римских профессиональных союзов (коллегий), а также средневекового гильдийско-цехового страхования уставного типа.

Первоначально в качестве единственного страхового случая при личном страховании в рамках цеховой (корпоративной) взаимопомощи рассматривалась смерть члена союза. Впоследствии перечень страховых случаев все более расширялся (пенсии по инвалидности вследствие несчастного случая на производстве, пособия членам семьи погибшего). Фонды для выплаты указанных пособий формировались за счет вступительных членских взносов.

¹ Исследованию данного вопроса были посвящены труды многих ученых. Например: Покровский И.А. Право на существование. - М., 1911; Ачаркан В.А. Государственные пенсии. - М.: Юриздат, 1967; Тулисов М.П. Социальное обеспечение в СССР и буржуазных государствах. - М.: Юрид. лит-ра, 1984 и др.

Значительную роль в развитии личного страхования (которое с точки зрения экономических механизмов, и математического аппарата сложнее, чем страхование имущественных рисков) сыграли страховые общества Англии. Начиная с конца XVII в. они были «первопроходцами» в данной области, вводили и отработывали основные элементы и методы страхования жизни, используемые в настоящее время. С этой целью формируется статистическая база на основе построения таблиц смертности, получает свое развитие теория вероятности. На развитие личного страхования в Англии оказал влияние пожар в Лондоне в 1666 году, унесший жизни более 70 тыс. человек.

После этой трагедии в Англии возникли многочисленные взаимные и акционерные страховые общества, введено государственное страхование жизни через почтовые учреждения.

В конце XVIII — начале XIX вв. на смену семье как главной производственной единицы в экономике, базировавшейся на сельском хозяйстве, простых ремеслах (натуральное хозяйство) и основного источника (и формы) содержания нетрудоспособных, пришло крупное промышленное производство. Перемены, вызванные урбанизацией и индустриализацией общественной жизни, становлением рабочего движения, потребовали новой доктрины социальной защиты, взамен ранее существовавшей и основанной на принципах самоподдержки, семейного обеспечения нетрудоспособных и благотворительности.

В формировании такой доктрины значительный вклад внесли: социальная теория протестантов и католической церкви (43-й указ Елизаветы I о борьбе с бедностью 1601 г., папская энциклика «Рерум новарум» 1891 г.);

- философско-правовые концепции европейских ученых о правовом порядке и правовом государстве (Кант, Гегель, английское фабричное законодательство):

- разработки французского ученого-гуманиста Е. Клавьера (Проспект относительно введения пожизненного страхования 1788г.) и правовые нормы, предложенные канцлером Германии О. Бисмарком, по Организации социального страхования в период 1890-х годов¹.

Нельзя не согласиться с выводом В.Д. Роик, что история зарождения и развития социального страхования свидетельствует о том, что оно органично связано с капиталистическим способом производства и европейской цивилизацией, которые привнесли с собой комплекс необходимых предпосылок:

правовых традиций английского и континентального права, в основе которого лежат принципы равенства всех перед законом и соблюдение естественных («фундаментальных») прав человека. Одним из таких прав является право на жизнь и на материальное обеспечение жизнедеятельности людей;

традиций социального характера по самоорганизации гражданского общества на принципах солидарности (кассы взаимопомощи цехов и гильдий в

¹ Роик В.Д. Социальное страхование: история, проблемы, пути совершенствования. – М., 1994. С. 126.

средневековой Европе, кооперативное движение в Англии) и широкого развития городского и местного самоуправления в большинстве европейских стран;

экономических предпосылок, вызванных трансформацией в хозяйственной и социальной жизни общества и обусловленных капиталистическим способом организации производства повышения уровня экономических рисков организации производства, возрастание многообразных социальных рисков утраты заработной платы наемным персоналом и социальной незащищенности в условиях городской жизни (без поддержки общины и большой семьи). Многообразные и противоречивые факторы формирующегося капиталистического уклада вызвали необходимость поиска соответствующих регуляторов. Растущая потребность в квалифицированной рабочей силе и связанное с этим повышение образовательного уровня наемного персонала требовали повышения уровня оплаты труда и резервирования его части для случаев наступления социальных рисков утраты доходов¹.

Понимание того, что в рыночных условиях самозащита для подавляющего числа лиц, занятых наемным трудом, объективно невозможна, приходило постепенно. Массовое обнищание населения, неудачные эксперименты с принудительным трудом в работных домах Англии и общественными работами во Франции, неэффективность государственного вспомоществования, нарастание социального протеста способствовали осознанию необходимости самопомощи и солидарной взаимопомощи.

Постепенно получила признание идея, в оплате наемного труда предусмотреть две самостоятельные части:

1) непосредственно выплачиваемой работнику для удовлетворения его (и его семьи) текущих потребностей;

2) резервируемой (в специальных фондах вне предприятий) для удовлетворения потребностей работника (и членов его семьи) на случай утраты трудоспособности (связанные с болезнями, несчастными случаями, старостью) и достаточной для достижения общественно приемлемого уровня материального обеспечения и медицинского обслуживания.

Эта резервируемая (страхуемая) часть заработной платы выступает как предельно выверенная (умеренно допустимая и выгодная для работников и работодателей) форма компенсации утраты заработка работниками. Она:

а) исчисляется с учетом трудового вклада работников (зависит от размеров их текущей заработной платы и периодов их трудовой деятельности);

б) резервируется за счет зарабатываемых средств самих работников на основе объединения возможностей достаточно больших групп работников, т.е. используется эффект распределения социальных рисков (которые наступают только для части работников) между всеми работниками, что делает систему социальной страхования экономически выгодной;

в) выплачивался только в явных случаях утраты трудоспособности (болезненное состояние и инвалидность

¹ Социальная политика: Учебник / Под общ. ред. Н.А.Волгина. - М.: «Экзамен», 2003. С. 286-287.

подтверждается медицинской экспертизой, возраст выхода на пенсию по старости определяется на основе законодательных норм);

г) рационально перераспределяется во времени — от периода работы к периоду, когда работа прекращается, а также между работниками (от здоровых к больным и инвалидам, доживающим и не доживающим до возраста выхода на пенсию);

д) финансируется за счет отчислений работников (с их текущей заработной платы) и средств работодателей (дополнительных к текущей заработной плате), что позволяет гармонизировать отношения между социальными субъектами, препятствует неоправданному снижению текущих доходов работников, повышает уровень и гарантированность, страховых выплат.

Таким образом, введение законодательного регулирования социальной защиты работников в период становления крупного машинного производства обусловлено общественными потребностями на этапе зрелости рыночных отношений, когда формирование цивилизованных трудовых отношений диктует необходимость выделения специализированных страховых институтов для эффективного решения задач в данной сфере.

Ядром экономических трудовых отношений становится компенсация утраты заработка в случаях наступления нетрудоспособности работника или лишения его места работы. Данная компенсация становится общественно признанной платой за функционирование экономики в условиях высоких рисков ситуаций — техногенных (профессиональные риски), экономических (организация производственного процесса в условиях неуправляемой рыночной стихии), которые для наемного персонала выступают в форме социальных рисков — потери заработной платы из-за утраты здоровья, трудоспособности или места работы¹.

Сильная сторона института социального страхования связана с тесной увязкой, индивидуального вклада страхуемого и его страхователя (работодателя) с размером пенсий и пособий, которые он может легко рассчитать исходя из величины страховых тарифов, размера заработной платы и периода внесения страховых взносов². Хотя в социальном страховании имеет место и нестраховое перераспределение, но оно приближается к разумным пределам, с которыми, как правило, страхуемые и их работодатели согласны.

На основе обобщения мирового опыта организации систем социального страхования, проведенного В.Д. Роик³, можно утверждать, что по сравнению с другими формами коллективного социального обеспечения (например, социальной помощью или фирменными (корпоративными) системами) данный институт защиты обладает рядом важных преимуществ:

¹ Фрэйхейм Е., Мергель В., Шенхорр Г. Большая книга по экономике. - М., 1997.

² Налоговое планирование на предприятиях и в организациях. - М.: Международный центр сравнительных исследований проблем налогообложения. Редакция журнала «Налоги и сборы». 1997.

³ Социальная политика: Учебник/ под общ. ред. Н.А.Волгина. - М.: «Экзамен», 2003. С. 288.

Во-первых, трудящиеся (от которых, как правило, требуется внесение страховых взносов) вовлекаются в процесс резервирования страховых накоплений.

Во-вторых, создаются специализированные (а потому и высокоэффективные) страховые учреждения, занимающиеся исключительно профилактикой, медицинским обслуживанием и денежными выплатами, которые обеспечиваются одной и той же организацией (социальная защита «под одной крышей»), что дает максимум удобства для страхуемых.

В-третьих, гарантируются («материализуются») конституционные права граждан, делающих страховые взносы, что защищает их от произвольных решений органа, отвечающего за выплату пособий. Выплаты гарантируются путем выделения (резервирования) определенных ресурсов и их распределения в течение длительного периода в соответствии со страховыми (актуарными) расчетами.

Последствия первой мировой войны побудили промышленно развитые страны к поиску путей обеспечения новых форм социальной защиты населения, что нашло отражение в деятельности Международной организации труда, учрежденной в 1919 г. в рамках Версальского договора. Повышение уровня защиты рабочих от социальных видов риска стало одним из главных направлений работы МОТ.

Уже первые разработанные и принятые МОТ конвенции касаются основных вопросов социальной защиты. Важнейшими конвенциями, принятыми в это время, являются: № 1 Об ограничении рабочего времени в промышленности (1919г.); № 3 О труде женщин до и после родов (1919г.); № 4 О труде женщин в ночное время (1919г.); № 5 О минимальном возрасте приема детей на работу в промышленности (1919г.); №6 О ночном труде подростков в промышленности (1919г.); № 7 О минимальном возрасте для работы в море (1920г.); № 12 О возмещении при несчастных случаях на работе в сельском хозяйстве (1921г.); № 17 О возмещении трудящимся при несчастных случаях на производстве (1925г.); № 12 О возмещении трудящимся при профессиональных заболеваниях (1925г.).

Начиная с 30-х годов, МОТ принимает ряд конвенций, определяющих все основные моменты социального страхования для отдельных групп трудящихся. Это конвенции: № 24 О страховании по болезни трудящихся промышленных и торговых предприятий и домашней прислуги (1927г.); №25 О страховании по болезни трудящихся в сельском хозяйстве (1927г.); №28 О защите от несчастных случаев трудящихся, занятых на погрузке и разгрузке судов (1929г.); № 37 О страховании по инвалидности в промышленности (1933г.); №38 О страховании по инвалидности в сельском хозяйстве (1933г.); № 39 О страховании на случай потеря кормильца в промышленности (1933г.); № 40 О страховании на случай потери кормильца в сельском хозяйстве (1933г.); №55 Об обязательствах судовладельца в случае болезни, травмы или смерти моряков (1936г.); № 56 О страховании моряков по болезни (1936г.).

Решительный шаг в направлении более широкой и всеобъемлющей социальной защиты был сделан в 1944г., когда Международная организация труда приняла два важных международных положения, наметивших ориентацию на новую доктрину: Рекомендацию № 67 Об обеспечении дохода (1944г.) и Рекомендацию № 69 О медицинском обслуживании (1944г.)¹. Данные рекомендации нацеливают государства и правительства на предоставление социальных гарантий всему населению при всех непредвиденных обстоятельствах, угрожающих здоровью людей или их материальному благополучию. Принцип всеобщности наиболее ярко выражается в следующем определении: *минимальные доходы — защита от нужды и бедности*².

Что касается случаев утраты средств к существованию, то рекомендации предложили соединить в единую систему защиты программы взаимопомощи (социальной защиты) и социального страхования, а также подготовили почву для более широкого применения различных механизмов и способов предоставления основных гарантий отдельным группам трудящихся и членам их семей³.

Таким образом, был подготовлен путь для постепенного создания национальных систем социального страхования, а также почва для более широкого применения различных механизмов и способов предоставления основных гарантий отдельным группам трудящихся и членам их семей, путем установления связей с такими аспектами социальной политики, как здравоохранение, образование, занятость.

Среди основных целей социальной политики в качестве нового элемента появилось понятие «социальная защита»⁴⁻⁵.

Важно подчеркнуть, что МОТ разделяет точку зрения, согласно которой создание национальных систем социального страхования и обеспечения зависит от многих факторов, и прежде всего от уровня экономического развития страны, и требует взвешенного подхода. Поэтому рекомендации МОТ носят общий характер, например, как это определено в Конвенции №102 (1952г.) о минимальных нормах социального обеспечения. В ней определены основные виды социальной защиты, категории населения, которым она оказывается, и некоторые количественные и качественные

¹ Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. В 2т. (1919—1990). Женева: МВТ, 1991. Т. I. (1919-1956); Т. II (1957-1991).

² Введение в социальное обеспечение. Международное Бюро Труда. – Женева, 1996. С. 151.

³ Журавлева Т.Н. Международные нормы и принципы социального страхования.// Труд за рубежом. 1994. № 3.

⁴ Термин «социальная защита» («социальная безопасность») был впервые применен в законодательстве США в Законе по социальной безопасности в 1935 г., который в свою очередь стимулировал разработку программ помощи престарелым, нетрудоспособным и безработным. В 1938 г. данный термин был применен в законодательном акте Новой Зеландии и вскоре быстро нашел широкое распространение в МОТ, так как просто и доходчиво выражал смысл имеющихся серьезных проблем и ожиданий значительных слоев населения различных стран в этой сфере. В последующем рамки данной дефиниции были значительно расширены при разработке и принятии конвенций и рекомендаций МОТ, ВОЗ и МАСО по социальному страхованию и обеспечению, гарантированию минимальных доходов работающим при наступлении нетрудоспособности, а также в области охраны труда и заработной платы.

⁵ Introduction to social security, ILO. Geneva, 1985.

характеристики мер защиты. В частности, к видам минимальной защиты Конвенция №102 относит помощь, оказываемую в виде выплат (или страхового возмещения) в случаях снижения доходов, ущерба здоровью или смерти.

Приводимые девять основных видов (или отраслей) социального страхования и обеспечения (медицинская помощь, пособия по болезни, безработице, старости, в связи с несчастными случаями на производстве, семейные пособия, пособия по беременности и родам, пособия по инвалидности и в случае потери кормильца) и составляют в совокупности с пособиями по вспомоществованию (помощи) основу современной социальной защиты. Предполагается, что все ее виды должны включать, насколько это возможно, наряду с компенсационными выплатами также профилактические мероприятия, лечение и реабилитацию.

Конвенция устанавливает минимальные нормы периодических выплат пособий, размер которых приведен в таблице.

Периодические выплаты типичному получателю

Охватываемый случай	Типичный получатель	Процент от суммы общих доходов
Болезнь	Мужчина с женой и двумя детьми	45
Безработица	То же	40
Старость	Мужчина с женой в пенсионном возрасте	40
Трудовое увечье:		
нетрудоспособность	Мужчина с женой и двумя детьми	50
инвалидность	То же	50
потеря кормильца	Вдова с двумя детьми	40
Беременность и роды	Женщина	45
Инвалидность	Мужчина с женой и двумя детьми	40
Потеря кормильца	Вдова с двумя детьми	40

Основные конвенции и рекомендации МОТ в данной сфере, принятые в послевоенный период:

Конвенция № 102 (1952 г.) О минимальных нормах социального обеспечения;

Конвенция № 103 и Рекомендация № 95 (1952 г.) Об охране материнства;

Конвенция № 118 (1962 г.) О равноправии в области социального обеспечения;

Конвенция № 121 и Рекомендация № 121 (1964 г.) О пособиях в случаях производственного травматизма;

Конвенция № 128 и Рекомендация № 131 (1969 г.) О пособиях по инвалидности, по старости и по случаю потери кормильца;

Конвенция № 130 и Рекомендация № 134 (1969 г.) О медицинской помощи и пособиях по болезни;

Рекомендация № 162 (1980 г.) О пожилых трудящихся;

Конвенция № 157 (1982 г.) и Рекомендация № 167 (1983 г.) О сохранении прав в области социального обеспечения¹.

Национальные системы социального страхования сформировались с учетом специфики экономического, социального и культурного развития стран, а также под влиянием нормотворческой деятельности МОТ. К важнейшим принципам, принятым международным сообществом в области социального страхования, можно отнести следующие:

- всеобщий и обязательный характер социального страхования, доступность к реализации социальных гарантий. Обеспечиваются права человека на социальную защиту, что зафиксировано в различных международных нормах, в том числе в Конвенциях МОТ № 67, 118, 157²;

- сочетание обязательного и добровольного видов социального страхования, равноправие и многообразие его форм. Обеспечиваются необходимый уровень социальной защиты, возможность самим работникам влиять на уровень своей защиты; отражается объективная потребность в широком привлечении различных финансовых источников;

- государственная гарантия стабильности системы, уровня выплат по обязательному социальному страхованию при одновременно существующей самостоятельности и самоуправляемости различных систем социального страхования. Гарантируются минимальный уровень социальной защиты, принятый в мировом сообществе (Конвенция МОТ № 102), а также демократические начала в управлении системами социального страхования;

- обязательность финансового участия застрахованных лиц и работодателей, а в необходимых случаях привлечение государственных субсидий (кроме страхования от несчастных случаев на производстве, когда страхование, в абсолютном большинстве стран осуществляется только за счет средств предпринимателей). Обеспечивается предоставление застрахованным лицам различных видов материального содержания и услуг по праву, приобретаемому - благодаря их финансовому участию в выплате страховых взносов;

- заинтересованность достаточно широкого круга лиц, охватывающего определенные социальные категории населения (рабочие, служащие, отдельные профессиональные категории трудящихся, все население отдельных территорий) или все население страны, в том или ином виде обеспечения на основе социального страхования;

¹ Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. В 2 т. (1919—1990). - Женева: МВТ, 1991. Т. I. (1919-1956); Т. II (1957-1991).

² Там же.

- равенство всех застрахованных лиц с точки зрения обязательств по финансированию расходов и приобретаемых в результате прав и гарантий;
- создание правовых и организационных возможностей социального страхования всех трудящихся и членов их семей во всех непредвиденных обстоятельствах, угрожающих здоровью людей или их материальному благополучию;
- особый порядок содержания полученных средств, как правило, путем помещения в государственные ценные бумаги, автономность от государственного бюджета, а также контроль использования через представителей страхователей и застрахованных.

Работодатели (предприятия) и трудящиеся уплачивают страховые взносы, которые зачастую устанавливаются в процентах к заработной плате. В отличие от социального страхования социальная помощь, по мнению Журавлевой Т.Н., предоставляется не «по праву», а «по усмотрению» оказывающих ее органов. Она охватывает отдельные виды обеспечения, которые практически невозможно осуществить на принципах социального страхования, предоставляется наименее защищенным и наиболее нуждающимся категориям населения, как правило, в индивидуальном порядке после проверки нуждаемости (наличия средств к существованию) и осуществляется за счет налоговых средств¹.

Способы организации руководства системами социального страхования и обеспечения весьма разнообразны. Они варьируют от одного крайнего типа, определяемого полным государственным контролем, осуществляемым специальным министерским аппаратом (что часто имеет место в англоязычных странах), до другого, когда действуют фонды или компании взаимного страхования, руководство которых состоит полностью из их членов. Важно отметить, что уставные системы (т.е. те, которые гарантируются законодательством) находятся под защитой государства.

Тип финансовых организаций, которые используют часть свободных средств, для немедленного покрытия расходов и пускают в дело остальную часть средств, обычно называют «капитализированным». Термин «порционный взнос» (в желаемом размере) имеет отношение к финансовым организациям, в которых поступления и расходы сбалансированы (остаток отсутствует) в рамках годового бюджета.

В мировой практике сложились следующие основные формы (институты) социальной защиты населения:

- социальное страхование (с публично-правовым статусом);
- социальная помощь, оказываемая государством и муниципалитетами;
- частная страховая инициатива и социальные услуги, оказываемые предприятиями².

¹ Журавлева Т.Н. Международные нормы и принципы социального страхования.// Труд за рубежом. 1994. № 3.

² Социальная политика: Учебник/ под общ. редакцией Н.А.Волгина. - М.: «Экзамен», 2003. С. 295.

В странах с развитой рыночной экономикой каждая из этих четырех фирм социальной защиты играет вполне определенную роль. Различен их удельный вес, круг защищаемых, финансовые источники, организующие и управляющие органы.

Мировой опыт свидетельствует, система социального страхования — это основной институт социальной защиты в условиях рыночной экономики, призванный обеспечить реализацию конституционного права граждан на материальное обеспечение в старости, в случае болезни, полной или частичной утраты трудоспособности, потери кормильца, безработицы. Приемлемыми минимальными уровнями социальных гарантий для застрахованных при наступлении страховых случаев по рекомендациям Международной организации труда. Конвенция № 102 (1952 г.) считается 40-50% смещение заработной платы квалифицированного рабочего.

Исходя из такого подхода размеры получаемых средств зависят от продолжительности страхового (трудового) стажа, величины заработной платы (которая служит базой для начисления страховых взносов), степени утраты трудоспособности и регулируются законами. В отличие от социальной помощи, когда нуждающийся человек получает пособия за счет общественных средств (фактически за счет других лиц), по программам социального страхования финансовыми источниками выплат и услуг являются специализированные фонды, формируемые при непосредственном участии самих застрахованных.

Оптимальной пропорцией распределения страховой нагрузки между работниками и работодателями считается паритетная ее раскладка, что препятствует неоправданному снижению текущих расходов работников, повышает их мотивацию к зарабатыванию прав на коллективно - персонифицированную страховую защиту, позволяет гармонизировать отношения между социальными субъектами.

Базовыми характеристиками обязательного социального страхования, которые выгодно отличают его от других институтов социальной защиты, являются:

- обязательность (по закону) для страхователей — работников и работодателей — вносить страховые взносы: личное страхование, как правило, носит добровольный характер, что не позволяет ему быть столь массовым по охвату (по числу застрахованных);
- публичный вид правоотношений субъектов социального страхования, с помощью которого достигается обязательность по закону участия в нем субъектов и высокий уровень гарантий защиты страхуемых, что позволяет отказаться от обременительной процедуры оформления индивидуальных договоров (и контроля их исполнения) между страхователями (работодателями и работниками) и страховщиками в пользу застрахованных; личное страхование носит частный характер гражданско-правовых взаимоотношений;

- обязательное (по закону) право для застрахованных на получение страховых выплат при наступлении страховых случаев (виды выплат, услуг, их размеры определены в законах), реализацию и полноту выплат, по которым можно добиваться в судебном порядке;

- высокий уровень надежности сохранности финансовых средств, что обеспечивается в виде финансирования «с колес» и не позволяет обесцениться денежным средствам, а достигается с помощью солидарности поколений и применения государственного контроля за правильностью и целевым характером расходования средств;

- достаточно «дешевое» для населения страны (по сравнению с личным страхованием), что достигается массовым характером обязательного участия в нем практически всех работающих и бесприбыльными формами организации работы; личное страхование в основе своей деятельности преследует получение прибыли и тем самым вынуждает его организаторов заниматься в основном «выгодными» клиентами;

- самоуправляемые формы организации обязательного социального страхования, когда практически все вопросы по созданию и управлению сложными (организационными, правовыми, медико-социальными, финансовыми) системами осуществляются наиболее заинтересованными субъектами (представителями работодателей и работников)¹.

Демократический характер функционирования социального страхования позволяет достигать максимальной прозрачности и целевого использования финансовых ресурсов, учесть и «договориться» по кругу и объему социальных гарантий, гармонизировать интересы застрахованных, страхователей и страховщиков, что в итоге укрепляет личную ответственность застрахованных и солидарность работодателей и работников, создает условия для достижения социального согласия в обществе, ослаблению конфликтных ситуаций и их предупреждению.

О высокой роли социального страхования свидетельствует следующий факт. На долю существующих видов социального страхования в промышленно развитых странах приходится, как правило, 60-70% всех затрат на цели социальной защиты и примерно 15-25% ВВП. В России на долю государственных внебюджетных социальных фондов приходится около 45% затрат на цели социальной защиты и 7,3% ВВП².

Простое сопоставление этих микроэкономических показателей свидетельствует, что потенциал социального страхования в России задействован еще в минимальной мере, раскрыть его в ближайшее десятилетие стратегическая задача совместных усилий законодательной и исполнительной власти, объединений работодателей и профсоюзов, впереди непростой путь выработки адекватной для России модели социального

¹ Социальная политика: Учебник/ под общ. ред. Н.А.Волгина. - М.: «Экзамен», 2003. С. 736.

² Бабич А.М., Егоров Е.Н., Жильцов Е.Н. Экономика социального страхования. // ТЕИС. 1998. С. 189.

страхования, который важно пройти вместе, преодолеть разногласия и найти приемлемые компромиссы.

Трансформация общественной системы и России в начале 90-х гг. создала для населения страны радикально новую ситуацию, которая стала характеризоваться непривычно высоким уровнем социальных рисков. Логика либеральных преобразований в экономической и социальной сфере с неизбежностью несет с собой требования коренных изменений в механизмах социальной защиты. Вместо государственно-патерналистских предлагаются институты социальной защиты, в основе которых:

а) личная ответственность индивида (а значит, требуется достаточная для этого заработная плата),

б) коллективно-групповые формы в виде обязательного и добровольного социального страхования (функционирование; которых можно обеспечить только при наличии правового и финансового обеспечения этих институтов);

в) государственная социальная помощь уязвимым слоям населения.

Условий для личной и коллективно-групповых форм социальной защиты приемлемого уровня и России создать не удалось. Реальный уровень заработной платы, служащий базой для личного самофинансирования пенсионного и медицинского страхования, не только не вырос, а снизился в 2-3 раза, финансовые институты личного и социального страхования находятся на этапе своего становления.

Действующая в России система социального страхования сохраняет черты, в большей степени характерные для социальной помощи, чем страхования. При достаточно высокой страховой нагрузке на работодателей (почти 40% от фонда оплаты труда) уровень большинства социальных выплат явно недостаточен и не увязан с объемом вносимых страховых средств. Правовое поле данного института социальной защиты только формируется. Отсутствует реальное разделение системы социального страхования и системы социальной помощи. Термины, принципы и инструментарии организации финансовых институтов и системы социальных гарантий, широко используемые во многих промышленно развитых странах к практике различных видов социального страхования — социальный и профессиональный риски, эквивалентность страховых взносов и выплат, увязка уровней социальных рисков и страховых тарифов — (эти и другие классические элементы и механизмы данных систем) — все еще представляются отвлеченными категориями, а не жизненно важными регуляторами социальной защиты населения.

Это во многом объясняем массовую незаинтересованность трудозанятого населения в своевременной уплате в полном объеме страховых взносов (работниками и работодателями) в государственные внебюджетные социальные фонды.

По мнению Рик В.Д., существует серьезное отставание и создании экономических условий и институциональной базы для формирования новых механизмов социальной защиты в форме сбалансированных между собой экономических отношений и института социального страхования. Так, существующее правовое положение (статус) внебюджетных социальных фондов, сводит их, в основном, к финансовым учреждениям («сборщиков взносов» и «распределителей средств»)¹.

Мировой опыт свидетельствует, что основные виды социального страхования (пенсионного, от несчастных случаев на производстве, по безработице), финансовых задач по компенсации утраты заработков (в связи с временной и постоянной утратой трудоспособности или места работы), выполняют целый ряд других функций: оздоровление трудящихся и членов их семей, организацию лечения, проведение крупномасштабных национальных программ по реабилитации инвалидов (медицинской, профессиональной и социальной).

Кроме того, все еще не обрели своей законодательной формы ряд его видов по страхованию досрочных пенсий: за работу в районах Крайнего Севера, профессиональных пенсий за работу в особо опасных производствах (шахтеры), пенсий за выслугу лет. В итоге — единое поле социальных рисков не охвачено равномерной «сеткой» страхования, в нем имеется много «брешей», что приводит к ослаблению и выпадению из сферы социального защиты (из страховой «сетки») значительных слоев населения.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗАЩИТЫ ДЕТЕЙ-СИРОТ И ДЕТЕЙ, ОСТАВШИХСЯ БЕЗ ПОПЕЧЕНИЯ РОДИТЕЛЕЙ

Бикситова Ж.А. – преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права

В ряду основ конституционного строя и конституционных принципов положение о человеке, его правах и свободах как высшей ценности обладает приоритетом, верховенством. На первое место в современном демократическом обществе ставятся интересы человека, его права и свободы, которые должны находиться в гармонии с общественными, публичными (государственными) интересами, с коллективными правами общностей (национальных и иных меньшинств, общественных и иных объединений, групп, слоев населения и т.д.). Возникающие между ними противоречия должны разрешаться в пользу интересов человека в целях осуществления его прав и свобод.

¹ Социальная политика: Учебник/ под общ. ред. Н.А.Волгина. - М.: «Экзамен», 2003. С. 298.

Принцип приоритетности ценности человека, его прав и свобод пронизывает буквально все содержание Конституции Российской Федерации. Это конституционная реальность, которая должна определять практику законотворчества и применения законодательства. Все остальные конституционные принципы - равноправия и самоопределения народов, государственного суверенитета и безопасности, государственной целостности и территориального единства и другие - могут рассматриваться как однопорядковые, но подчиненные конституционному принципу признания человека, его прав и свобод в качестве высшей ценности.

Из конституционного принципа признания человека в качестве высшей ценности вытекает ряд обязанностей государства: признания прав и свобод человека и гражданина, их соблюдения и защиты.

Признание прав и свобод человека и гражданина находит выражение в их официальном - конституционном, законодательном и ином нормативном - закреплении.

Права и свободы человека - это общепризнанные социальные возможности личности, обеспечение которых реально в условиях достигнутого человечеством прогресса. Как правило, они в современном виде находят провозглашение и закрепление в международно-правовых документах - Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и др.

Позитивную роль в закреплении экономических, социальных и культурных прав человека и гражданина в международно-правовых актах сыграла позиция бывших социалистических государств в ООН и в других международных организациях.

Соблюдение официально признанных государством прав и свобод - следующая обязанность государства. Для этого государство развивает и создает соответствующие гарантии (условия и средства) и устанавливает юридические механизмы их осуществления (реализации). Наряду с юридическими гарантиями (механизмами) осуществления (реализации) прав и свобод человека большую роль играют общие гарантии - экономические, социальные, политические, духовные, социально-психологические.

Защита прав и свобод человека - третья обязанность государства. На практике нет автоматической реализации прав и свобод человека. Зачастую необходима борьба за права и свободы («борьба за право»), когда возникают препятствия к их осуществлению и прямые нарушения со стороны как других лиц, так и должностных лиц государства. Нарушения прав и свобод человека должны быть ликвидированы, а виновные в таких нарушениях - наказаны. В этих целях государство предусматривает соответствующие юридические средства и юридические механизмы защиты нарушенных прав и свобод человека. Особая роль в их юридической защите отводится правосудию. Создаются и другие специализированные органы и учреждения,

призванные осуществлять защиту, прежде всего восстановление нарушенных прав и свобод человека.

Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. В статье 7 Конституции РФ закреплена характеристика Российской Федерации как социального государства, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Особенно большое внимание должно уделяться тем категориям граждан, которые признаются социально уязвимыми. К ним относятся инвалиды, пенсионеры, дети и другие категории граждан. Данная конституционная норма, безусловно, играет важную роль в правовом регулировании защиты прав ребенка, так как частью государственной социальной политики является и политика по защите прав ребенка.

Кроме того, Конституция Российской Федерации в статье 18 закрепляет, что права и свободы человека и гражданина определяют смысл деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Все вышеназванные нормы Конституции РФ содержатся в главе 1 «Основы конституционного строя» и определяют принципы государственной политики в области защиты прав ребенка. Конституция РФ закрепляет права и свободы, предоставляемые ребенку, которые «неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения», а государство, в свою очередь, гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Все основные права и свободы, закрепляемые Конституцией Российской Федерации, принадлежат согласно части 3 статьи 19 Конституции РФ мужчине и женщине на равных основаниях. Кроме того, данные права и свободы принадлежат также и ребенку, поскольку основные права и свободы человека и гражданина принадлежат каждому от рождения.

Благополучие детей зависит от родителей. В свою очередь, благополучие родителей напрямую зависит от того, насколько государство обеспечивает соответствующий уровень жизни и обеспеченность гарантируемых прав.

Но есть и еще более уязвимые дети - это дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей. Забота и попечение об указанной категории детей возлагается на государство. Указанный факт обуславливает повышенное обязательство государства перед такими детьми, так как государство, в лице соответствующих органов, является единственным гарантом и защитником их прав.

В современном мире, когда проблема защиты прав человека вышла далеко за пределы каждого отдельного государства, возникла необходимость в создании универсальных международно-правовых стандартов, также

являющихся основными правами человека. Эти основные права отражены в ряде важнейших международно-правовых актов, установивших общечеловеческие стандарты прав и интересов личности, определяющих ту планку, ниже которой государство не может опускаться. Это означает, что права и свободы человека перестали быть объектом только внутренней компетенции государства, а стали делом всего международного сообщества. Сегодня объем прав и свобод личности определяется не только конкретными особенностями того или иного общества, но и развитием человеческой цивилизации в целом, уровнем и степенью интегрированности международного сообщества.

Приоритет международного права по отношению к внутригосударственному в области прав человека является общепризнанным принципом международного сообщества.¹

Международно-правовые документы позволили и нашей стране на законодательном уровне продвинуться несколько вперед в области обеспечения прав человека, в том числе и ребенка.²

Под международным договором Российской Федерации следует понимать международное соглашение, заключенное Россией с иностранным государством (или государствами) либо с международной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования. Международные договоры образуют правовую основу межгосударственных отношений, содействуют поддержанию всеобщего мира и безопасности, развитию международного сотрудничества в соответствии с целями и принципами Устава ООН. Им принадлежит важная роль в защите основных прав и свобод человека, в обеспечении законных интересов государств. В соответствии с ч.4 ст. 15 Конституции РФ международные договоры наряду с общепризнанными принципами и нормами международного права являются составной частью ее правовой системы и составляют существенный элемент стабильности международного правопорядка и отношений России с зарубежными странами, функционирования правового государства.

Мы согласны с позицией С.Ю. Марочкина в том, что такие положения законодательства вряд ли можно рассматривать как лишь терминологические расхождения. Они представляются теоретически и юридически некорректными, кроме того, имеют практические последствия: нормы международного права воспринимаются и толкуются как нормы внутреннего права, как часть законодательства страны, что неверно в принципе.

По своей природе они занимают обособленное положение в нормативном массиве правовой системы Российской Федерации,

¹ Нерсесянц В.С. Проблемы общей теории права и государства: Учебник. - М.: Норма-Инфра-М, 1999. С. 710.

² Бобылев А.И. Обеспечение права ребенка на здоровую среду обитания. // Права ребенка: законодательство и практика (Собрание научных трудов). – Оренбург, 1999. С. 57.

функционируют наряду с российским правом, должны толковаться и применяться в свете целей и принципов международного права и конкретного договора, с установленными в нем временными, пространственными и субъективными пределами действия, в контексте значения используемых в нем терминов, а не с точки зрения соответствующих ориентиров внутреннего права. А это, в свою очередь, предопределяет и особые правила соотношения юридической силы норм российского и международного права. Причем, оно (соотношение), не ограничивается только установленным в ч.4 ст. 15 Конституции приоритетом договоров над законами.¹

Международные нормы по правам человека имплементируются во внутригосударственное законодательство, но в мире существует несколько подходов к правам человека – это, во-первых, признание права человека, во-вторых, скептическое отношение к ним, и, в-третьих, открытое отрицание их.²

Среди международных актов с участием России, затрагивающих сферу прав детей, следует выделить Всеобщую декларацию прав человека от 10 декабря 1948 г., Декларацию прав ребенка от 20 ноября 1959 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г., Конвенцию о правах ребенка. Значительную роль играет Конвенция стран СНГ от 22 января 1993 г. «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам», правила которой в области семейного права близки правилам двусторонних договоров.³ Эти международно-правовые акты определили тот универсальный набор основных прав и свобод, который в единстве призван обеспечить нормальную жизнедеятельность индивида.

Поэтому в современных условиях под основными правами человека, на наш взгляд, следует понимать права, содержащиеся в конституции государства и важнейших международно-правовых документах по правам человека. Если какое-либо основное право человека не вошло в конституцию государства, то оно должно быть признано в данном государстве независимо от его конституционного закрепления.

Условно права ребенка можно разделить на 6 основных групп:

К первой группе можно отнести такие права ребенка, как право на жизнь, на имя, на равенство в осуществлении других прав и т.п.

Ко второй группе относится права ребенка на семейное благополучие.

¹ Марочкин С.Ю. Законодательное, доктринальное и практическое освоение конституционного принципа о нормах международного права в правовой системе России. // Материалы всероссийской научно-практической конференции «Применение международных договоров в области прав человека в правовой системе РФ». – Екатеринбург, 2003. С. 61.

² Рудинский Ф.М. Проблемы прав человека в современной России. // Материалы семинара и стажировки по правам человека для профессорско-преподавательского состава педагогических университетов и колледжей в рамках проекта ООН «Содействие развитию образования в области прав человека». - М., 2002.

³ Корбут Л.В., Поленина С.В. Международные конвенции и декларации о правах женщин и детей // Сборник универсальных и региональных международных документов. - М.: ИЦ-Гарант, 1997. С. 264.

К третьей группе относятся права ребенка на свободное развитие его личности.

Четвертая группа прав призвана обеспечить здоровье детей.

Пятая группа прав ориентирована на образование детей и их культурное развитие (право на образование, на отдых и досуг, право участвовать в играх и развлекательных мероприятиях, право свободно участвовать в культурной жизни и заниматься искусством).

И шестая группа прав направлена на защиту детей от экономической и другой эксплуатации, от привлечения к производству и распространению наркотиков, от античеловеческого содержания и обращения с детьми в местах лишения свободы.

В процессе защиты прав ребенка должны быть использованы такие средства, которые помогут образовать заверченный действующий механизм, обеспечивающий урегулированность всей совокупности общественных отношений, связанных с несовершеннолетними. Обеспечение прав ребенка, как и сам состав этих прав, вне сомнения, будет носить комплексный характер. Рассмотрим основы построения такого механизма.

Государство не может существовать, нормально функционировать и развиваться без экономического фундамента, под которым обычно понимаются система экономических отношений общества, существующие в нем формы собственности. От базиса во многом зависит и собственно государственная финансово-экономическая основа¹. Государство, выполняя свою экономическую функцию, вправе вмешиваться в экономику, определять темпы ее роста, устанавливать пропорции между отдельными ее отраслями.

Параллельно с экономической государство стало выполнять и социальную функцию – принятие пенсионного законодательства, установление пособий безработным, минимальной заработной платы и другие меры защиты социально уязвимых групп общества. Главное назначение социальной функции – устранить и смягчить возможную социальную напряженность в обществе, постараться выровнять социальное положение людей, развивать здравоохранение, образование, культуру. В социальной деятельности отчетливо прослеживается цель государства – обеспечить человеку достойное существование, свободное развитие личности, защиту семьи, социальную справедливость и социальную защищенность². Кроме того, как верно отметил Ф.М. Раянов, только «представление взаимодействия государства и экономики через категорию «гражданское общество» позволяет правильно поставить акценты в этом взаимодействии»³.

¹ Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. Проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. – М.: Издательство НОРМА, 2000. С. 123-124.

² Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. Проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. – М.: Издательство НОРМА, 2000. С. 152-153.

³ Раянов Ф.М. Проблемы теории государства и права (Юриспруденция): Учебный курс. – М.: Права и государство, 2003. С.202.

Из вышесказанного следует, что первым элементом механизма обеспечения прав ребенка является экономический механизм, в котором предусматривается финансирование мероприятий, предоставление льгот, обеспечение материально-технической базой тех органов и организаций, которые защищают права детей. От эффективности экономического механизма зависит очень многое. Так в заключительных замечаниях Комитета ООН по правам ребенка особо отмечается необходимость для РФ завершить процесс принятия нормативно-правовых актов, предполагающих выделение финансовых средств, необходимых для эффективного выполнения всего законодательства по правам ребенка. Экономический механизм закладывает основу реального действия других элементов.

Следующим элементом механизма обеспечения прав ребенка следует считать организационно-управленческий механизм. Этот элемент механизма включает в себе организационно-правовые основы деятельности органов и учреждений государства по проведению в жизнь политики в сфере защиты прав детей.

Помимо перечисленных элементов правовой механизм обеспечения прав ребенка включает в себя правовое регулирование в целом и разрешение споров и определение мер ответственности за нарушение норм права.

Государства, соглашаясь на международно-правовое регулирование основных прав и свобод человека, берут на себя соответствующие обязательства. Объекты таких обязательств – права человека, в том числе права детей – претворяются в жизнь самими государствами. Однако их осуществление подлежит контролю со стороны международного сообщества. В этом состоит одна из принципиальных специфических черт международно-правового регулирования прав человека.

Формы такого контроля во многом зависят от характера нарушений прав человека и могут быть самыми разнообразными. Они определяются Уставом ООН, решениями Организации Объединенных Наций и ее специализированных учреждений, международными соглашениями универсального и регионального характера. Международный механизм обеспечения прав ребенка представляет собой механизм контроля со стороны международного сообщества посредством специальных органов за международными обязательствами государств в области защиты прав ребенка.

Международные договоры, относящиеся к рассматриваемой нами проблеме и имеющие для государств-участников обязательную силу, включают:

Женевскую конвенцию о защите гражданского населения во время войны 1949 г. (в силе с 1950 г.);

Два Дополнительных протокола к Женевским конвенциям 1949 г., касающихся защиты жертв международных вооруженных конфликтов и вооруженных конфликтов немеждународного характера 1977 г. (в силе с 1978г.);

Конвенцию о статусе беженцев 1951 г. (в силе с 1954г.);
Конвенцию о правах ребенка 1989г. (в силе с 1990г.);
Документы, содержащие рекомендации государствам, включают:
Декларацию о правах ребенка 1959г.;
Декларацию о защите женщин и детей в ситуациях чрезвычайного положения и вооруженных конфликтов 1974г.;
Декларацию о правах инвалидов 1975г.;
Декларацию о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают 1985 г.;
Минимальные стандартные правила ООН об осуществлении правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила) 1985 г.;
Декларацию прав лиц, принадлежащих к национальным, этническим, религиозным и языковым меньшинствам 1992 г. и др.¹

С 1990 года Россия является участницей Конвенции ООН «О правах ребенка». Конвенция является частью российского законодательства; ее нормы, которые не были инкорпорированы во внутреннее законодательство, подлежат непосредственному применению. В случае противоречия между нормами Конвенции и другими внутренними актами применяются нормы Конвенции.

В соответствии с этим международным документом Россия приняла на себя многочисленные обязательства по обеспечению прав ребенка, в силу которых внутреннее законодательство в этой области должно было быть во избежание противоречий, приведено в соответствие с Конвенцией. Конвенция рассматривает ребенка как самостоятельную личность, наделенную правами и способную в той или иной степени к самостоятельному их осуществлению и защите.

Такой же подход к проблеме прав ребенка был использован и при разработке национального законодательства, касающегося защиты прав детей в РФ.

Наибольшее внимание на формирование новой государственной семейной политики оказало участие России в проведении в 1994 году Международного года семьи, позволившее приобщиться к подходам мирового сообщества в области идеологии и мер государственной семейной политики и создать специальные национальные механизмы ее разработки и реализации.²

Необходимо отметить, что новая идеология семейной политики, основанная на парадигме общечеловеческих ценностей, равных прав и возможностей мужчин и женщин для их реализации и приоритете прав ребенка в семье, начала формироваться в России под воздействием

¹ Корбут Л.В., Поленина С.В. Международные конвенции и декларации о правах женщин и детей // Сборник универсальных и региональных международных документов. - М.: ИЦ-Гарант, 1997. С. 264; Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская Социальная Хартия: право и практика: Пер. с англ. - М.: Изд-во МНИМП, 1998. С. 600.

² Информационные бюллетени Национального Совета по подготовке и проведению Международного года семьи в Российской Федерации. - М., 1994. № 1, 2.

деятельности ООН в области обеспечения прав детей. Одним из важнейших постулатов международно-правовых документов ООН в области детской политики является постулат о приоритете семейного воспитания детей. В преамбуле Конвенции о правах ребенка признано, «что ребенку для полного и гармоничного развития его личности необходимо расти в семейном окружении, в атмосфере счастья, любви и понимания».¹

Данный подход в корне отличается от политики, сложившейся в советский период, которая предусматривала создание условий для общественного воспитания детей.

Необходимо еще раз подчеркнуть, что основным приоритетом развития правовой базы государственной семейной политики в 90-е годы являлась защита прав и интересов детей.

Первым нормативным документом, регламентирующим деятельность Российской Федерации в области государственной политики в отношении семьи и детей после принятия упомянутых выше международных актов, стал Указ Президента Российской Федерации от 1 июня 1992 года «О первоочередных мерах по реализации Всемирной декларации по обеспечению выживания, защиты и развития детей в 90-е годы».²

В Указе провозглашен принцип приоритетности решения проблем детства в социальной и экономической политике государства и намечены меры по его реализации.

В соответствии с этим Указом в 1993 году была сформирована и реализуется теперь система решения наиболее актуальных общенациональных и региональных проблем детства на программно-целевой основе - разработана федеральная программа «Дети России» и соответствующие региональные программы.

Постановлением Совета Министров – Правительства РФ от 23 августа 1993 года «О реализации Конвенции ООН о правах ребенка и Всемирной декларации об обеспечении выживания, защиты и развития детей» сформирован национальный механизм контроля за достижение целей Всемирного плана действий в России: образована Комиссия по координации работ, связанных с выполнением Конвенции ООН о правах ребенка и Всемирной декларации об обеспечении выживания, защиты и развития детей с участием представителей федеральных министерств и ведомств социальной направленности, ученых и общественности.³

В России ежегодно разрабатывается и распространяется государственный доклад о положении детей в Российской Федерации, в котором содержится мониторинг положения детей во всех сферах жизнедеятельности и анализ эффективности мер государственной политики в отношении детей.

¹ Корбут Л.В., Поленина С.В. Международные конвенции и декларации о правах женщин и детей // Сборник универсальных и региональных международных документов. - М.: ИЦ-Гарант, 1997. С. 264.

² Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. - М., 1992. № 23. Ст. 1276.

³ Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. - М., 1993. № 35. Ст. 3318.

Указом Президента Российской Федерации от 14 сентября 1995 года № 942 были утверждены «Основные направления государственной социальной политики по улучшению положения детей в Российской Федерации до 2000 года (Национальный план действий в интересах детей)»¹.

Главной его целью стало преодоление негативных тенденций, стабилизация положения детей и создание реальных предпосылок дальнейшей положительной динамики. В числе важнейших направлений улучшения условий жизнедеятельности детей была определена правовая защита детства. При этом были поставлены следующие конкретные задачи:

приведение законодательства Российской Федерации в соответствии с Конвенцией ООН о правах ребенка; определение правового статуса ребенка, его права на жизнь, развитие, воспитание в семье, охрану здоровья, жилище, благоприятные условия жизни, обучение, отдых, спорт, культуру;

обеспечение защиты ребенка от всех видов дискриминации, соблюдение его интересов, уважение его чести и достоинства, гуманное отношение;

определение ответственности родителей и других лиц, отвечающих за воспитание детей;

усиление защиты личных и имущественных прав детей.

Следует отметить, что часть предусмотренных Национальным планом норм оказалось не принятой, а часть принятых – не выполняется либо выполняется не в полной мере. В определяющей степени это было связано с тяжелым социально-экономическим положением России и с отсутствием реальных источников финансирования. Российской Федерацией, в соответствии с принятыми обязательствами и в соответствии со статьей 44 Конвенции ООН о правах ребенка, подготовлены и представлены в Комитет ООН по правам ребенка первоначальный доклад по выполнению Конвенции и второй периодический доклад о выполнении Конвенции о правах ребенка в Российской Федерации.²

В заключительных замечаниях Комитета ООН по правам ребенка отмечается необходимость решения проблем улучшения положения детей в трудных жизненных условиях, противодействия насилию в отношении детей, их сексуальной и экономической эксплуатации, защиты от СПИДа и др.

Особое внимание уделено рекомендациям по дальнейшему созданию и развитию механизмов независимого контроля за положением детей, укреплению сотрудничества с неправительственными организациями, усилению межведомственной координации на федеральном уровне, улучшению финансирования политики в интересах детей.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. - М., 1995. № 38. Ст. 3669.

² Конвенция о правах ребенка и реальности детства в России // Материалы первоначального доклада Российской Федерации Комитету по правам ребенка / Авторы-составители В.Д. Ермаков, А.С. Крылова, Ю.Е. Лапин, Е.М. Рыбинский. - М.: Информпечать, 1993. С. 73; Периодический доклад о реализации Российской Федерацией Конвенции о правах ребенка в 1993-1997 годах. - М.: ИД «Синергия», 2000. С. 243.

ОСОБЕННОСТИ ТРУДОВОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ ЖЕНЩИН И ИНВАЛИДОВ В СФЕРЕ ОБЩЕСТВЕННОГО ПРОИЗВОДСТВА

*Зайцева О.Б. – доцент кафедры трудового и предпринимательского
права, к.ю.н.*

В сфере общественного производства современной России принимают участие самые различные категории работников. Конституция Российской Федерации 1993 года в статье 19 устанавливает, что российское государство, будучи социальным, гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина, то есть правовое положение каждого гражданина во всех случаях является, безусловно, равным и совершенно одинаковым для всех.

При этом «не являются дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников, которые определяются свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите» (часть 3 статьи 3 Трудового кодекса РФ).

Согласно части 3 статьи 19 Конституции РФ, мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации. На первый взгляд, на трудовую правосубъектность не влияет естественное различие людей по их полу. В трудовом законодательстве всегда провозглашался принцип равноправия независимо от пола, то есть его нормы в одинаковой мере адресуются как мужчинам, так и женщинам. Но равенство в правоспособности в трудовой деятельности не влечет тождественности прав физических лиц независимо от естественных различий между ними. В связи с этим, следует учитывать влияние различия между мужчиной и женщиной на способность приобретать и реализовывать в процессе трудовой деятельности трудовые права и обязанности.

Заметим, что трудовая правосубъектность может зависеть не только от объективных условий, связанных с отраслевыми условиями труда, но и от субъективных, которые связаны с такими свойствами человеческой личности, как пол работника и состояние его здоровья, так как в общественной организации труда принимают активное участие женщины и лица с пониженной трудоспособностью (инвалиды). В связи с этим в науке трудового права существует понятие «специальная трудовая правосубъектность», для которой характерно ограничение возможности физических лиц выступать в тех или иных трудовых правоотношениях либо особый порядок реализации способности к труду¹.

Первоначально обратимся к правовой регламентации возможностей женщин в общественном производстве. Создает ли российское трудовое

¹ Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. Учебник. В двух томах. Том 1. - М.: Проспект, 2003. С. 237; Курс российского трудового права. Т. 1. С. 316 и далее.

право действительно равную возможность для всех физических лиц вступления в трудовые правоотношения и обеспечения равенства прав и возможностей работника?

В демократических странах обеспечение равных возможностей для мужчин и женщин является составной частью национальной политики и затрагивает многие сферы в жизни общества – политическую, экономическую, социальную. Антидискриминационная политика в этих странах направлена на устранение различий в социальном статусе мужчин и женщин в тех сферах, где эти различия существуют, что осуществляется через систему определенных принципов и законодательных норм.

В Российской Федерации, несмотря на то, что Конституция РФ 1993 года и трудовое законодательство не допускают какой-либо дискриминации по признаку пола, факт неравенства женщин и мужчин на российском рынке труда не требует особых доказательств. Широкое участие женщин в трудовой деятельности само по себе не приводит к устранению различий между мужчинами и женщинами в сфере занятости. В течение всей жизни у мужчин и женщин проявляются близкие уровни экономической активности и схожие типы трудовой активности, однако женщины всегда испытывали и продолжают испытывать горизонтальную и вертикальную сегрегацию на рынке труда.

Среди факторов, ухудшающих положение женщин на рынке труда и снижающих их возможности для практической реализации трудовой правосубъектности, можно выделить:

1) Существующая система социальной защиты женщины-матери, обязывающая работодателей возлагать на себя определенную социальную нагрузку и нести дополнительные затраты в сравнении с затратами на работника мужчину, например, женщины имеют право на отпуск и материальное обеспечение при беременности и родах;

2) Сложившееся, но ничем не обоснованное мнение о том, что женщина менее способна рационально организовывать свое рабочее время, чем мужчина, в связи с чем, несмотря на тот факт, что по данным Международной организации труда в мире около 45 процентов женщин входят в число «экономически активных», а в наиболее развитых странах (например, США), таковых около 50 процентов, по статистике ООН на постах с административной ответственностью всего 14 процентов женщин, а среди высших должностных лиц – 6 процентов¹; современные исследования неоспоримо показывают, что число занятых женщин в развитых странах уже к началу 90-х годов XX века составляло от 35 до 45 процентов всех наемных работников и имеет тенденцию к увеличению².

3) Стереотипное дискриминационное убеждение во вторичности роли женщины в общественном производстве, несмотря на конституционное

¹ Власов В.И. Право женщин на труд // Законность. - М., 1997. № 10. С. 40.

² Ершов С.А. Современный капитализм и рабочий класс // Актуальные проблемы новейшей истории. - М., 1991. С. 168-183.

право равных возможностей для всех граждан, так как работодатели воспринимают женщин как менее полезную рабочую силу, исходя из представлений о том, что женщине надо сочетать трудовую деятельность с семейными обязанностями и поэтому от нее в меньшей степени следует ожидать чрезмерных трудовых усилий, ориентации на карьерный рост и т.д.

Таким образом, существующее половое различие людей все-таки оказывает определенное влияние на возможность реализации предоставленной всем физическим лицам равной трудовой правосубъектности, и необходимо выделить степень этого влияния.

Трудовое право как самостоятельная отрасль права в России начало свое развитие после революции 1917 года, хотя первый КЗоТ РСФСР 1918 года специально не выделял раздел о регулировании труда женщин. Тем не менее, согласно статье 3 вышеназванного кодифицированного нормативного акта, беременные женщины за 8 недель до и роженицы – 8 недель после родов освобождались от трудовой повинности, которая в те годы стала обязательной для трудоспособного населения.

КЗоТ РСФСР 1922 года специально выделил главу XIII, посвященную труду женщин и несовершеннолетних, так как советское государство признало тот факт, что работающие по найму женщины и несовершеннолетние в силу физиологических особенностей их организма и социально-экономических условий их труда нуждаются в большей охране труда, чем работающие в тех же предприятиях взрослые мужчины.

Специальным постановлением НКТ СССР 30 октября 1925 года был установлен список вредных профессий и работ, на которых не допускается труд женщин¹. Согласно данному нормативному акту применение женского труда не допускалось в металлопромышленности, в химической, горной, полиграфической, текстильной промышленности, на газовых заводах, коммунальных предприятиях, в писчебумажном производстве, на железнодорожном транспорте, на лесозаготовительных и сплавных работах. При этом дополнительно в соответствующих нормативных актах уточнялись конкретные виды работ. Например, на лесозаготовительных и сплавных работах беременные и кормящие грудью женщины ни при индивидуальной работе, ни в составе артелей не допускались к производству следующих работ: а) валка, рубка, пила и переноска толстомерного леса; б) молевой сплав; в) сплачивание бревен, установка и разборка запаней; г) хватка и съемка плотов на воде².

Статья 2 Постановления НКТ СССР от 30 октября 1925 года предусматривала, что в порядке соглашений нанимателя с профсоюзом список работ, к которым не допускаются женщины, может быть расширен, и поскольку такое соглашение ограничивает сферу применения труда женщин, оно должно быть утверждено инспекцией труда.

¹ Постановление НКТ СССР 30 октября 1925 года «О запрещении женского труда на особо вредных и тяжелых работах», с приложением списка работ; «Изд. НКТ», № 45.

² Постановление ЦИК и СНК СССР от 2 ноября 1927 года «Об условиях труда на лесозаготовительных и сплавных работах». СЗ РФ. № 62. Ст. 627.

Кроме того, в 20-е годы XX столетия в СССР существовали ограничения для женщин при приеме на ночные работы. Ночной труд женщин не мог быть императивно запрещен во всех случаях, так как в некоторых непрерывно действующих производствах имеются такие работы, которые выполняются исключительно женщинами, в связи с этим Наркомтрудом в те годы не издавалось общих списков таких необходимых профессий, но циркулярно предложено было местным органам труда допускать применение ночного труда женщин в тех производствах, где это действительно вызывается необходимостью (циркуляр НКТ РСФСР от 23 февраля 1924 года; циркуляр НКТ СССР от 13 апреля 1925 года).

Данные циркуляры исходили не только из интересов производства, но также из тех соображений, что последовательное выполнение нормы о запрете допуска женщин к производству ночных работ, привело бы к вытеснению женщин из производства и к увеличению женской безработицы. Запрещение ночных работ для женщин всегда влечет угрозу не только увольнения, но и использование их на неквалифицированных видах труда. Ввиду указанных соображений, НКТ РСФСР предлагал местным органам не чинить препятствий производству ночных работ женщинами в тех случаях, когда недопущение их грозит увольнением или понижением их квалификации¹. Безусловно, не допускалась ночная и сверхурочная работа во всех организациях беременных и кормящих грудью женщин (ст. 131 КЗоТ РСФСР 1922 года).

КЗоТ РСФСР 1971 года продолжил традиции предоставления гарантий работающим женщинам, имеющим детей, с целью сохранения здоровья женщин путем недопущения их к вредным и тяжелым работам по мотивам защиты их прав. Объективная необходимость запрещения труда женщин в тяжелых и вредных производствах была продиктована тем, что технологические особенности отдельных производств наносят прямой вред не только здоровью самой женщины, но и будущим поколениям, а значит интересам всего общества. В связи с этим подобное ограничение по своей сути не ведет к неравенству трудовой правоспособности и ограничению возможностей женщин в сфере общественного производства.

Новый Трудовой кодекс РФ также ограничивает применение труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах, за исключением нефизических работ или работ по санитарному и бытовому обслуживанию. Запрещается применение труда женщин на работах, связанных с подъемом и перемещением вручную тяжестей, превышающих предельно допустимые для них нормы. Перечни производств работ, профессий и должностей с вредными и (или) опасными условиями труда, на которых ограничивается применение труда женщин, и предельно допустимые нормы нагрузок для женщин при подъеме и перемещении тяжестей вручную утверждаются Правительством Российской Федерации с учетом мнения Российской

¹ Циркуляр НКТ РСФСР от 23 февраля 1924 года. «Изв. НКТ». № 9.

трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений (ст.253 ТК РФ).

Перечень таких запрещенных работ утвержден постановлением Правительства от 25 февраля 2000 г. № 162¹. В данном перечне находится 456 видов работ и профессий, но одновременно сделано примечание о том, что работодатель может принимать решение о применении труда женщин на работах (профессиях, должностях), включенных в перечень, при условии создания безопасных условий труда, подтвержденных результатами аттестации рабочих мест, при положительном заключении государственной экспертизы условий труда и службы Госсанэпиднадзора субъекта РФ.

Постановление Правительства РФ от 6 февраля 1993 года №105² установило нормы предельно допустимых нагрузок для женщин. Предельно допустимая масса груза при подъеме и перемещении тяжестей при чередовании с другой работой составляет 10 кг, при подъеме и перемещении тяжестей постоянно в течение рабочей смены – 7 кг.

Статья 298 ТК РФ устанавливает, что к работам, выполняемым вахтовым методом, не могут привлекаться беременные женщины и женщины, имеющие детей в возрасте до трех лет. Беременные женщины не могут также допускаться к работам в ночное время (ст.96 ТК РФ), то есть особый способ организации работы также влечет за собой определенное ограничение возможности женщины для участия в трудовом процессе.

Таким образом, нормы российского трудового права по-прежнему ограничивают или запрещают применение труда женщин в отдельных производствах на основе императивных норм, прежде всего, в интересах сохранения здоровья женщины и ее детородной функции.

Среди основных принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в современный период, нормативно закрепленных в статье 2 ТК РФ, особо выделяются принципы, устанавливающие запрещение дискриминации в сфере труда и равенство прав и возможностей работников.

Данные принципы соответствуют международно-правовым нормам, которые уделяют определенное внимание проблемам труда женщин. Международная организация труда (МОТ) с первого года своего существования в 1919 году выделила женщин как особую группу работников в связи с их детородной функцией.

Согласно статьи 2 Конвенции №3 о труде женщин 1919 года термин «женщина» означает любое лицо женского пола, независимо от возраста, национальности, состоящее или не состоящее в браке. Статья 3 вышеназванной конвенции предоставляет женщинам льготы в связи с рождением ребенка, которые обязательны для всех промышленных или торговых предприятий, государственных или частных, и для их филиалов. Можно также выделить Конвенцию №103 об охране материнства 1952 года;

¹ СЗ РФ. 2000. № 10. Ст. 1130.

² САПП РФ. 1993. № 7. Ст. 566.

Конвенцию №4 о труде женщин в ночное время 1919 года; Конвенцию №45 о применении труда женщин на подземных работах в шахтах любого рода 1935 года. В статье 2 Конвенции №45 зафиксировано, что ни одно лицо женского пола, каков бы ни был его возраст, не может быть использовано на подземных работах в шахтах.

Таким образом, международно-правовыми нормами установлен запрет принимать женщин на определенные виды работ, руководствуясь необходимостью охраны их здоровья от производственных вредностей, а также обязанность для всех работодателей предоставлять им определенные льготы в связи с материнством и детородной функцией.

Одновременно в Рекомендации МОТ №123 о труде женщин с семейными обязанностями 1965 года в подпункте «в» раздела 1 установлено, что компетентные органы власти должны в сотрудничестве с соответствующими общественными и частными организациями, включая организации предпринимателей и трудящихся, и, в соответствии с национальными и местными потребностями и возможностями, поощрять, способствовать или предпринимать развитие обслуживания, направленного на предоставление женщинам возможности гармонично выполнять свои различные обязанности дома и на работе.

Статья 4 Конвенции №156 о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями 1981 года предусматривает, что для установления подлинного равенства обращения и возможностей для трудящихся мужчин и женщин принимаются все меры, соответствующие национальным условиям и возможностям, с тем чтобы: а) трудящиеся с семейными обязанностями могли осуществлять свое право на свободный выбор работы; в) принимались во внимание их потребности в области условий занятости и социального обеспечения.

Следует заметить, что наибольшая часть международных трудовых норм одинаково применяется ко всем трудящимся независимо от пола. В демократических странах обеспечение равных возможностей для мужчин и женщин является составной частью национальной политики и затрагивает многие сферы в жизни общества – политическую, экономическую, социальную. Антидискриминационная политика направлена на устранение различий в социальном статусе мужчин и женщин в тех сферах, где эти различия существуют, что возможно через систему определенных принципов и законодательных норм, которые должны гарантировать подлинное равенство возможностей в обучении, занятости, продвижении по службе, в процессе принятия решений, в праве на оплату труда, социальную защиту, социальное обеспечение, в защите от ситуаций, связанных с условиями труда и представляющих опасность для материнства.

По мнению В.Е.Можаева, практическая деятельность Международной организации труда сконцентрирована на стимулировании количественного и качественного роста возможностей трудящихся женщин, и в связи с этим

направлением своей деятельности МОТ считает равноправное участие женщин в трудовой жизни ключевым фактором экономического и социального развития. Но женщины должны не только иметь равные права на использование благ экономического развития, но и практическую возможность участвовать в самом этом процессе¹.

Реализовать провозглашенную международно-правовыми нормами и российским трудовым законодательством равную возможность для использования своих способностей к труду женщине мешает по-прежнему существующая дискриминация.

Согласно подпункту «а» статьи 1 Конвенции № 111 о дискриминации в области труда и занятий 1961 года термин «дискриминация» включает всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного происхождения или социального происхождения, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий. Причем вышеназванная конвенция относится к числу основополагающих конвенций МОТ, посвященных фундаментальным трудовым правам и общепринятым принципам и базовым нормам международно-правового регулирования труда. Женевская декларация МОТ 1998 года к числу фундаментальных принципов международного трудового права также отнесла недопущение дискриминации в области труда и занятий.

Тем не менее, в новом исследовании Международного бюро труда (МБТ) 2003 года подчеркивается, что дискриминация в труде остается, к сожалению, повседневной реальностью для сотен миллионов людей во всем мире, и даже в тех странах, где у женщин такой же уровень образования, как и у мужчин или даже выше, существует невидимый «стеклянный потолок», часто препятствующий их продвижению вверх. Промышленное развитие, ориентированное на экспорт, открыло женщинам доступ ко многим профессиям, однако неравенство все еще сохраняется в отношении оплаты труда, служебного положения и роста. Имеющиеся данные указывают на то, что, по всей видимости, профессиональная сегрегация сохраняется и в новых сферах труда, связанных с информационными технологиями и коммуникациями, которые ранее провозглашались зонами равного обращения и возможностей для женщин².

Необходимо подчеркнуть, что в настоящее время по оценке специалистов, женщины в России составляют около 53 процентов населения, их продолжительность жизни в среднем превышает продолжительность жизни мужчин на десять лет, а среди лиц с высшим и средним специальным

¹ Можаяев В.Е. Проблемы женского равноправия. // Трудовое право. - М., 1998. № 10. С. 34-35.

² «Равенство в сфере труда. Веление времени». Глобальный доклад, представленный в соответствии с механизмом реализации Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда. Международное бюро труда. - Женева. 2003.

образованием женщин – 56 процентов, т.е. женщины фактически преобладают среди трудоспособного населения Российской Федерации¹.

Кроме того, существуют данные, свидетельствующие о феминизации общественного интеллекта России, так как в Российской Федерации к 2000 году из почти 27 млн. человек, занятых преимущественно «умственным трудом», лишь треть (35,5 процента) составляют мужчины (24 процента всех работающих мужчин; 76 процентов работают физически), женщины составляют 64 процента умственно занятых (17,4 млн. от 27 млн.).

В частности, женщины преобладают в сфере образования (25,2 процентов мужчин и 74,8 процентов женщин); здравоохранения (12,0 процентов мужчин и 88,0 процентов женщин); юридического персонала (42,9 процентов мужчин и 57,1 процентов женщин). Мужчины преобладают в сфере материального производства (72,5 процентов мужчин и 27,5 процентов женщин); в науке (60 процентов мужчин и 40 процентов женщин); в партийных структурах (56,0 процентов мужчин, 44 процента женщин); в работах низкой сложности, таких как в торговле, общественном питании, планировании и учете, делопроизводстве, жилищно-коммунальном хозяйстве и т.п., где перевес в процентах по сравнению с мужчинами составляет в среднем около 80 процентов².

Но, несмотря на преобладание женщин в сфере общественного производства России, реализовать свои способности к труду для женщин на практике бывает затруднительно, так как работодатели, стремясь избавиться себя от необходимости предоставлять женщинам определенные льготы и компенсации в связи с материнством, довольно часто отказывают женщине в приеме на работу на основе трудового договора именно потому, что будущий работник – женщина.

Среди гарантий при заключении трудового договора, установленных в статье 64 ТК РФ, в части 3 выделяется запрет отказывать в заключении трудового договора женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей.

Для обеспечения данной гарантии в Уголовном кодексе РФ 1996 года специально существует статья 145, предусматривающая уголовную ответственность за необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до трех лет. Но является данная норма действующей в Российской Федерации?

К сожалению, отсутствует судебная практика, свидетельствующая о применении данной статьи УК РФ по отношению к руководителям, отказывающим женщинам в приеме на работу. Во многих случаях это объясняется тем, что работодатель должен отказать в приеме на работу в письменной форме и с прямым указанием на причину отказа. Вряд ли

¹ Дорутина Т. Исторические и современные аспекты положения женщин. Материалы международной конференции «Женская журналистика и женщины в журналистике». – СПб., 2001. С. 18.

² Максимов В. Диморфический аспект интеллекта России. Материалы международной конференции «Женская журналистика и женщины в журналистике». – СПб., 2001. С. 42-43.

руководитель организации осуществит подобный отказ с прямым указанием причины. У него есть возможность отказать женщине в заключении трудового договора по иным причинам.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ №2 от 17 марта 2004 года «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» в пункте 10 дается разъяснение понятие «деловые качества работника». Так, «под деловыми качествами работника следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли)».

Подобное определение не является точным, так как в нем лишь упоминаются в качестве примера отдельные профессиональные и личностные качества. Кроме того, далее в пункте 10 добавляется, что «работодатель вправе предъявить к лицу, претендующему на вакантную должность или работу и иные требования, которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере)».

Прежде, чем перейти к последствиям данного разъяснения, целесообразно сделать замечание общего характера, касающееся упоминаемых личностных качеств.

Личностные качества свойственны человеку как общественному существу, обладающему даром мышления и речи, способностью создавать орудия и пользоваться ими в процессе общественного труда¹. Но личность является философским понятием. В философии под личностью понимается: а) человеческий индивид как субъект отношений и сознательной деятельности (лицо в широком смысле слова); б) устойчивая система социально-значимых черт, характеризующих индивида как члена того или иного общества или общности. «Хотя эти понятия – лицо как целостность человека (лат. *persona*), личность как его социальный и психологический облик (*personalitas*) – терминологически вполне различимы, они употребляются иногда как синонимы»².

Из указанных определений видно, что понятие «человек» шире понятия «личность», поскольку первое охватывает все живые существа человеческого рода, тогда как второе не включает в себя, например, новорожденных, невменяемых и т.д. В то же время понятие «личность»

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М., 1968. С. 865.

² Философский энциклопедический словарь. - М., 1983. С. 314.

достаточно объемное и включает в себя самые разнообразные характеристики человека.

Исходя из приведенного разъяснения высшего судебного органа, у работодателя есть огромный простор для обоснования отказа женщине в приеме на работу именно по отсутствию у нее тех или иных деловых качеств. Например, в настоящее время отдельные работодатели стали предъявлять необоснованно высокие требования к отдельным работам, в частности, делопроизводителя, секретаря-референта, выдвигая к претендентам необходимость знания иностранных языков, высшего профессионального образования (причем в отдельных случаях выдвигается требование не только одного, но и двух высших профессиональных образований), знание комплекса компьютерных программ и т.п. Фактически на технического исполнителя возлагаются обязанности, не свойственные трудовой функции технического исполнителя. В связи с этим, отказать женщине по причине отсутствия у нее тех или иных деловых качеств (перечень которых можно составлять самые разнообразные личностные характеристики) практически несложно, хотя весьма часто истинной причиной отказа является беременность (пусть даже и возможная в будущем) либо наличие у женщины малолетних детей.

Таким образом, дискриминация в сфере трудовых отношений в зависимости от пола фактически существует, и она весьма существенно ограничивает трудовую правосубъектность женщин, так как полное равноправие полов обеспечивается созданием женщинам условий труда, дающих возможность работать с учетом физиологических особенностей их организма и функций материнства.

В современном мире женщине доступно практически все: образование, различного рода занятия и профессии, равные с мужчинами права, и единственным ограничением ее возможностей должны быть работы, прямо противопоказанные женщине с целью сохранения ее материнской функции. Специальная трудовая правосубъектность женщин представляет собой, основанную на равноправии полов и с учетом физиологических особенностей женского организма и материнской функции, равную возможность для вступления в трудовые правоотношения с целью реализации конституционного принципа свободы труда в общественном производстве.

Объем трудовой правосубъектности не должен зависеть от пола, и данный аспект следует применить и к равенству трудовой правосубъектности в зависимости от состояния здоровья. Физические лица с ограниченной трудоспособностью также вправе реализовывать свои способности к труду в определенных сферах деятельности. Но каковы возможности данных физических лиц в реальности?

В связи с этим обратимся к отдельным проблемам **правовой регламентации трудовой правосубъектности инвалидов.**

Важно отметить, что в настоящее время доля инвалидов составляет около 7-10 процентов населения мира и будет, вероятно, расти по мере

старения населения. Во многих странах мира фактором, ограничивающим трудовую правосубъектность инвалидов, является дискриминация в зависимости от состояния здоровья, которая не предоставляет им возможностей самореализации и на рынке труда, и в сфере образования и обучения. Люди с ограниченной трудоспособностью часто оказываются в западне низкооплачиваемых рабочих мест, не требующих квалификации, они слабо или вообще никак не защищены в социальном мире, высок процент безработных именно среди инвалидов. Профессиональная реабилитация инвалидов и содействие их занятости – важнейшая социальная проблема. Она обостряется в условиях экономической нестабильности, сокращения объемов производства, коммерциализации сфер образования и профессиональной подготовки, появления негосударственных предприятий, руководители которых не заинтересованы.

В связи с ухудшением демографических показателей в Российской Федерации лица с ограниченными возможностями здоровья неизбежно будут вовлечены во все сферы общественной жизни с целью самостоятельного поддержания определенного финансово-экономического уровня. Показатели вовлечения в трудовую деятельность инвалидов различны в тех или иных субъектах Российской Федерации. Например, по данным социальной защиты в Оренбургской области, являющейся достаточно крупным субъектом РФ, в 2004 году насчитывалось свыше 103 тыс. инвалидов, при этом различными формами занятости охвачено 36,6 процентов от общего числа инвалидов.

Понятие «инвалид» было законодательно сформулировано в статье 1 Федерального закона «О социальной защите инвалидов» от 24 ноября 1995 года № 181-ФЗ. Согласно нормативному разъяснению «инвалид – лицо, которое имеет нарушение здоровья со стойким расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, приводящее к ограничению жизнедеятельности и вызывающее необходимость его социальной защиты». Ограничение жизнедеятельности влечет за собой полную или частичную утрату способности и возможности заниматься определенными видами трудовой деятельности. Но влияет ли данный факт на регламентацию трудовой правоспособности физического лица?

Б.К.Бегичев, будучи исследователем такой юридической категории, как трудовая правоспособность, и, в частности, затрагивая вопрос о влиянии состояния здоровья лица на объем трудовой правоспособности, утверждал, что данный объем не изменяется от того, что лицо стало нетрудоспособным и признано инвалидом. Освобождение инвалидов от несения некоторых обязанностей не лишает их установленных законом прав. В соответствии с наличной фактической трудоспособностью инвалидов им предоставляется полная возможность трудиться по своим способностям, поэтому состояние здоровья не лишает физическое лицо трудовой правоспособности.

Б.К.Бегичев подвергал критике взгляды М.И.Флястера, который считал, что объем правоспособности инвалида определяется врачом-

экспертная комиссия. Данная комиссия лишь указывает определенные виды труда или работ, выполнение которых по состоянию здоровья противопоказано данному лицу, т.е. дается трудовая рекомендация, но никакой регламентации трудовой правоспособности при этом не осуществляется¹.

Можно привести следующие примеры из практики, показывающие, что признание физического лица инвалидом фактически не отразилось на его трудовой правоспособности.

Так, инвалидом был признан музыкант, работающий доцентом педагогического института и преподающий на музыкально-педагогическом факультете. Ему ампутировали правую голень, в связи с чем была установлена II группа инвалидности. Но ампутация никак не повлияла на его трудоспособность музыканта, и он продолжал трудиться с полной нагрузкой на работе.

Другой пример касается женщины с диагнозом «детский церебральный паралич», у которой поражены руки, слабо работает кисть, левые конечности слабее правых, она не может быстро ходить, в связи с чем является инвалидом с детства. Тем не менее, она сумела получить высшее образование и работает экономистом, т.е. выбрала профессию по своим физическим возможностям, и в данной профессии ее трудоспособность вообще не снижена².

В судебной практике также встречаются случаи, когда физическое лицо, признанное инвалидом, необоснованно увольняют с работы, хотя выполняемая работа фактически не противопоказана по медицинским рекомендациям, что дискриминирующим образом ограничивает его трудовую правоспособность.

Например, в Дзержинском районном суде города Оренбурга было рассмотрено исковое заявление Н... о восстановлении на работе и оплате времени вынужденного прогула. Основанием для увольнения послужило медицинское заключение об установлении инвалидности, которое истица не представила работодателю при заключении трудового договора. Данный факт послужил причиной увольнения по п.11 статьи 77 ТК РФ на основании того, что работа противопоказана работнику по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением. Н... работала в должности социального педагога, и назначенная судом медико-социальная экспертиза определила у нее инвалидность II группы (вторую степень ограничения жизнедеятельности), а также сделала заключение о том, что работа социальным педагогом не противопоказана работнику и он может и способен выполнять ее, несмотря на наличие инвалидности. Это послужило основанием для восстановления работника на работе и возобновления трудовых правоотношений³.

¹ Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. - М.: Юрид. лит-ра, 1972. С. 195-197; Флястер М.И. Трудовые права инвалидов. - М., 1968. С. 76.

² Социальная защита. - М., 1995. № 5. С. 102.

³ Архив Дзержинского районного суда г.Оренбурга. 2005. Дело №2-0000/05.

Действующие в настоящее время классификации и временные критерии, используемые при осуществлении медико-социальной экспертизы, утвержденные Приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 29.01.1997 г. №30 и Постановлением Министерства труда и социального развития Российской Федерации от 29.01.1997 г. №1 предусматривают комплексную оценку различных качественных и количественных показателей, характеризующих стойкое нарушение функций организма, в связи с чем медико-социальная экспертиза не может запрещать инвалидам трудиться вообще, она лишь оценивает степень ограниченности возможностей лица к обучению, к общению, к ориентации, к трудовой деятельности, выдавая инвалиду комплексную рекомендацию о перспективах использования его возможностей, не нарушения при этом конституционного принципа равенства всех граждан.

В Российской Федерации необходимо реальное осуществление и практическое претворение стандартных правил обеспечения равных возможностей для инвалидов, которые были приняты Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций на ее сорок восьмой сессии 20 декабря 1993 года (резолюция 48/96). В данных правилах подчеркивается, что во всех странах мира и в любой группе общества имеются инвалиды, их число в мире значительно и продолжает расти (пункт 1).

При этом Всемирная организация здравоохранения еще в 1980 году приняла международную классификацию дефектов, инвалидности и нетрудоспособности, подчеркнув при этом, что необходимо постоянное углубление и расширение понимания вопросов инвалидности и используемых терминов. В частности термин «нетрудоспособность» должен констатировать не только уровень состояния физического здоровья, но и отражать взаимодействие между социальными условиями или ожиданиями и способностями индивидуума (пункт 20). Пункт 25 данной классификации устанавливает: «принцип равенства прав предполагает, что потребности всех без исключения индивидуумов имеют одинаково важное значение, что эти потребности должны служить основой планирования в общества и что все средства следует использовать таким образом, чтобы каждый индивидуум имел равные возможности для участия в жизни общества»¹.

Согласно статье 7 Рекомендации Международной организации труда №168 1983 года о профессиональной реабилитации и занятости инвалидов «трудящиеся инвалиды должны пользоваться равенством возможностей и обращения в отношении обеспечения реальности получения работы, сохранения ее и продвижения по службе, которая там, где это возможно, отвечает их личному выбору и индивидуальному соответствию ей».

Установленная степень инвалидности конкретного лица определяется объемом сохранившейся у него трудоспособности, которая может быть им использована как источник средств к существованию.

¹ Сборник законодательных и нормативных актов по вопросам организации социального обслуживания населения. – Оренбург, 2000. С. 279-285.

Васильева А.В., исследуя проблемы занятости инвалидов, подчеркивает, что по данным журнала «ЮС Ньюс энд Уорлд Рипорт» уже сейчас 27 млн. человек могут работать на дому, а 1/3 всех зарегистрированных фирм основаны на широком использовании надомного труда¹. Следовательно, подобное развитие надомного труда должно способствовать и более продуктивной возможности для инвалида включиться в трудовую деятельность и реализовать свои способности.

Таким образом, трудовая правосубъектность инвалидов, также как и трудовая правосубъектность женщин, должна базироваться на принципе равенства всех граждан, и недопустимо неоправданно сужать объем трудовой правоспособности физического лица в зависимости от состояния здоровья.

В процессе трудовой деятельности участвуют самые разнообразные категории работников, среди которых выделяются как работники, работающие в нормальных условиях труда и обладающие общей трудовой правосубъектностью; работники, которым требуется специальная трудовая правосубъектность для работы в отраслевых условиях труда, работники, обладающие особым правовым статусом (руководитель, заместитель руководителя, главный бухгалтер), и, наконец, лица, нуждающиеся в особой правовой защите (женщины и инвалиды), занимающие в настоящее время весьма значительное место среди трудоспособного населения.

Трудовая правосубъектность любого физического лица по своей сути базируется на равной возможности использовать способности к труду, но при этом она конкретизируется профессиональной или ограниченной возможностью и практической готовностью выполнять отдельные виды работ.

Трудовая правосубъектность работника выступает важным и необходимым средством правового регулирования трудовых отношений на современном этапе. Несмотря на то, что она не предусмотрена, к сожалению, какой-либо конкретной нормой действующего российского трудового законодательства, трудовая правосубъектность и ее разновидности имеет безусловную юридическую силу, так как она базируется, прежде всего, на конституционных нормах и органично вытекает из них, а также на достаточно большом количестве норм не только трудового, но и иных отраслей российского права.

К ИСТОРИИ ВОПРОСА О РАЗВИТИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ТОВАРНЫХ ЗНАКАХ И ФИРМЕННЫХ НАИМЕНОВАНИЯХ

¹ Васильева Л.С. Проблема дискриминации в информационной экономике. - СПб., 2003. С. 39.

Возникновение правового регулирования фирменных наименований и товарных знаков в нашей стране произошло в XIX веке, когда объективно сложившиеся экономические отношения, мощное развитие капиталистического хозяйства привели к расширению товарного производства, увеличению количества хозяйствующих субъектов, а, следовательно, – к необходимости индивидуализации предпринимателей и их продукции.

Хотя необходимость правового регулирования ощущалась одинаково четко и в отношении товарных знаков, и в отношении фирменных наименований, отечественное законодательство поначалу уделяло неравное внимание средствам индивидуализации самих субъектов предпринимательской деятельности и средствам индивидуализации их продукции. Так, Россия к концу XIX – началу XX веков имела развитое законодательство о товарных знаках, чего нельзя сказать о правовом регулировании института фирмы (фирменного наименования).

Как отмечается в литературе, первый российский закон «О товарных клеймах» был принят еще в 1830 году¹. На защиту фабричного клейма статьями 157-161 Устава о промышленности указывал Г.Ф.Шершеневич². Однако к 70-80-м годам XIX века существующие в этой области правила настолько устарели, что совершенно не соответствовали насущным потребностям³.

Более совершенный закон, посвященный непосредственно товарным знакам, был принят 26 февраля 1896 года. Указанный Закон «О товарных знаках (фабричных и торговых марках и клеймах)» дополнял Устав о промышленности статьями 161¹⁻²¹, детально определявшими понятие товарного знака, требования к знаку, процедуру его регистрации, порядок использования и другие вопросы.

В соответствии со ст. 161¹ Устава о промышленности товарными знаками признавались «всякого рода знаки, выставляемые промышленниками и торговцами на товарах или на упаковке и посуде, в коих они хранятся, для отличия оных от товаров других промышленников и торговцев, как например: клейма, тавры, печати, пломбы, капсюли, метки (вытканые и вышитые), этикетки, виньетки, девизы, ярлыки, обложки, рисунки оригинальных видов упаковки и т.п.»⁴. Если лицо желало получить исключительные права на использование товарного знака, то этот знак

¹ См.: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, 2004. С. 51.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права / Вступит. ст. Е.А.Суханова. – М.: «СПАРК», 1994. С. 179.

³ Жолобова Г.А. Формирование частного торгового права в дореволюционной России. Учебное пособие. – М.: Издательская группа «Юрист», 2004. С. 100.

⁴ Здесь и далее Устав о промышленности цитируется по изданию: Розен Я.С. Товарные знаки: Законы и применение их в административной и судебной практике. Законодательные мотивы и решения Правительствующего Сената. Трактаты и декларации. – СПб.: Изд. юрид. кн. склада «Право», 1913.

подлежал регистрации в Отдел Промышленности¹ Министерства Торговли и Промышленности посредством подачи заявки с приложением описания знака и перечня родов товаров, для обозначения которых предназначался товарный знак (ст. 161⁴ Устава о промышленности). Подача заявки облагалась государственной пошлиной. Таким образом, закон разделял знаки, реально используемые («выставляемые» на товарах или их упаковке), на которые промышленник и торговец не получал исключительные права (то есть незарегистрированные знаки), и знаки, прошедшие государственную регистрацию и ставшие объектами исключительных прав.

Изъятие из правила о возникновении исключительных прав только на зарегистрированные знаки было установлено в ст. 161⁵ Устава о промышленности. Промышленники и торговцы без подачи заявки имели право исключительного пользования «относительно тех товарных знаков, которые состоят единственно из обозначения имени, отчества и фамилии владельца предприятия или наименования фирмы и местонахождения предприятия (полностью), если притом такой знак не воспроизведен каким-либо отличительным способом, как, например, в виде автографа или монограммы или же письмом, вязью или фигурными буквами». Выражаясь современным языком, в этой норме имелось в виду словесное обозначение (словесный знак), состоящее из фамилии, имени и отчества промышленника или торговца или названия предприятия и места его нахождения. Причем другие регистрируемые товарные знаки в любом случае также должны были содержать в себе указанные сведения (ст. 161⁶ Устава о промышленности), исключение могло быть сделано по решению Министра Торговли и Промышленности в случае, если соблюдение указанного правила было бы затруднительным, например, вследствие размеров товара (примечание к указанной статье).

Для регистрации знака необходимо было его соответствие определенным требованиям, установленным законом (ст. 161⁸ Устава о промышленности). Так, например, не регистрировались знаки, недостаточно отличавшиеся от знаков, предоставленных в исключительное пользование другим промышленникам или торговцам для однородных товаров; вошедшие во всеобщее употребление для отличия товаров известного рода, а также состоящие из отдельных цифр, букв или слов, которые по своему виду, расположению или сочетанию не представляли отличительного знака. В связи с этим необходимо отметить, что хотя закон в определении товарного знака указывал на такую его разновидность, как девизы, словесные товарные знаки к регистрации не принимались², хотя Отдел Промышленности в начале 1910-х годов поднимал вопрос о возможности заявления русскими промышленниками словесных знаков, тем более, что словесные знаки, заявленные за границей, принимались к регистрации³. В 1912 году были

¹ По мнению Вс. Удинцева – в Отдел Торговли указанного Министерства. См.: Удинцев Вс. Русское Торгово-Промышленное право. Общие учения. – Киев: Тип. Соколова, 1907. С. 238.

² Розен Я.С. Указ. соч. С. 21.

³ Там же. С. 4-5.

приняты изменения в закон о товарных знаках, запрещающие использование, в том числе, в качестве товарного знака, эмблемы или наименования «Красного креста» («Женевского креста»).

Использование товарных знаков, впрочем, как и их регистрация, было правом, а не обязанностью лица (ст. 161² Устава о промышленности), за исключением специально установленных случаев, например, использование знака было обязательно на изделиях из золота и серебра, для всех «ремесленных произведений, если мастеру дано было клеймо цеховой управой» и в некоторых других случаях¹. Одно и то же лицо могло иметь «несколько разных товарных знаков для различных по роду и сорту товаров» (ст. 161⁷ Устава о промышленности). Свидетельство на товарный знак действовало, по желанию заявителей, от одного года до десяти лет с даты их выдачи и могло продлеваться на новый срок (ст. 161¹² Устава о промышленности). Принадлежность права исключительного пользования товарным знаком могла быть оспорена в судебном порядке в течение трех лет после выдачи свидетельства (ст. 161¹⁵ Устава о промышленности). Закон определял также основания и порядок прекращения действия свидетельства и, соответственно, исключительного права на товарный знак (ст. 161¹⁷ Устава о промышленности).

Таким образом, правовое регулирование товарных знаков на уровне закона в дореволюционной России было достаточно полным. Имели место недоработки в практике применения законодательства, например, сведения не только о выдаче свидетельства на товарный знак, но и о прекращении действия выданного свидетельства должны были публиковаться в «Вестнике Финансов, Промышленности и торговли» (ст. 161¹⁴ Устава о промышленности), однако публикации о прекращении охраны товарных знаков не производились, что мешало в силу ст. 161¹⁸ указанного устава подаче заявки другим лицом на тождественный товарный знак². Однако это не меняло общей ситуации с правовой охраной товарных знаков, которую надо признать вполне удовлетворительной, чего нельзя сказать о регулировании фирм (фирменных наименований).

На крайне недостаточное внимание, которое законодатель в конце XIX – начале XX веков уделял фирмам, указывали, не без сожаления, многие авторы³. Объем правового регулирования «фирменных отношений» точнее всего определил Вс.Удинцев: «Действующее законодательство лишь признает институт фирмы, но не содержит норм ни о возникновении фирмы, ни о ее защите и передаче, предоставляя разработку этих вопросов судебной практике»⁴.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. С. 180.

² Розен Я.С. Указ. соч. С. 22.

³ См., например: Колумбус П. «Фирмы» по нашим торговым законам // Журнал гражданского и уголовного права: Издание С.-Петербургского Юридического Общества. Январь. Кн. 1. – СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1882. С. 87; Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. С. 77; Данилова Е.Н. Фирма и название предприятия. – Петроград: Типография т-ва «Общ. Польза», 1915. С. 3.

⁴ Удинцев Вс. Указ. соч. С. 228.

Понятия фирмы русское дореволюционное законодательство не знало. Требования к фирме содержались в отношении товариществ и акционерных обществ. В соответствии со ст. 62 Устава о торговле «товарищество полное составляется из двух или многих товарищей, положивших заедино торговать под общим названием всех» и называется «торговым домом, под их именем». Таким образом, «имя» полного товарищества (т.е. фирма), должно было содержать имена всех его участников. «В тех случаях, когда число товарищей настолько значительно, что обозначение в фирме всех имен представлялось бы затруднительным, возможно ограничиться поименованием нескольких, но необходимо указание на существование и других лично ответственных товарищей – прибавкой слов: “и Компания”»¹. Товарищество на вере называлось торговым домом под именем товарищей и компании (ст. 71 Устава о торговле), а так как ст. 72 Устава называла товарищами только лично ответственных товарищей (полных товарищей), то имена вкладчиков не могли быть включены в фирму.

Акционерные компании должны быть учреждаемы «под определительным наименованием, от предмета или свойства ее предприятия заимствованным» (ст. 2148 Законов гражданских). Таким образом, компании, в которых ни один из участников не отвечал лично, должны были иметь фирму «безличную, анонимную»², однако это законодательное правило зачастую нарушалось³. Требования, предъявляемые законодательством к наименованиям юридических лиц, то есть фирменным наименованиям, на этом исчерпывались.

Как отмечают исследователи, дореволюционное право «упоминало» фирму в ст. 3 Устава о векселях, относивших к числу необходимых реквизитов векселя «означение фамилии или фирмы лица, которому вексель выдается» и «имени или фирмы плательщика, то есть, того, кто платеж по векселю произвести должен», ст. 143 Устава о торговле, говорившей об имени или фирме «судохозяина или судохозяев»⁴, а также в ст.ст. 220 и 221 Устава гражданского судопроизводства и ст. 158 Устава судопроизводства торгового, устанавливавшие, что иски к компаниям, обществам и товариществам предъявляются по месту нахождения их правления или фирмы⁵. Очевидно, в последнем случае законодатель под термином «фирма» имел в виду не фирменное наименование, а, скорее, само юридическое лицо.

Можно сказать, что до принятия Закона «О товарных знаках» 26 февраля 1896 года законодательство о фирменных наименованиях на этом исчерпывалось. Напомним, что в ст. 161⁵ Устава о промышленности содержалась норма, в соответствии с которой промышленники и торговцы без подачи заявки имели право исключительного пользования «относительно

¹ Там же. С. 230.

² Там же.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. С. 79.

⁴ Бузанов В.Ю. Генезис фирмы в российском праве // Журнал российского права. 2002. № 6. С. 150.

⁵ Голофаев В.В. Фирменное наименование как гражданско-правовая категория // Российский юридический журнал. 1999. № 1. С. 47.

тех товарных знаков, которые состоят единственно из обозначения имени, отчества и фамилии владельца предприятия или наименования фирмы и местонахождения предприятия (полностью), если притом такой знак не воспроизведен каким-либо отличительным способом, как, например, в виде автографа или монограммы или же письмом, вязью или фигурными буквами». Под «наименованием фирмы предприятия», очевидно, имелось в виду не что иное, как фирма (фирменное наименование).

В связи с этим трудно согласиться с мнением, что «дореволюционное российское гражданское законодательство не содержало общих норм, регламентирующих отношения в сфере прав на фирменные наименования»¹. Также неправильным было бы отдавать приоритет в признании права на фирму обычному праву в противовес законодательству². По мнению Вс.Удинцева, закон освобождал от заявки знаки, содержащие в себе лишь фирму, не осложненную какими-либо другими добавками, «давая тем самым косвенную защиту фирменному праву»³. Здесь необходимо сделать следующие замечания. Во-первых, исходя из сущности данной нормы, то есть признания исключительного права на название предприятия, указанная норма означает, что законодатель встал на позицию, что фирма есть не торговое имя купца (промышленника), а название его предприятия. Во-вторых, исходя из самого текста нормы, законодатель, как уже отмечалось выше, и в те времена допускал употребление термина «фирма» не в смысле наименования, а для обозначения субъекта права.

Несмотря на имевшую место процитированную норму, все-таки четкого закрепления порядка приобретения прав на фирму, порядка ее использования и защиты права на фирму, дореволюционное законодательство не содержало, что не могло не сказаться на эффективности правовой охраны этого весьма важного объекта. Хозяйственный оборот пытался решить эту проблему путем выработки обычаев и формирования судебной практики, однако полноценного правового регулирования фирменных наименований в дореволюционной России так и не сложилось.

Октябрьская революция 1917 года повлекла кардинальные изменения всех сторон жизни общества. Подход к правовому регулированию средств индивидуализации был коренным образом пересмотрен. Декрет СНК от 15 августа 1918 года «О пошлине на товарные знаки» предписывал перерегистрировать в Народном комиссариате торговли и промышленности все свидетельства на товарные знаки, выданные до революции. И хотя декрет был издан не в отмену дореволюционных знаков, а лишь в «изменение и дополнение»⁴, товарные знаки, не прошедшие перерегистрацию, утрачивали силу. Правом на сохранение за собой товарных знаков воспользовались

¹ Там же. С. 48.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Десятое издание. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1912. С. 434.

³ Удинцев Вс. Указ. соч. С. 239.

⁴ Раевич С.И. Исключительные права: Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. – Л.: Госиздат, 1926. С. 11.

примерно полсотни владельцев знаков, что было вполне понятным: «Русские коммерсанты и фабриканты, в связи с прогрессом национализации, имели мало стимулов заботиться о товарных знаках; иностранцы же были отрезаны от Советской России войной, блокадой и разрывом сношений»¹. В дальнейшем регистрация товарных знаков и вовсе прекратилась².

В июле 1919 года ВСНХ принял постановление «О товарных знаках государственных предприятий», которое запретило государственным предприятиям использовать старые знаки, принадлежавшие предприятиям до их национализации. Новые товарные знаки носили «чисто справочный характер»³: они должны были быть простого образца и небольшого масштаба, содержать в себе наименование предприятия и подлежащего отдела или главка ВСНХ, а также изображение государственного герба. Использование обозначений, тождественных или сходных с товарными знаками государственных предприятий, влекло уголовное наказание, а сами товары подлежали конфискации. Последовавший за этим период военного коммунизма с нормированным распределением товаров ликвидировал потребность в товарных знаках.

Первый советский закон о товарных знаках появился почти одновременно с Гражданским кодексом РСФСР – в 1922 году. Декрет СНК РСФСР от 10 ноября 1922 года «О товарных знаках» и дополнивший его Декрет СНК РСФСР от 18 июля 1923 года «О товарных знаках» составили правовую базу регулирования прав на товарные знаки на многие десятилетия. Первый из них отменил действие упоминавшихся выше Декрета СНК от 15 августа 1918 года «О пошлине на товарные знаки» и постановления ВСНХ «О товарных знаках государственных предприятий», а также иных нормативных актов, касающихся товарных знаков и изданных до 10 ноября 1922 года.

Декрет СНК РСФСР от 10 ноября 1922 года «О товарных знаках» определял конкретные виды товарных знаков: клейма, пломбы, тавро, метки, этикетки, ярлыки, обложки, рисунки, девизы, оригинальные слова, сочетание и начертание их. Таким образом, Россия вслед за другими европейскими странами признала возможность охраны словесных знаков. Из дореволюционного законодательства была воспринята норма о обязательном включении в товарный знак обозначение фирмы предприятия и его местонахождения. Товарные знаки могли применяться на самом товаре или на его упаковке. Декрет также содержал требования, которым должен был удовлетворять товарный знак, в частности, вводился запрет на контрреволюционные и порнографические знаки, а также знаки, содержащие ложные или способные ввести в заблуждение сведения.

Товарные знаки подлежали регистрации в отделе товарных знаков комитета по делам изобретений при ВСНХ, что являлось условием

¹ Там же. С. 12.

² Там же.

³ Нефедова Л.Д. Товарные знаки и их роль в управлении качеством продукции. – М., 1982. С. 8.

возникновения исключительного права на знак, сведения о регистрации публиковались в официальном печатном органе ВСНХ – «Торгово-промышленной газете». Таким образом, указанный закон, в отличие от дореволюционного, признавал статус товарного знака только за зарегистрированными обозначениями. Декрет также содержал нормы о порядке оспаривания прав на товарные знаки, основаниях прекращения исключительных прав на них и некоторые иные вопросы.

Таким образом, уже в первые годы Советской власти правовая охрана товарных знаков осуществлялась на основе достаточно развитого законодательства, вызванного объективными причинами – началом новой экономической политики. Следует отметить, что Декрет от 10 ноября 1922 года «О товарных знаках» стал не только первым декретом об исключительных правах, но и одним из первых декретов по гражданскому законодательству вообще¹.

Что касается фирменных наименований, то в первые годы Советской власти этот объект также не был избалован вниманием законодателя. В Гражданском кодексе РСФСР 1922 года содержались нормы о требованиях к структуре фирменных наименований товариществ, акционерных обществ, государственных предприятий. Некоторые правила содержались в подзаконных актах, например, в Декрете ВЦИК и СНК РСФСР от 10 апреля 1923 года «О государственных промышленных предприятиях, действующих на началах коммерческого расчета (трестах)» содержались требования к фирме треста.

Однако уже в 1927 году был принят первый и по настоящее время единственный закон, полностью посвященный фирменным наименованиям, – Положение о фирме, утвержденное Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР 22.06.1927 года. Значение Положения о фирме для «фирменного» законодательства переоценить трудно: этот акт стал единственным законом, определившим на несколько десятилетий понятие фирмы, ее структуру, требования к фирменному наименованию, содержание права на фирму, порядок отчуждения и прекращения права на фирму.

Права на товарные знаки и фирменные наименования охранялись не только гражданским законодательством. Статья 178 Уголовного кодекса РСФСР (в ред. 1926 года) признавала преступлением «самовольное пользование в целях недобросовестной конкуренции чужим товарным, фабричным или ремесленным знаком, рисунком, моделью, а равно чужой фирмой или чужим наименованием», хотя законодательство того времени не знало ни фабричных, ни ремесленных знаков. Несогласованность уголовной нормы с положениями о правовой охране соответствующих объектов исключительных прав дополнялись также отсутствием указания на зарегистрированность указанных объектов и наличием цели преступления в

¹ Раевич С.И. Указ. соч. С. 13.

виде недобросовестной конкуренции, что подвергалось серьезной критике в литературе¹.

Вплоть до начала рыночных преобразований конца 1980-х – начала 1990-х годов Положение о фирме оставалось единственным источником законодательства о фирменных наименованиях. Статья 29 Гражданского кодекса РСФСР 1964 года² устанавливала, в частности, что права и обязанности хозяйственных организаций, связанные с использованием фирменным наименованием, определяются законодательством Союза ССР. В рассматриваемый период времени законодательство Союза ССР в этой области состояло только из Положения о фирме, и уже тогда некоторые специалисты отмечали, что «многие нормы положения о фирме 1927 года устарели либо утратили силу»³.

Единственное изменение, произошедшее в правовой охране фирменных наименований за этот период – отмена уголовной ответственности за нарушение прав на фирменное наименование, так как Уголовный кодекс РСФСР 1960 года⁴, в отличие от своего предшественника, не называл фирму объектом посягательства.

Статичности законодательства о фирменных наименованиях противостоит постоянное развитие нормативно-правовой основы охраны товарных знаков. В сентябре 1934 года было принято постановление СНК СССР «Об упорядочении дела регистрации товарных знаков», в марте 1936 года – постановление ЦИК и СНК СССР «О производственных марках и товарных знаках», которыми была введена обязательная маркировка продукции производственными марками и факультативная – товарными знаками. Обязательная маркировка товаров производственными марками была введена для усиления ответственности предприятий за качество выпускаемых ими изделий и обеспечения покупателю возможности выбора продукции хорошо зарекомендовавших себя предприятий⁵. Товарному знаку отводилась рекламная функция, что следовало из п. 4 указанного постановления 1936 года. Также этим постановлением вводилась обязательная маркировка товарными знаками некоторых видов товаров, устанавливаемых Народным комиссариатом внутренней торговли в отношении товаров народного потребления и Народным комиссариатом тяжелой промышленности в отношении машин и оборудования. Регистрация товарных знаков также осуществлялась различными наркоматами в зависимости от видов продукции, для которых знак регистрировался.

В 1940 году постановлением СНК СССР «О регистрации товарных знаков» функции по регистрации передавались Народному комиссариату торговли СССР, при котором было создано Бюро регистрации товарных

¹ См.: Венецианов М. Ответственность за пользование чужим товарным знаком, промышленным образцом и фирмой // Ежедневник советской юстиции. 1927. № 18. С. 534.

² Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 406.

³ Рубежов Г. О фирме и товарном знаке // Социалистическая законность. 1966. № 12. С. 42.

⁴ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1960. № 40. Ст. 591.

⁵ Нефедова Л.Д. Указ. соч. С. 10.

знаков. Были также уточнены требования к заявке на регистрацию товарного знака: в ней должен был быть указан способ применения товарного знака (непосредственно на самом товаре, на упаковке или иным путем), а также размеры товарного знака.

Бурное развитие законодательства о товарных знаках началось в 60-х годах XX века. Статья 12 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 08.12.1961 года указывала на право хозяйственных организаций иметь товарный знак¹. 16.02.1962 года принимается постановление Совета Министров СССР «Об улучшении производственной маркировки товаров народного потребления», а 15.05.1962 года – постановление Совета Министров СССР «О товарных знаках», обязавшее государственные, кооперативные и общественные предприятия и организации помещать на выпускаемых ими изделиях или их упаковке товарные знаки, зарегистрированные в Комитете по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР (п. 1 постановления от 15.05.1962 года). Исключение из обязательного использования товарных знаков было сделано в отношении товаров, которые освобождались от всех видов маркировки. Новшеством также являлось введение лицензионной передачи прав на товарные знаки (п. 6 указанного постановления). Приказом Комитета по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР от 16.02.1968 года была утверждена Инструкция по регистрации договоров о переуступке патентов и выдаче лицензий на изобретения и промышленные образцы, переуступке права исключительного пользования и выдаче лицензий на товарные знаки.

Впервые отечественное законодательство признало возможность использования знаков обслуживания, установив необходимость их регистрации в Комитете по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР и приравняв знаки обслуживания к товарным знакам (п. 5 постановления от 15.05.1962 года «О товарных знаках»). Хотя, строго говоря, равенство в правовом отношении между товарными знаками и знаками обслуживания подрывалась уже самим закреплением обязанности использовать товарный знак и права использовать знак обслуживания.

В развитие Постановления Совета Министров СССР «О товарных знаках» Государственным комитетом по делам изобретений и открытий СССР 23.06.1962 года было утверждено Положение о товарных знаках (далее – Положение 1962 года).

Положение о товарных знаках от 23.06.1962 года довольно подробно регулировало всю совокупность отношений, связанных с товарными знаками и знаками обслуживания. В частности, Положение 1962 года определяло понятие товарного знака и знака обслуживания, устанавливало требования к знакам, порядок государственной регистрации знаков, в том числе состав заявочных материалов, порядок проведения экспертизы, содержание исключительного права на товарный знак, срок действия свидетельства на

¹ Аналогичная норма была затем воспроизведена в ст. 29 Гражданского кодекса РСФСР 1964 года.

товарный знак и знак обслуживания, порядок продления срока действия свидетельства, порядок заключения лицензионного договора, основания прекращения исключительного права на товарный знак. При этом Положение 1962 года не содержало норм, допускающих возможность обжаловать правомерность выдачи свидетельства на товарный знак. Иностранцы пользовались правами, предусмотренными Положением 1962 года, на началах взаимности (п. 27 указанного Положения).

08.01.1974 года Государственным комитетом по делам изобретений и открытий Совета Министров СССР утверждается новое Положение о товарных знаках (далее – Положение 1974 года). Необходимость принятия нового положения вызывалась, в частности, присоединением СССР к Конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 года.

Положение 1974 года запрещало использование обозначений до их регистрации в качестве товарных знаков. Пункт 13 Положения полностью распространял его действие на знаки обслуживания, в том числе и в вопросах использования, хотя п. 7 указанного акта говорил об обязанности использовать товарный знак и о праве использовать знак обслуживания.

Иностранцы должны были вести дела по регистрации в СССР товарных знаков через Торгово-промышленную палату СССР (п. 12 Положения 1974 года). Регистрация товарных знаков советских предприятий за границей также осуществлялась через Торгово-промышленную палату СССР в соответствии с Указаниями о порядке регистрации советских товарных знаков за границей от 08.01.1974 года. Появилась возможность оспаривания регистрации товарного знака и правильности выдачи свидетельства.

Несмотря на ужесточение законодательных требований по использованию и регистрации товарных знаков, а также запрета на использование незарегистрированных обозначений, большинство советских предприятий не имели товарного знака или использовали незарегистрированные обозначения¹, что даже в советское время официально объяснялось вполне объективными причинами: системой распределения различных групп товаров, которая зачастую делала в принципе ненужным само использование товарного знака². Таким образом, относительно развитое законодательство советского времени в силу отсутствия реальной конкуренции и иных экономических причин в большей части оставалось невостребованным. Принятые в 60-70-х годах XX века нормативные акты, касающиеся товарных знаков, действовали до начала коренных экономических преобразований.

Конец 80-х годов ознаменовался ломкой сложившихся в советском обществе отношений, прежде всего, отношений экономических, что могло не сказаться на содержании законодательства.

¹ Адуев А. Товарный знак и его правовая охрана // Советская юстиция. 1971. № 19. С. 18.

² Дозорцев В. Функции товарного знака и его правовой режим // Хозяйство и право. 1978. № 1. С. 47.

1990 год характеризуется резким изменением законодательства в сфере хозяйствования. Закон РСФСР от 24.12.1990 года «О собственности в РСФСР»¹ стал основой нормативной базы в сфере вещных прав на имущество, закрепив за Гражданским кодексом РСФСР статус субсидиарно применяемого источника в этой области. Абзац 1 п. 4 ст. 2 закона относил к объектам права собственности, в том числе, «продукты интеллектуального и творческого труда». Следующий абзац того же пункта закреплял: «Объектами интеллектуальной собственности являются произведения науки, литературы, искусства и других видов творческой деятельности в сфере производства, в том числе открытия, изобретения, рационализаторские предложения, промышленные образцы, программы для ЭВМ, базы данных, экспертные системы, ноу-хау, торговые секреты, товарные знаки, фирменные наименования и знаки обслуживания».

Таким образом, российское законодательство в тот период встало на проприетарные позиции в отношении исключительных прав. Вряд ли это была до конца продуманная законодательная концепция, так как закон о собственности принимался в условиях дефицита времени. Осознавая необходимость закрепления на законодательном уровне прав на интеллектуальную собственность и не найдя возможности принять специальный законодательный акт, парламентарии сочли необходимым включение в закон о собственности положений, касающихся собственности интеллектуальной. О непроработанности указанной нормы закона говорит включение в число самостоятельных объектов интеллектуальной собственности рационализаторских предложений, которые либо относятся к ноу-хау (торговым секретам), либо вообще не могут являться объектами исключительных прав, а также экспертных систем, не называемых в качестве объекта интеллектуальной собственности ни в международных договорах, ни в иных законодательных актах России (кроме анализируемого закона).

Принятие Закона РСФСР «О собственности в РСФСР» ознаменовало начало перехода всей полноты регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности к ведению России, так как ранее все законодательство в сфере исключительных прав принималось на уровне Союза ССР, а в актах РСФСР (например, в ГК РСФСР 1964 года) исключительные права только упоминались, при этом делалась ссылка на регулирование этих вопросов союзным законодательством.

Закон РСФСР от 25.12.1990 года № 445-І «О предприятиях и предпринимательской деятельности»², хотя и не содержал терминов «фирма» или «фирменное наименование», устанавливал необходимость включения в наименование всех субъектов предпринимательской деятельности указания на организационно-правовую форму, а в отношении товариществ – также и указания на имя минимум одного участника полного товарищества или соответственного действительного члена смешанного товарищества (ст.ст. 6-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1990. № 30. Ст. 416.

² Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

13 Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности»). Так как указанный закон касался деятельности субъектов предпринимательства, под наименованиями здесь фактически имелись в виду фирменные наименования, в связи с чем непонятно отступление законодателя от сложившейся терминологии.

Законом РФ от 21.04.1992 года № 2708-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики»¹ была изложена в новой редакции глава 5 «Права и свободы человека и гражданина» Конституции Российской Федерации. Часть 1 ст. 60 конституции гласила: «Свобода художественного, научного и технического творчества, исследований и преподавания, а также интеллектуальная собственность охраняются законом». Сама статья 60 конституции текстуально воспроизводила ст. 29 Декларации прав и свобод человека и гражданина, утвержденной Постановлением Верховного Совета РСФСР от 22.11.1991 года № 1920-1². Таким образом, впервые в истории России интеллектуальная собственность получила признание и защиту на уровне основного закона страны.

Следующим этапом развития законодательства об охране фирменных наименований, товарных знаков и знаков обслуживания стало принятие Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 года³ (далее – Основы). Статьи 148 и 149 Основ, посвященные рассматриваемым объектам, были помещены в раздел V «Право на изобретение и другие результаты творчества, используемые в производстве».

Статья 148 Основ установила государственную охрану прав на зарегистрированный товарный знак (знак обслуживания), полномочия правообладателя (в том числе, по выдаче лицензии на товарный знак), десятилетний срок охраны товарного знака. Действие правовой охраны товарного знака распространялось на всю территорию СССР, подтверждалось действие международной регистрации товарных знаков в соответствии с международными договорами, устанавливались санкции за нарушение прав на товарный знак. Указанная статья содержала отсылку на Закон СССР о товарных знаках и знаках обслуживания, который был принят 03.06.1991 года⁴, но так и не вступил в силу в связи с распадом СССР.

Статья 149 Основ закрепила порядок государственной регистрации фирменных наименований путем включения в государственный реестр юридических лиц, исключительное право юридического лица на зарегистрированное фирменное наименование, а также ответственность за незаконное использование чужого фирменного наименования.

¹ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации (далее – Ведомости СНД и ВС РФ). 1992. № 20. Ст. 1084.

² Ведомости СНД и ВС РФ. 1991. № 52. Ст. 1865.

³ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР (далее – Ведомости СНД и ВС СССР). 1991. № 26. Ст. 733.

⁴ Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 30. Ст. 864.

Формально Основы не вступили в силу в связи с распадом СССР, однако стали применяться на территории России с 03.08.1992 года на основании Постановления Верховного Совета РФ от 14.07.1992 года № 3301-I «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы»¹ и дополнившего его Постановления Верховного Совета РФ от 03.03.1993 года № 4604-I «О некоторых вопросах применения законодательства Союза ССР на территории Российской Федерации»².

Принятие Закона Российской Федерации от 23.09.1992 года № 3520-I «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»³ и части первой Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 года № 51-ФЗ⁴ ознаменовало начало современного этапа развития законодательства о товарных знаках и фирменных наименованиях, рассмотрение которого является предметом самостоятельного исследования.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Лазуткина С.М. – преподаватель кафедры административного и финансового права

Целью экономических реформ в Российской Федерации является создание эффективной экономики, обеспечивающей высокий уровень и качество жизни населения; достойное участие государства в мировом экономическом сообществе. Важным инструментом достижения указанных целей является малое предпринимательство.

Малое предпринимательство - неотъемлемый элемент современной рыночной системы хозяйствования, без которого экономика и общество в целом не могут нормально существовать и развиваться.

Сфера малого бизнеса в Российской Федерации в значительной степени способствует формированию конкурентной среды, установлению рыночного равновесия. Развитие малого предпринимательства в России является важным фактором, обеспечивающим экономический рост и занятость населения.

Сегодня почти треть населения, так или иначе, связана с малым предпринимательством. Малый бизнес институционально утвердился как важная составляющая российской экономики, выполняющая целый ряд как социальных, так и хозяйственных функций. Сейчас в России функционирует

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1800

² Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 11. Ст. 393.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2322.

⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

около 9 млн. хозяйствующих субъектов, причем на долю предприятий с численностью занятых до 250 человек приходится более 90% от общей численности всех предприятий России и почти половина по отношению к соответствующей суммарной величине объема выручки и общей занятости¹.

Что касается г.Оренбурга, то в настоящее время в нем функционирует свыше 3700 объектов торговли, общественного питания и бытового обслуживания. В 2005 году их общий рост составил 17,8%. Сегодня в этой сфере труда занята практически треть трудоспособных горожан².

Статья 34 Конституции Российской Федерации³ гарантирует каждому гражданину право на использование своих способностей и имущества для предпринимательской или иной не запрещенной законом экономической деятельности. Все органы государственной власти обязаны обеспечивать и соблюдать в своей деятельности права предпринимателей и свободу предпринимательства.

Целью государственного регулирования предпринимательского сектора в странах с рыночной экономикой, а также в странах, которые находятся в состоянии экономической трансформации, является стимулирование предпринимательской активности населения через создание благоприятной деловой среды.⁴ Данный фактор в становлении в Российской Федерации предпринимательства был определен и в Указе Президента Российской Федерации от 23.07.2003г. №824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003-2004 годах»⁵.

Использование административного воздействия в процессе государственного регулирования призвано решать, на наш взгляд, такие важные задачи, как обеспечение равных условий хозяйствования и развитие конкурентной среды; повышение ответственности субъектов предпринимательства за результаты хозяйственной деятельности; устранение правовых, административных, экономических и организационных препятствий на пути развития предпринимательства; защита потребителей от некачественных товаров и услуг.

Однако, «... в российской действительности положительные моменты государственного регулирования – в силу слабости как самого государства, так и сдерживающего его чрезмерные притязания гражданского общества – выражены недостаточно, тогда как негативные превратились в особую группу факторов, препятствующих нормальному развитию малого предпринимательства»⁶.

¹ Шестоперов О.М., Литвак Е.Г., Шеховцов А.О., Буев В.В. Развитие политики дерегулирования и устранения административных барьеров на муниципальном уровне. - М., 2005. С. 13.

² Ответ господину Фролову от членов Общественного совета предпринимателей при главе города Оренбурга// Аргументы и факты в Оренбуржье. № 5. 2006. С. 8.

³ Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 года). – М., 1993.

⁴ Шанцев В. Проблемы административных барьеров в развитии малого предпринимательства и пути их разрешения. // «Бизнес для всех». Март, 2000. С.21.

⁵ СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3046.

⁶ Малое предпринимательство в России: состояние, проблемы, перспективы. - М.: Институт предпринимательства и инвестиций. 1999. С. 69.

Как следствие неэффективной деятельности структур государственного регулирования и контроля возникают специфические трудности развития бизнеса, которые принято называть административными барьерами.

Административные барьеры не просто являются препятствием на пути развития бизнеса и предпринимательства, но и создают иную государственную проблему, так как «обычной реакцией малых предприятий на административные барьеры является уход в «теневую» экономику с целью снижения транзакционных издержек и «бюрократических рисков»¹. Уже в июле 1998 года Правительство Российской Федерации констатировало «... в малом предпринимательстве усилилась тенденция ухода в «теневой» сектор, уменьшается количество постоянно занятых на малых предприятиях и средняя численность этих предприятий. Значительная часть зарегистрированных малых предприятий так и не приступает к хозяйственной деятельности. В этих условиях особо остро стоит вопрос о более эффективной политике государства по отношению к малому предпринимательству»².

Специалисты, занимавшиеся подсчетом размера оборота «теневой» экономики, приходят к единому мнению, что размер этого оборота в России составляет не менее 40% от валового национального продукта. Проведенный опрос участников II Всероссийского съезда представителей малых предприятий позволил выявить мнение участников о численности малых предприятий, которые, по их мнению, находятся в сфере теневой экономики их региона. 20% опрошенных считают, что это незначительная часть малых предприятий, 7% - каждое пятое, 10% - каждое десятое, 7% - каждое второе, 37% - большинство. Только каждый пятый из опрошенных не смог ответить на поставленный вопрос³.

Понятие «административные барьеры» в сфере развития предпринимательства возникло сравнительно недавно. Сам термин на государственном уровне находит отражение в указах Президента РФ и его ежегодных посланиях к Федеральному Собранию РФ о положении в стране, предусмотренных статьей 84 Конституции РФ. Так, в Указе от 26.06.1998г. №730 «О мерах по устранению административных барьеров при развитии предпринимательства»⁴ Президент РФ дает поручение Правительству РФ «...принять необходимые меры к устранению административных барьеров». Однако в ранее принятых нормативно-правовых актах данный термин не встречается, а позднее в Указе Президента РФ от 23.07.2003г. №824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003-2004 годах»⁵ он заменяется такими понятиями как «вмешательство государства в

¹ Там же. С. 70.

² Постановление Правительства Российской Федерации от 3 июля 1998 года №697 «О Федеральной программе государственной поддержки малого предпринимательства в Российской Федерации на 1998-1999 годы». – СЗ РФ. 1998. № 28. Ст. 3355.

³ II Всероссийский съезд представителей малых предприятий / Документы и материалы съезда. - М., 1999. С. 70.

⁴ СЗ РФ. 1998. №21. Ст.1216.

⁵ СЗ РФ. 2003. №30. Ст.3046.

экономическую деятельность субъектов предпринимательства», «избыточное государственное регулирование».

Поэтому представляется обоснованным обратиться для осмысления проблемы к теоретическим и практическим наработкам, анализ которых позволит решить в рамках статьи ряд задач: выявить сущность и содержание административных барьеров и дать понятие обозначенной теоретико-практической категории с позиции административиста.

До настоящего времени научной проработки вопросов по проблеме «административные барьеры» не проводилось. В материалах конференций, симпозиумов на которых рассматривались вопросы предпринимательской деятельности субъектов малого предпринимательства «административные барьеры» определялись как «специфические трудности развития бизнеса, обусловленные несовершенством государственного регулирования и контроля либо сознательным ущемлением интересов малого предпринимательства со стороны государственных органов и отдельных чиновников»¹, или как «субъективные для малого бизнеса «барьеры входа» на рынок, вызванные прежде всего тем, что действующие правила и механизмы государственного регулирования хозяйственной деятельности «настроены» на относительно невысокие темпы подготовки и принятия решений (бюрократические принципы работы) и оплату из собственных средств бизнесменов труда бюрократов, создающих эти барьеры (которые требуется затем преодолевать бизнесменам самостоятельно)»². В целом «административные барьеры» у субъектов малого предпринимательства ассоциируются с процедурами регистрации, лицензирования, контроля и т.п.

Анализ нормативных правовых актов позволяет констатировать только одно правовое понятие административных барьеров.

В соответствии с Указом Президента РФ от 13.05.2000г. «О полномочном представителе Президента Российской Федерации в Федеральном округе»³ с этого периода начал действовать институт Полномочного представителя Президента РФ в Федеральном округе и институт Главного федерального инспектора и Федерального инспектора по субъектам Российской Федерации, одна из целей деятельности которых – обеспечение диалога населения и власти. В рамках данной программы при аппарате Главного Федерального инспектора по Кемеровской области в этот период была создана межведомственная комиссия по преодолению административных барьеров при развитии предпринимательства. В пункте 2.1 Положения о межведомственной комиссии по преодолению административных барьеров при развитии предпринимательства в Кемеровской области⁴ определено: административные барьеры – «это действия органов исполнительной власти, выраженные в виде принятия

¹ Малое предпринимательство в России: состояние, проблемы, перспективы. – М.: Институт предпринимательства и инвестиций. 1999. С. 79.

² Материалы Форума по развитию предпринимательства и предприятий в Российской Федерации. С. 19.

³ СЗ РФ. 2000. № 38. Ст.3781.

⁴ См. Постановление Администрации Кемеровской области от 16 марта 2000 года № 17.

нормативных, распорядительных документов, противоречащих действующему законодательству и нормативным актам Российской Федерации, а также связанные с злоупотреблением и превышением своих полномочий при проведении ими контроля и надзора за деятельностью субъектов предпринимательства»

С изложенным определением можно согласиться с определенным уточнением ряда его положений.

1. Как представляется изначально необходимо основываться на толковании слов «администрация» и «барьер». «Администрация» - «органы управления исполнительной власти, а также вообще власти»¹. «Барьер» – «преграждение, препятствие для чего-нибудь»².

2. Полагаем, что применительно к проблеме исследования речь должна идти об искусственно созданных и создаваемых препятствиях, ущемляющих права и интересы субъектов малого предпринимательства.

3. Как следует из определения, под административными барьерами понимаются «действия органов исполнительной власти». Важно отметить, что речь идет о «действиях» выходящих за пределы компетенций или полномочий должностных лиц и осуществляемых в отношении хозяйствующих субъектов малого предпринимательства в течение всего времени осуществления ими предпринимательской деятельности.

Исследования показывают, что нередки ситуации, когда должностные лица органов исполнительной власти «бездействуют», то есть не принимают мер по устранению существующего, но противоречащего законодательству Российской Федерации, административного барьера, либо искусственно создают новый барьер.

В.П. Евтушенков определяет административные барьеры, как «формально обязательные правила ведения хозяйственной деятельности на рынках товаров и услуг, устанавливаемые органами государственной власти и местного самоуправления, частные издержки, от введения которых для хозяйствующего субъекта, подпадающего под их действие, превышают его частные выгоды»³. Представляется, что данное определение имеет скорее экономическую направленность.

Гражданский юрист В.И. Крусс вслед за В.П. Грибановым⁴ взамен термина «административные барьеры в предпринимательской деятельности» вводит более узкое понятие «злоупотребление правом»⁵ и указывает, что «любая власть сопряжена с возможностью (и искушением) использовать право в своих интересах. Такой подход к созданию нормативных правовых актов во всяком случае (если речь не идет о государственной тайне или национальной безопасности) нельзя расценить иначе, как злоупотребление правом»⁶.

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1996. С. 17.

² Там же. С. 34.

³ Евтушенков В.П. Снижение административных барьеров. - М., 2004. С. 43.

⁴ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд. - М., 2001. С.20.

⁵ Крусс В.И. Право на предпринимательскую деятельность – конституционное полномочие личности/ Отв. ред. С.А. Авакьян. - М.: Юрист, 2003. С. 601.

⁶ Там же. С. 604.

Представляется, что определение административного барьера с точки зрения злоупотребления правом не в полной мере раскрывает содержание указанного феномена, необходимо учитывать и злоупотребление обязанностями (неисполнение обязанностей).

По нашему мнению, в связи с этим корректным можно считать вывод о том, что сущность административных барьеров заключается в юридическом закреплении реальных результатов взаимодействия (противостояния) чиновника и предпринимателя на современном этапе.

Содержание административных барьеров заключается в приемах и способах сдерживания предпринимательства как одного из «могильщиков» административно-командной системы управления и в приемах и способах обогащения представителей различных уровней государственной и муниципальной власти.

Изложенное, как нам представляется, позволяет дать следующее определение административным барьерам в предпринимательской деятельности: это совокупность приемов и способов, с помощью которых органы государственного и муниципального управления самостоятельно или в лице государственных и муниципальных служащих противодействуют (в прямой или иной форме) формированию рыночной экономики, становлению в Российской Федерации гражданского общества, реализации прав и свобод человека и гражданина, законным экономическим интересам физических и юридических лиц.

В становлении в Российской Федерации такого явления как «административные барьеры» нередко выделяют два основных фактора: объективный и субъективный¹.

Одним из объективных факторов столь стремительного развития административных барьеров в предпринимательской деятельности, нередко рассматривают неправомерное применение мер административной ответственности.

Законодательное определение административной ответственности отсутствует, поэтому существуют различные трактовки указанного понятия, но в целом, по мнению В.К.Андреева, Л.В.Андреевой, И.В.Ершовой, Е.Н.Ефименко², Ю.М.Козлова³, О.М.Олейник⁴, Л.Л.Попова⁵, данная правовая категория является важным средством обеспечения законности, в том числе во взаимоотношениях органов государственного управления и предпринимателей.

¹ Хакамада И.М. Интернет- конференция Заместителя Председателя Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации Хакамада Ирины Муцуновны «Развитие малого бизнеса в России» // Законодательство. 2003. №3. С. 27-42; Гаджиев Г.А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. – М., 1998; Маслаев А.И. Современные проблемы хозяйственного (предпринимательского) права // Государство и право. 1996. № 4. С. 63.

² Андреев В.К., Андреева Л.В., Ершова И.В., Ефименко Е.Н. В кн. Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2 томах. Под ред. О.М. Олейник. Т.1. -М.: Юристь, 1999.

³ Козлов Ю.М. Административное право: Учебник. - М.:Юристь, 1999.

⁴ Олейник О.М.В кн. Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2 томах. Под ред. О.М. Олейник. Т.1. -М.: Юристь, 1999.

⁵ Попов Л.Л. Административное право: Учебник. - М.: Юристь, 2005.

Нам представляется, что она обеспечивает в указанной сфере «защиту личности, охрану прав и свобод человека и гражданина, охрану здоровья граждан, санитарно-эпидемиологического благополучия населения, защиту общественной нравственности, охрану окружающей среды, установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка и общественной безопасности, собственности, защиту законных экономических интересов физических и юридических лиц, общества и государства, а также предупреждение административных правонарушений»¹.

Поэтому законодательство об административных правонарушениях предусматривает две группы общественных отношений, которые охраняются мерами административной ответственности.

Первая группа общественных отношений – специальная. Это отношения собственно в области предпринимательской деятельности, предусмотренные главой 14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и статьями 43-45 Закона Оренбургской области от 01.10.2003г. № 489/55-111-03 с последующими изменениями и дополнениями «Об административных правонарушениях в Оренбургской области»².

Вторая группа общественных отношений – общая. Это отношения в других областях государственного управления с участием предпринимателей: охрана здоровья, санитарно-эпидемиологического благополучия населения и общественной нравственности (например, ст.ст. 6.2, 10.8, 11.10 КоАП РФ); охрана окружающей среды (например, ст.ст. 8.3, 8.4 КоАП РФ); установленного порядка осуществления государственной власти (например, ст.ст. 17.3, 18.10, 19.4, 21.1 КоАП РФ); собственности (например, ст.ст. 7.1, 7.10 КоАП РФ); защиты законных экономических интересов физических и юридических лиц (например, ст. 19.9 КоАП РФ) и т.д.

Необходимо отметить, что административно-правовые нормы, с помощью которых охраняются общественные отношения второй группы, содержатся и в Законе Оренбургской области «Об административных правонарушениях в Оренбургской области»: охрана прав граждан, здоровья населения и общественной нравственности (например, ст.7); охрана собственности и объектов культурного наследия (например, ст.ст.12, 13, 15, 17, 18); охрана окружающей природной среды и природопользования (например, ст.ст.19, 20); охрана сферы жилищно-коммунального хозяйства и благоустройства (например, ст.ст. 20, 22, 23, 24, 26, 28, 29); охрана в сфере транспорта (например, ст.41).

Анализ статей КоАП РФ и Закона Оренбургской области «Об административных правонарушениях в Оренбургской области» позволяет выделить составы правонарушений в области предпринимательской

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 г. № 195-ФЗ. СЗ РФ. 2002. № 1. Ст.1.

² Газета «Южный Урал» от 28 октября 2003г. № 210.

деятельности соответственно 45 и 3, а с участием предпринимателей – 147 и 18.

Иными словами это те правонарушения, за которые суды, иные органы и должностные лица могут налагать на предпринимателей административные наказания. В то же время законодательство РФ об административных правонарушениях предусматривает всего 4 состава, за которые могут быть привлечены к административной ответственности должностные лица органов, осуществляющих государственную регистрацию, лицензирование, контроль и надзор в сфере предпринимательской деятельности: «Нарушение законодательства о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (ч.1 ст.14.25 КоАП РФ); «Самоуправство» (ст.19.1 КоАП РФ) и «Нарушение сроков рассмотрения заявлений (ходатайств) о предоставлении земельных участков или водных объектов» (ч.1 и 2 ст.19.9 КоАП РФ).

Закон Оренбургской области «Об административных правонарушениях в Оренбургской области» подобных норм не предусматривает.

Изучение правоохранительной практики по делам об административных правонарушениях по указанным статьям КоАП РФ с участием предпринимателей в Оренбургской области за 2005 год не выявило ни одного случая привлечения должностных лиц исполнительных органов власти к административной ответственности. В то же время только Арбитражным судом Оренбургской области за этот же год отменено свыше 800 постановлений о привлечении индивидуальных предпринимателей к административной ответственности.

Нам представляется, что подобное положение неминуемо приводит к желанию чиновника из «хороших» побуждений («Радею за государство», «Забочусь о здоровье граждан» и т.п.) или личных интересов превратить федеральное законодательство и законодательство субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях из инструмента защиты личности, общества и государства в административный пресс на предпринимательство.

Отталкиваясь от всего вышесказанного, мы можем предположить некоторые подходы к решению проблемы.

Например, применять меры, предусмотренные статьей 29.13 КоАП РФ, в каждом случае принятия решения второй инстанцией (судом, вышестоящим органом или должностным лицом) об отмене постановления о наложении административного наказания на индивидуального предпринимателя. Для чего дополнить статью 29.13 КоАП частью 2 (часть 2 считать при этом частью 3 названной статьи): «2. Судья, орган, должностное лицо, рассматривающее во второй инстанции постановление о наложении административного наказания, в случае его отмены на основании ст.2.9 либо за недоказанностью обстоятельств, на основании которых было вынесено постановление, либо вынесенное с превышением полномочий вносят в соответствующие государственные органы и органы местного

самоуправления представления о привлечении виновных к дисциплинарной или административной ответственности».

При указанном условии реально может «заработать» и другой институт противодействия административным барьерам в предпринимательской деятельности – привлечение государственных и муниципальных служащих к дисциплинарной ответственности вплоть до увольнения с государственной или муниципальной службы.

ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Шадрина Т.В. – зав. кафедрой трудового и предпринимательского
права, к.ю.н., доцент*

Экономический рост является важнейшей целью политики всех государств. В связи с этим встает вопрос о некотором универсальном «рецепте» обеспечения устойчивого долгосрочного экономического роста. Для экономистов политика роста означает усилия, направленные на увеличение производительности труда. Ведущая роль в этом принадлежит достижениям научно-технического прогресса. Именно поэтому все страны мира, стремясь к стабильному экономическому росту, обеспечивающему улучшение благосостояния населения, провозгласили наступившее третье тысячелетие эрой интеллектуальной собственности. Это означает, что существующая в России в течение длительного периода времени ориентация на использование национальных природных ресурсов должна быть заменена механизмом вовлечения в хозяйственный оборот объектов инновационной деятельности.

В настоящее время воздействие государства на инновационную деятельность представляет собой запутанный и сложный процесс. Его существенным недостатком является отсутствие согласованной прогностической программы предпринимаемых усилий и системности в деятельности. Попытаемся выявить способы и формы государственного воздействия на научно-технический прогресс. При этом под способом воздействия следует понимать набор приемов и методов, посредством которых государство регулирует те или иные процессы. Воздействие может быть директивным или экономическим, прямым или косвенным. Формой воздействия всегда являются государственные акты (нормативные или индивидуальные). В целом грань между разными способами весьма условна, поскольку в действительности происходит их переплетение, и вычленив в реальных мерах конкретный способ довольно сложно. С этих позиций к директивному или прямому воздействию можно отнести следующие меры:

1) создание специальных структур, занимающихся организационной деятельностью в сфере инноваций;

2) разработка целевых федеральных и местных научно-технических программ;

3) финансирование из бюджета различных научно-технических исследований и проектов в форме государственных субсидий, субвенций, государственных заказов и т.п.

Экономическим или косвенным воздействием следует признать те механизмы, которые позволяют государству стимулировать поведение участников инновационной деятельности, направлять их деятельность на достижение определенных целей. В мировой практике принято подразделять косвенное воздействие государства на налоговую, амортизационную, антимонопольную, патентную и кредитную политику. При этом нужно отметить, что современное отечественное законодательство содержит положения, которые могут служить базой для перехода от административных методов управления инновационной деятельностью к преимущественно экономическим. В частности, подтверждением нового подхода является введение в практику внутренних лицензионных соглашений о передаче прав на использование изобретений. Именно косвенные методы регулирования должны стать основой для разработки и реализации долгосрочных и среднесрочных программ экономического развития государства.

Согласно статье 3 Гражданского кодекса РФ Правительство РФ и иные федеральные органы исполнительной власти вправе принимать акты, содержащие нормы гражданского права, только на основании и во исполнение ГК, иных федеральных законов и указов Президента РФ. В связи с этим деятельность органов исполнительной власти РФ может строиться по трем основным направлениям:

1) совершенствование методов реализации прав и обязанностей, установленных законодательством об интеллектуальной собственности;

2) разработка и совершенствование законодательства об интеллектуальной собственности, включая работы по внесению изменений и дополнений;

3) закрепление прав федеральной собственности на объекты интеллектуальной собственности.

Указанная деятельность должна осуществляться в соответствии с компетенцией каждого федерального органа исполнительной власти. Скорейшая модернизация научно-технологического комплекса и инновационной системы – одна из задач, стоящих перед Правительством РФ. Стратегия и ключевые направления этой модернизации сформулированы в Основах политики Российской Федерации в области развития науки и технологий на период до 2010 года и на дальнейшую перспективу¹, утвержденных Указом Президента РФ от 30 марта 2002 года. Конкретные меры по реализации Основ политики предусмотрены в прямых поручениях министерствам и ведомствам.

¹ Официально опубликованы не были. Далее – Основы политики.

Основным инструментом государственной политики в области использования и правовой защиты результатов интеллектуальной деятельности служит нормативно-правовое регулирование инновационных процессов, которое призвано решить в первую очередь такие важнейшие вопросы, как распределение прав на результаты научно-технической деятельности и стимулирование участников инновационного процесса.

В законодательстве об интеллектуальной собственности, и в частности в Патентном законе РФ¹, имеются нормы, дающие возможность государству закреплять за собой права на объекты промышленной собственности, созданные при выполнении работ для федеральных государственных нужд по государственному контракту, а также по договорам с использованием государственных средств. В то же время в Патентном законе РФ еще раз подчеркивается уже провозглашенная ранее в Гражданском кодексе РФ возможность договорного метода регулирования отношений между государством и разработчиком научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по поводу охраноспособных объектов.

Однако вопрос распределения прав на результаты научно-технической деятельности, созданные за счет госбюджета, до сих пор окончательно не урегулирован, поскольку согласно действующим Постановлениям Правительства РФ от 2 сентября 1999 года № 982² и от 29 сентября 1998 года № 1132³ все права на такие результаты принадлежат государству в лице федеральных органов исполнительной власти, на которые возлагаются функции по вовлечению в хозяйственный оборот объектов инновационной деятельности путем передачи третьим лицам прав на их использование.

Интересы государства при решении вопросов государственной научно-технической политики обусловлены существенными затратами бюджета на НИОКР и значительной ценностью получаемых научно-технических результатов. Тем не менее, коммерческая ценность таких результатов проявляется только в случае их использования. Поэтому задача государства в научно-технической сфере должна состоять не в обладании правами как таковыми, а в активном освоении базирующихся на этих правах технологий для создания конкурентоспособной продукции и перехода к инновационной экономике, то есть экономике, основанной на знаниях. В связи с этим необходимо предоставить разработчикам свободу коммерческого использования созданных ими объектов при безусловном выполнении требований государства, в частности, в сфере обороны и национальной безопасности.

Именно игнорирование интересов разработчиков объектов инновационной деятельности стало одной из главных причин стагнации процесса коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. В настоящее время существуют две принципиально различные точки зрения о

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 42. Ст. 2319. С послед. изм. и доп.

² СЗ РФ. 1999. № 36. Ст. 4412. С послед. изм. и доп.

³ СЗ РФ. 1998. № 40. Ст. 4964. С послед. изм. и доп.

перспективах распоряжения государством своими правами на интеллектуальную собственность. По одной из них, защищаемой Министерством образования и науки РФ, исполнитель получает права на результаты научно-технической деятельности, созданные за счет средств государственного бюджета, на безвозмездной основе при условии, что эти объекты будут использованы в отечественной экономике. За Российской Федерацией закрепляются права на объекты инновационной деятельности, связанные с обеспечением обороны и безопасности страны. Позиция Минфина РФ сводится к еще большему ужесточению административного регулирования в вопросе закрепления и передачи прав на такие результаты, что поставит в неравные условия российских и зарубежных разработчиков технологий, создаст преференции иностранным исследователям, а российских разработчиков превратит в интеллектуальных доноров для зарубежных стран.

Мировой опыт показывает бесперспективность такого подхода, тем более что в настоящее время в России в хозяйственном обороте находится менее одного процента результатов научно-технической деятельности. Опыт США, Англии и других развитых стран свидетельствует, что активное вовлечение в хозяйственный оборот объектов инновационной деятельности, созданных за счет государственных средств, возможно только при максимальном закреплении прав интеллектуальной собственности за организацией-исполнителем или даже за отдельными физическими лицами. В результате этого в указанных странах введено в оборот до 70 процентов таких объектов. Так, например, в 1980 году правительство США финансировало 60 процентов академических исследований и владело 28 тысячами патентов, но лишь четыре процента из них были лицензированы промышленностью. После принятия Закона Стивенсона-Уайдлера, разрешившего федеральным лабораториям проводить совместные научно-исследовательские работы с частными фирмами и оформлять на эти фирмы патенты на получаемые совместно результаты, а также Закона Бай-Доула, предоставившего возможность приобретения прав на результаты научно-технической деятельности, созданные за счет средств федерального бюджета, негосударственными инвесторами, вкладывающими свои средства в коммерциализацию этих результатов, количество патентов увеличилось в десять раз. Буквально через два-три года университетами было создано 2200 фирм для коммерциализации научно-технических результатов. Вместо поглощения финансовых средств университеты и лаборатории стали генерировать их для американской экономики, создав 260 тысяч рабочих мест. Ежегодный доход бюджета США за счет оборота интеллектуальной собственности составляет теперь 40-50 миллиардов долларов.

Создание в России благоприятной инновационной среды невозможно без формирования рынка объектов инновационной деятельности и создания соответствующей инфраструктуры. Формирование рынка интеллектуальной собственности касается таких аспектов, как отражение затрат, связанных с

интеллектуальной собственностью, в структуре цены продукции, в том числе научно-технической. Для этого требуется внесение изменений в порядок амортизации нематериальных активов и стоимостной оценки объектов инновационной деятельности при их включении в состав нематериальных активов на разных стадиях жизненного цикла продукции и в уставный капитал новых структур.

В настоящее время основное содержание понятия «интеллектуальная собственность» при осуществлении хозяйственной деятельности отождествляется с понятием «исключительные права», что вытекает из существующей системы бухгалтерского учета нематериальных активов организаций. Удельный вес товаров, работ и услуг, выполненных с использованием объектов интеллектуальной собственности (научоемкая продукция), в хозяйственном обороте экономически развитых стран составляет около 9 процентов от общего объема мирового производства. К 2015 году объем производства наукоемкой продукции должен составить 12,5 процентов. Этот прогноз основан на статистике, свидетельствующей о стремительных темпах роста объема и доли нематериальных активов в хозяйственном обороте развитых стран. В России доля нематериальных активов по отношению к основным фондам не превышает 0,3 процентов, то есть на два порядка меньше, чем в развитых странах. Одна из причин этого заключается в том, что в соответствии с Положением по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов» (ПБУ 14/2000)¹ из состава нематериальных активов изъяты исключительные права, вытекающие из авторских и иных договоров на произведения науки, литературы и искусства, а также из лицензионных договоров, и права на секреты производства (ноу-хау). Хотя согласно Налоговому кодексу РФ (часть II, глава 25)² эти результаты интеллектуальной деятельности относятся к нематериальным активам.

Данный подход к содержанию интеллектуальной собственности не согласуется и с международной практикой в этой сфере. Принятая в международном сообществе трактовка интеллектуальной собственности является максимально широкой и охватывает не только сферу исключительных прав (авторские и патентные права), но и все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях (ст. 2 Стокгольмской конвенции).

Существующее же в нашей стране положение уменьшает объем результатов научно-технической деятельности, предназначенных для введения в хозяйственный оборот, и не позволяет эффективно увеличивать долю нематериальных активов в уставных фондах государственных унитарных предприятий и в уставных капиталах акционерных обществ. В результате складывается парадоксальная ситуация, когда стоимость нематериальных активов организаций научной сферы значительно меньше

¹ Экономика и жизнь. 2000. № 48.

² Собрание законодательства РФ. 2000. № 32. Ст. 3340, 3341. С послед. изм. и доп.

одного процента стоимости основных средств, то есть проведение научных исследований организациями не увеличивает стоимость их имущества и не повышает их привлекательности для инвесторов. Отсутствие возможности капитализации создаваемых результатов путем амортизационных отчислений от нематериальных активов лишает организации научной сферы способности самофинансирования за счет результатов их деятельности. Кроме того, в этом случае практически исключается легальный канал для введения в хозяйственный оборот прав на результаты научно-технической деятельности через постановку их на баланс законным правообладателем и через последующую легитимную передачу этих прав иным хозяйствующим субъектам в реальный сектор экономики.

Особо остро стоит вопрос о принципах налогообложения операций, связанных с использованием объектов интеллектуальной собственности. Представляется необходимым обеспечить перенос тяжести налогового бремени с операций в сфере науки и технологий в сферу товарного обращения, туда, где осуществляется продажа продукции, созданной на основе наукоемких технологий. Предполагается введение в практику «налоговых каникул» или «налогового кредита» для организаций и предпринимателей с освобождением их от выплаты налогов на начальном этапе реализации инновационного проекта за устанавливаемый фиксированный период времени. В качестве альтернативы возможно введение льгот по налогу на прибыль, как на начальном этапе инновационного цикла, так и в течение более длительного периода, если полученная прибыль расходуется на развитие производства. Авторские вознаграждения также необходимо включить в расходы, вычитаемые из доходов при определении налогооблагаемой базы по налогу на прибыль.

Для стимулирования деятельности изобретателей-служащих предлагается предусматривать в трудовых соглашениях компенсацию работнику за его согласие уступить работодателю права на созданное изобретение. С этой целью можно ввести единовременные выплаты вознаграждений работнику за каждое изобретение в размере одной-двух месячных заработных плат, либо фиксированные выплаты денежных сумм (от 100 до 500 долларов), либо фиксированные отчисления от вознаграждений за уступку прав на объекты интеллектуальной собственности или от лицензионных вознаграждений за использование таких прав. При этом нужно распространить режим льготного налогообложения авторского вознаграждения на выплаты изобретателям по лицензионным и другим договорам по передаче прав. Надо сказать, что Правительство РФ учитывает вышеизложенные соображения при разработке системы экономических стимулов, обеспечивающих баланс интересов всех субъектов инновационных правоотношений.

Что же касается формирования инновационной инфраструктуры, то без нее невозможны передача результатов научной деятельности из государственного сектора в частный сектор экономики, создание новых

инновационных организаций¹, интеграция этих организаций с производством. Нужно отметить, что экономически развитые страны органично встроили инновационную инфраструктуру в свои национальные экономические системы. Государственная власть и бизнес в этих странах – равноправные партнеры. Поддерживая проведение научно-исследовательских работ и систему образования, которые являются источниками инноваций, государство создает благоприятные условия, стимулирующие предпринимательство, а бизнес берет на себя коммерческий риск на рынке инновационной продукции. В итоге государство получает выгоду от сбора налогов и решения социальных проблем, а бизнес – прибыль. Такое взаимодействие отвечает интересам гражданского общества в целом. Распоряжением Правительства РФ² № 1187-р от 21 августа 2003 года разработан и утвержден План мероприятий по стимулированию инноваций и развитию венчурного инвестирования. Этот План предусматривает комплекс мер по созданию и развитию инновационной инфраструктуры, включающий организационную, финансовую, кадровую и информационную составляющие и направленный на формирование рынка объектов интеллектуальной собственности.³

В организационном плане предполагается создание центров трансфера технологий (ЦТТ), инновационно-технологических центров и технопарков, технологических кластеров и территорий освоения высоких технологий. В центрах трансфера технологий будут проводиться исследования, отбор разработок, обладающих коммерческим потенциалом, их оценка, а также охрана объектов в необходимых случаях. Инновационно-технологические центры и технопарки предназначены для создания малых инновационных предприятий и высокотехнологичных предприятий, способных развиваться без прямой государственной поддержки. Технологические кластеры и территории освоения высоких технологий относятся к наиболее развитой стадии инновационного цикла. В настоящее время Министерство образования и науки РФ совместно с Российским фондом технологического развития и Фондом содействия проводит эксперимент по созданию в Санкт-Петербурге и Зеленограде двух отраслевых технологических кластеров. Совместно с администрациями и научными центрами Сибирского и

¹ Отличительными признаками инновационных организаций являются следующие: они более крупные и по численности работников, и по объемам выпускаемой продукции; специалистов с высшим образованием в их штате на 3 процента больше, чем в неинновационных; инвестиции в основной капитал в расчете на одну такую организацию в 7,3 раза выше, чем на одну неинновационную.

² Собрание законодательства РФ. 2003. № 35. Ст. 3453.

³ Нужно отметить, что в 2003 году запущены важнейшие инновационные проекты государственного значения для решения задач по завоеванию различных секторов внутреннего и международного рынков высокотехнологичной продукции. В рамках реализации этих проектов отрабатываются механизмы интеграции промышленности и малого бизнеса. В Министерстве образования и науки РФ проведен первый отбор и сформирован перечень таких проектов, разработана методика отбора и начато финансирование этих проектов, причем роль экономических критериев при отборе проектов была определяющей. Ведь финансовая поддержка проектов со стороны государства оказывается только при наличии долевого финансирования со стороны частного капитала.

Уральского федеральных округов изучается вопрос о возможности создания территорий высоких технологий.

Финансовая составляющая инновационной инфраструктуры предназначена обеспечить сквозное финансирование инновационного цикла с переходом от бюджетных источников к привлечению частных инвестиций в высокотехнологичные инновационные проекты по мере продвижения результатов научно-технической деятельности к рынку. В настоящее время государство финансирует фундаментальные исследования, научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы и берет на себя все риски, связанные с возможным отрицательным результатом работ. В частности, в инновационной сфере действует государственный Фонд содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере (Фонд содействия), а также внебюджетные фонды: Российский фонд технологического развития Министерства образования и науки РФ (РФТР), отраслевые и межотраслевые внебюджетные фонды финансирования (29 фондов). Фонд содействия финансирует научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы, выполняемые малыми инновационными предприятиями, ориентированными на введение в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности и на выведение новых наукоемких продуктов на рынок. РФТР и внебюджетные фонды мобилизуют внебюджетные источники финансирования и поддерживают прикладные научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы на этапе продвижения технологий в производство и на рынок.

Для формирования системы сквозного финансирования инновационного цикла необходимо создавать различные фонды. На начальном этапе может быть создана сеть региональных и отраслевых венчурных фондов с долевым участием государства. Предполагается, что в ближайшее время удастся образовать не менее пяти венчурных фондов, что позволит ежегодно привлекать в область высоких технологий более одного миллиарда рублей частного венчурного капитала. В дальнейшем деятельность этих венчурных фондов должна стимулировать широкомасштабный приход на рынок венчурного капитала частных инвесторов, в том числе коммерческих банков, пенсионных фондов, страховых компаний, финансово-промышленных групп.

Информационная поддержка инноваций должна осуществляться в интересах всех участников инновационного процесса и на всех этапах производства наукоемкой продукции. В качестве базовой информационной структуры может быть использована существующая государственная система научно-технической информации с разветвленной сетью организаций, обладающих значительными структурированными информационными ресурсами, современными информационными технологиями и средствами телекоммуникационного доступа. Для успешной продажи венчурными фондами принадлежащих им пакетов акций организаций необходимо принять меры по развитию фондового рынка. Важнейшим инструментом

такого рынка должна стать биржа высоких технологий, предметом торгов на которой будут опционы на право приобретения прав на объекты инновационной деятельности. Также необходимо создать самостоятельные биржевые площадки и электронные биржи в сети Интернет по торговле ценными бумагами высокотехнологичных компаний. Для развития инновационной деятельности в России огромное значение имеет ежегодное проведение российских венчурных ярмарок. Решение перечисленных выше задач должно быть обеспечено за счет формирования системы эффективной подготовки специалистов в области интеллектуальной собственности.

И все-таки важнейшим направлением государственной политики в инновационной сфере остается правовая охрана и защита прав на объекты интеллектуальной собственности. В теории права различают две основные формы защиты права, в том числе права интеллектуальной собственности, - юрисдикционную и неюрисдикционную. В последнем случае обычно говорят о самозащите права. Под самозащитой (ст. 14 ГК РФ) понимаются меры фактического порядка, предпринимаемые самим управомоченным лицом без обращения к судебным и иным государственным органам. В рамках юрисдикционной формы защиты, в свою очередь, выделяют общий (судебный) и специальный (административный) порядок защиты гражданских прав. При этом суд является наиболее приспособленной инстанцией для установления истины и защиты нарушенного или оспариваемого права.

В этой связи необходимо отметить, что учеными и практиками довольно длительное время обсуждается вопрос: нужны ли России специализированные судебные органы для рассмотрения споров о нарушении патентных прав. С одной стороны, существующие суды не в состоянии компетентно их разрешать, так как у нашего судейского корпуса нет профессиональных знаний в области техники. С другой стороны, непременным атрибутом правового государства является наличие судебной системы, способной обеспечить скорое, справедливое и компетентное правосудие по делам любой категории. Таким образом, если ответ на вопрос о целесообразности создания патентных судов будет утвердительным, то сразу же возникает следующий вопрос: какими должны быть патентные суды, и рассмотрение каких дел должно входить в их компетенцию.¹

В поисках ответа на этот вопрос есть смысл обратиться к зарубежному опыту. Так, в ФРГ имеется специализированный патентный суд, но его компетенция ограничена пересмотром решений патентного ведомства. В США в качестве обязательной инстанции рассмотрения споров, касающихся решений агентства США по патентам и товарным знакам, выступает апелляционная палата агентства. Решения этой палаты могут быть обжалованы в апелляционном суде США для общефедерального округа (United States Court of Appeals for the Federal Circuit), который не является специализированным органом по разрешению патентных споров. Однако

¹ Волинский М.Г. Почему нам нужны патентные суды? // Патенты и лицензии. 2002. № 2. С. 19.

право американского заявителя на судебную защиту гарантировано, так как он может либо обжаловать решение апелляционной палаты агентства либо потребовать выдачи патента в суде общей юрисдикции в рамках общегражданской процедуры по иску к агентству на отказ в выдаче патента (№ 145 Свода законов США). В Великобритании создана разветвленная система патентных судов, к компетенции которых относится разрешение всех споров, связанных с патентами. Органы же патентного ведомства этой страны при разрешении патентных споров являются лишь факультативной инстанцией.

Между тем в России высказываются различные мнения. Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (ранее Роспатент) предлагает заимствовать недостатки зарубежных систем: с одной стороны, сформировать обязательный административный орган в виде Апелляционной палаты, а с другой, - ограничить компетенцию патентного суда только рассмотрением жалоб на решения ведомства, оставив другие патентные споры за прочими судебными органами. Многие специалисты видят выход из ситуации, когда патентные суды не предусмотрены действующей Конституцией, в создании специализированных коллегий по рассмотрению патентно-правовых споров в составе Высшего Арбитражного Суда и Верховного Суда Российской Федерации. Правда, такое предложение означает создание двух фактически дублирующих друг друга систем разрешения однородных споров. Кроме того, в состав таких коллегий нельзя будет ввести специалистов в области техники, не имеющих высшего юридического образования.

Что же касается компетенции, то в статье 31 Патентного закона РФ перечисляются случаи, когда споры рассматриваются в судебном порядке. Это следующие споры: об авторстве изобретения, полезной модели, промышленного образца; об установлении патентообладателя; о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец; о заключении и об исполнении договоров о передаче исключительного права (уступке патента) и лицензионных договоров на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца; о праве преждепользования; о праве послепользования; о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения автору изобретения, полезной модели, промышленного образца; о размере, сроке и порядке выплаты компенсаций; другие споры, связанные с охраной прав, удостоверяемых патентом. Статья 45 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»¹ от 23 сентября 1992 года к спорам, рассматриваемым в судебном порядке, относит споры: о нарушении исключительного права на товарный знак; о досрочном прекращении правовой охраны коллективного знака вследствие его использования на товарах, не обладающих едиными качественными или иными едиными

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 42. Ст. 2322. С послед. изм. и доп. Далее – Закон о товарных знаках.

характеристиками; о заключении и об исполнении лицензионного договора и договора о передаче исключительного права на товарный знак (договора об уступке товарного знака); о незаконном использовании наименования места происхождения товара.

Под нарушением патента понимается неправомерное использование изобретения, полезной модели, промышленного образца. В случае нарушения патента патентообладатель может выдвигать требования, как предусмотренные гражданским законодательством (ст. 12 ГК РФ), так и не предусмотренные им, например, о прекращении нарушения патента, о возмещении лицом, виновным в нарушении патента, причиненных убытков, о публикации решения суда в целях защиты деловой репутации.

С требованием о признании недействительным решения Роспатента о признании недействительной регистрации товарного знака «Фенибут» в арбитражный суд г. Москвы обратилось акционерное общество. Основанием для отказа в регистрации товарного знака согласно статье 6 Закона о товарных знаках и пункту 3 Инструкции по государственной экспертизе заявок на регистрацию товарных знаков и выдаче свидетельств на товарный знак¹ является признание товарного знака вошедшим во всеобщее употребление в качестве обозначения товара определенного вида. Поскольку Роспатент обоснованно признал обозначение «Фенибут» видовым наименованием товара из-за утраты различительной способности, что подтверждалось описанием данного препарата и его свойств в медицинских справочниках и в средствах массовой информации, суд отказал в иске. В другом аналогичном случае арбитражный суд вернул исковое заявление истцу, руководствуясь статьей 87 АПК РФ² и обосновав свои действия тем, что истец не предоставил доказательства досудебного урегулирования спора, хотя обязательный административный порядок рассмотрения таких споров был предусмотрен статьями 28 и 45 Закона о товарных знаках.

Ранее существующий обязательный специальный порядок рассмотрения отдельных видов патентных споров заключался в том, что споры рассматривались в учреждении при федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (в настоящее время в Палате по патентным спорам). Обусловлено это было тем, что юристы не смогли бы разрешить спор по существу в силу его чисто технического характера.

Рассуждая на тему о необходимости существования иных органов, разрешающих споры, хотелось бы обратить внимание на сущность понятия «спор». Именно его содержание позволит отличить судебную юрисдикцию (если спор о праве) от внесудебного разрешения спора (если спор по факту).

При реализации компетенции уполномоченного государственного органа возможна ситуация, когда какое-либо заинтересованное лицо возражает против состоявшегося решения. В то же время, если при

¹ Официально опубликована не была.

² СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

вынесении этого акта собственно правовых нарушений не допущено, а оспаривается лишь компетентность органа в установлении факта, спор в правовом смысле отсутствует. Отказ, например, в выдаче авторского свидетельства (либо патента) на изобретение не ограничивает и не нарушает права субъекта, его испрашивающего, а уведомляет о несоответствии предоставленного технического решения условиям патентоспособности. В компетенцию судебного органа вряд ли может входить проверка правильности определения новизны, изобретательского уровня и промышленной применимости изобретения и решение вопроса о целесообразности (а не правомерности) выдачи или отказа в выдаче патента, как не проверяются судом возражения против правильности выводов комиссии при приемке строительного объекта. Разногласия по вопросам компетентности (споры по факту) могут быть устранены, в частности, на основании результатов повторной экспертизы либо заключения специалиста в конкретной области, то есть путем разрешения сугубо специфических, экспертно-практических вопросов. Поэтому проверка правильности состоявшихся актов должна относиться к полномочиям соответствующих органов.

Итоговые акты таких органов также не могут быть обжалованы в суде (за исключением случаев, когда при их вынесении нарушаются нормы права), поскольку указанные конфликты независимо от количества инстанций не меняют своей сути и остаются спорами по факту, тогда как задача суда – решить спор о праве.¹

Данный подход прослеживается в действующем Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 15 ноября 1984 года №22 «О применении судами законодательства, регулирующего отношения, возникающие в связи с открытиями, изобретениями, рационализаторскими предложениями и промышленными образцами», в котором указывается, что суду подведомственны споры о признании заявленного положения открытием, технического решения – изобретением или рационализаторским предложением, художественно-конструкторского решения изделия – промышленным образцом, а также о приоритете открытия, изобретения и промышленного образца.

В информационном письме Высшего Арбитражного Суда РФ «О разрешении споров, связанных с применением Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»² от 8 декабря 1992 года № С-13/ОСЗ-350 отмечалось: «Споры, связанные с регистрацией товарного знака, регистрацией коллективного знака, не использованием товарного знака, признанием регистрации товарного знака недействительной, аннулированием регистрации товарного знака, обжалованием решений по заявке и восстановлением пропущенных

¹ Рожкова М. Подведомственность споров, связанных с защитой исключительных прав. // Российская юстиция. 2001. № 2. С. 25-27.

² Вестник ВАС РФ. 1993. № 2. С. 12.

сроков, с признанием регистрации наименования места происхождения товара и свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара недействительными, рассматриваются Высшей патентной палатой и к компетенции арбитражных судов не относятся».

В 1997 году Высший Арбитражный Суд РФ обобщил практику рассмотрения споров, связанных с защитой прав на товарный знак, и направил в арбитражные суды Информационное письмо № 19 от 29 июля 1997 года «Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак»¹ с выработанными рекомендациями. Эти рекомендации, как показала практика, позволили избежать ошибок при рассмотрении споров и определиться по некоторым принципиальным вопросам. В письме, в частности, указывается, что возражение против регистрации товарного знака в соответствии со статьей 28 Закона о товарных знаках подается в Апелляционную палату; после рассмотрения спора в административном порядке арбитражный суд может принять дело к своему производству. Данная позиция отразилась в деле по иску фирмы «Байер АГ» о признании недействительными решений Апелляционной палаты и о признании неправомерными действий Роспатента по аннулированию товарных знаков. Президиум ВАС РФ отметил, что арбитражные суды не могут принимать к производству дела о признании недействительной регистрации товарного знака или об отказе в его регистрации до рассмотрения спора в административном порядке, предусмотренном Законом о товарных знаках. В то время Высшая патентная палата еще не была создана, и поэтому суды рассматривали споры с участием Апелляционной палаты. После создания Высшей патентной палаты патентного ведомства перед судами встал вопрос о возможности обжалования решений Апелляционной палаты без обращения в Высшую патентную палату. Письмом Президиума ВАС РФ от 29 января 1997 года предусмотрено, что решение Апелляционной палаты Роспатента, поскольку оно принято в административном порядке и затрагивает гражданские права, может быть обжаловано заинтересованным лицом в арбитражный суд в соответствии с его компетенцией.²

Изменения и дополнения, внесенные в Патентный закон Федеральным законом от 7 февраля 2003 года, отразились и на административном порядке разрешения споров. Так, существенно упрощены порядок рассмотрения споров в Роспатенте, порядок рассмотрения возражений заявителей на решения Роспатента об отказе в выдаче патента, о выдаче патента, о признании заявки отозванной, а также возражений третьих лиц против выдачи патента и других заявлений по поводу решений, принятых при проведении патентной экспертизы. Упразднены Апелляционная палата и Высшая патентная палата. Приказом генерального директора Роспатента от 13 февраля 2003 года № 19 государственное учреждение «Апелляционная

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 10. С. 41.

² Моисеева Е. Рассмотрение арбитражными судами споров, связанных с защитой интеллектуальной собственности. // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2002. № 4. С. 28.

палата Российского агентства по патентам и товарным знакам» переименована в федеральное государственное учреждение «Палата по патентным спорам Российского агентства по патентам и товарным знакам». Указом Президента Российской Федерации¹ от 9 марта 2004 года № 314 Российское агентство по патентам и товарным знакам преобразовано в Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам.²

Палата по патентным спорам – некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, не преследующую цели получения прибыли, и являющаяся в соответствии с ГК РФ государственным учреждением.

Приказом Роспатента³ от 22 апреля 2003 года № 56 утверждены Правила подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам. Дела по возражениям и заявлениям рассматриваются коллегиально на заседаниях Палаты. Состав коллегии утверждается председателем Палаты. В коллегию входят не менее трех членов, включая председательствующего и ответственного за рассмотрение дела. Решение Палаты по патентным спорам вступает в силу после его утверждения руководителем Роспатента. Если руководитель не согласен с решением, он направляет дело, по которому было вынесено решение, на новое рассмотрение Палаты в ином составе. Вступившее в силу решение Палаты может быть обжаловано в суд.

В Палату по патентным спорам могут быть поданы в соответствии с Патентным законом, Законом о товарных знаках и международными договорами Российской Федерации следующие возражения и заявления: возражение на решение об отказе в выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец; возражение на решение о признании заявки на изобретение, полезную модель и промышленной образец отозванной; возражение против выдачи патента на изобретение, полезную модель и промышленный образец; возражение против предоставления правовой охраны общеизвестному в Российской Федерации товарному знаку; заявление о признании товарного знака общеизвестным в Российской Федерации; заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в случае превращения зарегистрированного товарного знака в обозначение, вошедшее во всеобщее употребление как обозначение товаров определенного вида; заявление о досрочном прекращении правовой охраны

¹ СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945.

² В результате реформы структуры исполнительной власти Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам лишилась полномочия издавать нормативные акты, что нельзя оценить однозначно. Это полномочие передано Министерству образования и науки РФ, которое осуществляет руководство указанной Федеральной службой, что с одной стороны неплохо, так как прекращает упреки к Роспатенту в издании правил «под себя», а с другой стороны, означает, что полномочие отняли у органа, наиболее осведомленного и заинтересованного в нормативном регулировании тех или иных вопросов.

³ Российская газета. 2003. № 95. С послед. изм. и доп.

товарного знака в связи с его неиспользованием¹; другие возражения и заявления.

Отмену Палатой по патентным спорам решения экспертизы об отказе в регистрации товарного знака можно проиллюстрировать на примере из практики.

В качестве товарного знака было заявлено комбинированное обозначение, состоящее из словесных элементов «AMERICAN MEDICAL CENTERS», выполненных на синем фоне заглавными буквами латинского алфавита и заключенных в рамку белого цвета. Словесные элементы, выполненные различными шрифтами, расположены в две строки, при этом словосочетание «MEDICAL CENTERS» подчеркнуто утолщенной красной линией. Заявитель – компания «American medical centers management company» (США). Решение об отказе в регистрации комбинированного обозначения «AMERICAN MEDICAL CENTERS» в отношении услуг 35, 41 и 42 классов МКТУ было принято на основании того, что доминирующее положение в комбинированном обозначении занимают неохранные словесные элементы «AMERICAN MEDICAL CENTERS» (в переводе с английского языка – американские медицинские центры), указывающие на форму организации предприятия-заявителя – CENTERS (центры), направление ее деятельности – MEDICAL (медицинские) и национальную принадлежность – AMERICAN (американские). В Апелляционную палату (Палату по патентным спорам) было направлено возражение на решение экспертизы об отказе в регистрации данного товарного знака. Основные аргументы возражения сводились к следующему. Заявляемое комбинированное обозначение выполнено в цветовом исполнении (сине-красно-белая цветовая гамма), а словесная часть знака не является предметом самостоятельной правовой охраны. Вследствие цветового исполнения заявляемое обозначение воспринимается в общем виде как яркое изображение, словесная же часть, выполненная разновеликими латинскими буквами оригинального шрифта, дополняет изображение как орнамент, и в совокупности заявляемое обозначение образует запоминающуюся композицию. Словесное обозначение обладает приобретенной различительной способностью за счет длительности его использования до даты подачи заявки на товарный знак. К возражению были приложены источники информации: копия из журнала «To your Help» с описанием деятельности фирмы с указанным товарным знаком; рекламная продукция американских медицинских центров в Российской Федерации; справка об объеме рекламы медицинских услуг, оказываемых с использованием данного товарного знака; справка о численности клиентов (более 700 тысяч),

¹ В определении Конституционного Суда РФ от 2 октября 2003 года № 393-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ООО «Продюсерская фирма «Самый вкус» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 3 статьи 22 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» разъясняется, что досрочное прекращение действия регистрации товарного знака на основании административного, а не судебного решения, не является неконституционным и не препятствует осуществлению конституционного права граждан на судебную защиту своих прав.

обслуживаемых американской компанией, в число которых входят сотрудники таких фирм, как «Печеранефтегаз», Московская протестантская церковь, Международный московский банк. В соответствии с представленными данными и приведенными аргументами коллегия Апелляционной палаты (Палаты по патентным спорам) пришла к заключению, что заявленное обозначение устойчиво ассоциируется у российского потребителя с товарами и услугами конкретного производителя – «American medical centers». Решением Апелляционной палаты (Палаты по патентным спорам) решение экспертизы об отказе в регистрации было отменено. Комбинированное обозначение, состоящее из словесных элементов «AMERICAN MEDICAL CENTERS», выполненных на синем фоне заглавными буквами латинского алфавита и заключенных в рамку белого цвета, зарегистрировано в качестве товарного знака.¹

Защита прав на объекты инновационной деятельности в административном порядке не ограничивается использованием административных процедур, предписываемых специальными законами. Наряду с ними возможно применение мер, предусмотренных антимонопольным законодательством. Дело в том, что по ряду составов недобросовестная конкуренция совпадает с правонарушениями в сфере интеллектуальной собственности. В частности, одной из форм недобросовестной конкуренции является продажа, обмен или иное введение в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг (п. 1 ст. 10 Закона РФ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»²). В этом случае владелец соответствующего объекта вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о выдаче нарушителю предписания о прекращении недобросовестной конкуренции и устранении ее последствий (ст. ст. 12, 27 Закона о конкуренции). За противоправные деяния, нарушающие антимонопольное законодательство, в том числе недобросовестную конкуренцию, виновные лица могут быть привлечены к уголовной ответственности.³

Порядок реализации прав владельцев средств индивидуализации можно проследить на примерах.

ООО «Пластик» обратилось в Торгово-промышленную палату Оренбургской области с просьбой оказать содействие в защите от недобросовестной конкуренции, выразившейся в использовании ЗАО «Еврострой» в рекламе своей продукции изображения рабочего с трубами в одной руке и с чемоданчиком – в другой. Указанное обозначение было

¹ Белобородов В.Г. Кому пригодились уроки судебной практики? // Патенты и лицензии. 2002. № 9. С. 33.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1991. № 16. Ст. 499. С послед. изм. и доп. Далее – Закон о конкуренции.

³ Бузанов В. «Интеллектуальная собственность» на фирменное наименование. // Хозяйство и право. 2003. №4. С. 66.

создано ООО «Пластик», широко и длительно применялось им в рекламе и находится на регистрации в качестве товарного знака. Поэтому использование данного изображения в рекламе вызывает у потребителей ассоциации именно с товарами ООО «Пластик», а не ЗАО «Еврострой», вводит потребителей в заблуждение относительно места изготовления, потребительских свойств, качества товаров и услуг, и тем самым нарушает требования статьи 9 Федерального закона «О рекламе»¹ и статьи 10 Закона о конкуренции. Торгово-промышленной палатой было подготовлено заявление в федеральный антимонопольный орган, на основании которого было возбуждено дело.

ОАО «Брянконфи» обратилось в Оренбургское территориальное управление федерального антимонопольного органа с заявлением о незаконном использовании ЗАО «КФ «Орские сладости» товарного знака для кондитерских изделий – названия «Метеорит», владельцем которого является ОАО «Брянконфи». Антимонопольный орган возбудил дело в отношении ЗАО «КФ «Орские сладости» по признакам нарушения статьи 10 Закона о конкуренции. Однако Торгово-промышленной палатой Оренбургской области было подготовлено возражение относительно законности регистрации словесного товарного знака «Метеорит» на имя ОАО «Брянконфи». В результате рассмотрения заявления в Апелляционной палате (Палате по патентным спорам) регистрация была аннулирована, а ОАО «Брянконфи» отозвало свои претензии к ЗАО «КФ «Орские сладости».

Итак, правовое регулирование в области интеллектуальной собственности в соответствии со статьей 71 Конституции РФ отнесено к ведению Российской Федерации. Поэтому именно государство должно обеспечить свободу творчества и надежную правовую охрану результатов интеллектуальной деятельности человека, создать механизм вовлечения объектов интеллектуальной собственности в хозяйственный оборот. Здесь уместно вспомнить слова доктора Арпада Богша, навеки запечатленные на куполе здания штаб-квартиры Всемирной организации интеллектуальной собственности: «Человеческий гений является источником всех произведений искусства и изобретений. Эти произведения являются гарантией жизни, достойной человека. Долг государства – обеспечивать надежную охрану всех видов искусства и изобретений». В этих словах заключен глубокий смысл – только результаты интеллектуальной деятельности человека при их эффективном использовании способны совершить экономическое чудо и коренным образом изменить условия жизни населения всего мира.

¹ СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2864. С послед. изм. и доп. Далее – Закон о рекламе.

Страницы отечественной и зарубежной истории государства и права

ВЫБОРЫ ДЕПУТАТОВ I-ой ГОСУДАРСТВЕННОЙ ДУМЫ В ОРЕНБУРГСКОЙ ГУБЕРНИИ

(к 100-летию создания Российского парламента)

Жилиев П.И. – доцент кафедры истории государства и права, к.и.н.

Правовым основанием для проведения выборов состава одной из палат создаваемого в начале XX столетия в Российской империи парламента стал Высочайший Указ от 11 декабря 1905 года «Об изменении положения о выборах в Государственную Думу и изданных в дополнение к нему узаконений», состоящий из 15 отделов и 51 статьи, по объему равным как самому первоначальному Положению от 6 августа 1905 году («булыгинская» Дума), так и Правилам о применении и введение в действие Учреждения Государственной Думы и Положения о выборах в Государственную Думу от 18 сентября 1905 года.¹

Несмотря на уникальность Указа 11 декабря, пытавшегося объединить, совместить законные и циркулярные функции, 17 декабря того же 1905 г. издается (в традициях российской бюрократии) особая Инструкция МВД² о применении Высочайшего Указа, полученная губернатором 20 декабря и ставшая стартом избирательной кампании.

24 декабря 1905 г. МВД переводит в распоряжение начальника губернии кредит в 750 рублей «на расходы уездных полицейских управлений, сопряженные с составлением избирательных списков»,³ ибо они становятся ключевыми звеньями в определении избирательной состоятельности населения (оседлость – регистрация места и времени жительства, перепроверка имущественной значимости, благонадежность и т.п.).

Необходимо отметить, что выборная информация, получаемая губернатором от своих непосредственных подчиненных (земских участковых начальников, городских голов и др.) постоянно дублировалась донесениями

¹ Собрание Узаконений и Распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате. 1905. Отдел первый. С.-Петербург: Сенатская типография, 1905. Ст. 1973. С. 3231–3238

² Высочайший Указ «Об утверждении Инструкции о порядке составления дополнительных списков лиц, имеющих участие в выборах в Государственную Думу, и производства сих выборов». Собр. Узак., 1905. Ст. 2053. С. 3251–3352.

³ Государственный архив Оренбургской области. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 274.

полицейских исправников и, зачастую, ими опережалась, была более насыщенной и конкретной.

Конец декабря 1905 г. и январь 1906 г. в губернии были заполнены в основном уточнением списков избирателей, точнее, составлением в соответствии с Указом 11 декабря 1905 г. дополнительных к уже имеющимся, подготовленным к выборам так называемой «булыгинской» Думы, а также подсчетом избирателей по новой рабочей курии. С учетом требований закона было выявлено 31 предприятие, имеющее право выдвижения уполномоченных для избрания на своем съезде выборщика в губернское избирательное собрание.

По курии землевладельцев были образованы предварительные съезды лиц, владеющих землей или иным недвижимым имуществом недостающих размеров полного ценза: в Верхоуральском, Троицком и Челябинском уездах – по 1, в Орском – 4, Оренбургском – 6. Возможности создания предварительных съездов присутствовали в каждом уезде. Однако их реальное число зависело от многих факторов, прежде всего, от численности лиц, владеющих в уезде землей в размере не менее десятой доли определенного законом для данного уезда полного ценза, а также других лиц, обладающих иным недвижимым имуществом стоимостью по земской оценке не ниже одной тысячи пятисот рублей, и священнослужителей, владеющих в уезде церковной землей (ст. 12, 14, 15 Положения о выборах 6 августа 1905 г.). Этим объясняется, что, к примеру, Оренбургский уезд с наибольшей в губернии плотностью населения и наиболее интенсивно освоенный в хозяйственном отношении дал самое большое число предварительных съездов.

Интересен документ, составленный председателем Орской уездной по делам о выборах комиссии и раскрывающий механизм действия предварительных съездов:

«Проект организации предварительных избирательных съездов мелких землевладельцев, владельцев недвижимых имуществ и священнослужителей по Орскому уезду. Составлен на основании ст.ст. 12,14,15,21,30,39,40, 44,45,48 и приложений к ст.ст. 4 и 12 Закона 6 августа 1905 г., 31,32,36–40 и 57 ст. Правил 18 сентября 1905 г. и 10 и 11 ст. Инструкции 17 декабря 1905г.

I. Начало выездной сессии съездов (примерно) 9 марта (четверг). 9 и 10 марта (четверг и пятница) переезд из Орска в хутор Маслоковецкий (135 верст) и подготовка к выборам.

II. 11 марта (суббота) – первый предварительный съезд в х. Маслоковецком (базар).

III. 12–13 марта (воскресенье и понедельник) – переезд из х. Маслоковецкого в Ново-Покровку (100 верст).

IV. 14 марта (вторник) – подготовка к выборам. 15 марта (среда) – второй предварительный съезд в Ново-Покровке (на третий день базара).

V. 16 марта (четверг) – переезд из Ново-Покровки в Хайбуллину (50 верст) и подготовка к выборам. 17 марта (пятница) – приведение в порядок производства первых двух съездов.

VI. 18 марта (суббота) – третий предварительный съезд в Хайбуллиной (базар).

VII. 19 марта (воскресенье) – переезд из Хайбуллиной в Таналык (40 верст) и подготовка к выборам.

VIII. 20 марта (понедельник) – четвертый предварительный съезд в Таналыке.

IX. 21 и 22 марта (вторник и среда) – переезд из Таналыка в Орск (80 верст).

X. 23 марта (четверг) – приведение в порядок всего выборного производства и передача его в уездную по делам о выборах комиссию.

Конец избирательной сессии 23 марта.

Примечание 1-е: всего 405 верст, 15 дней.

Примечание 2-е: съезд уездных землевладельцев (примерно) 28 марта».¹

Данный проект 13 февраля 1906 г. был представлен губернатору с ходатайством о погашении издержек на проведение предварительных съездов, но оно не было удовлетворено, хотя 22 января в циркулярном письме министра внутренних дел П. Дурново губернатору было заявлено об открытии ему кредита в размере 4.407 руб. 60 коп. на выборы (правда, оговаривалось далее, «для возмещения согласно ст. 47 Высочайше утвержденных 18 сентября 1905 г. Правил о применении Положения о выборах в Государственную Думу выборщикам путевых издержек по поездке из уездного в губернский город на избирательное собрание»)².

Нововведением губернского избирательного механизма стало создание в Оренбурге 3–4 января 1906 г. четырех избирательных участков (соответствующих четырем полицейским частям губернского центра) и определение на заседании городской думы состава четырех избирательных комиссий из числа гласных, которым были выделены помещения в городских училищах.³

Что касается крестьянской и казачьей курий, то их изменения не коснулись. Они уже были готовы для голосования.

Первоначальный его срок определялся телеграммой министра внутренних дел 11.02.1905 г. с 17 февраля по 10 марта (для выборов уполномоченных на предварительных съездах мелких землевладельцев, волостных сходов, станичных сборов и от рабочих на предприятиях).⁴ Но лишь по получении 22 февраля известия из столицы, что «Высочайшим Указом выборы членов Государственной Думы на губернском

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 360–360 об.

² Там же. Л. 313.

³ Там же. Л. 272.

⁴ Там же. Л. 358.

избирательном собрании вверенной Вам губернии назначены 20 апреля»,¹ исполняющий обязанности губернатора, вице-губернатор М.М. Эверсман направляет 27 февраля письмо в губернскую по делам о выборах комиссию:

«...Избирательные съезды мною назначены на следующие сроки:

- а) съезды уполномоченных от станиц – 7 апреля,
- б) съезд уполномоченных от рабочих – 10 апреля,
- в) съезды уполномоченных от волостей – 11 апреля,
- г) съезды уездных землевладельцев – 13 апреля,

д) предварительные съезды владельцев недвижимых имуществ и священнослужителей в Оренбургском уезде – 15 марта, в Орском уезде – 20 марта».² [Не назначенные почему-то в письме вице-губернатором съезды городских избирателей все же состоялись 8 апреля. – прим. авт.]

В целом выборы по губернии проходили спокойно и размеренно, хотя изрядную нервозность создавали постоянные запросы из столицы о их ходе, настроениях населения. Интенсивность их была такова, что в одном из них 5 марта министр внутренних дел упоминает, что «кредит на телеграммы ассигнуется немедленно».³

Ежедневные сведения, письма, телеграммы, рапорты, донесения земских начальников, горных инженеров, городских голов, полицейских исправников в губернскую канцелярию позволяли начальнику края уверенно докладывать правительству о планомерном ходе избирательной кампании. Уверенность вселяли, например, такие факты. На имя губернатора поступило 1 марта заявление от выборных Оренбургского магометанского общества Зигангира Байбурина [будущего члена III Государственной Думы – прим. авт.], Хусаина Донского, Мирхайдара Курпячева, в котором говорилось, что 19 февраля 1906 г. в частном собрании оренбургских мусульман они были избраны «в комиссию для растолкования народу, т.е. своим единоверцам о выборах выборщиков в Государственную Думу. ...Такое разъяснение народу является необходимым потому, что некоторые злоумышленники распространяют нелепые слухи, будто Государственной Думы не будет, если даже будет, то народ не будет участвовать в выборах выборщиков, а потому многие избиратели сомневаются идти на выборы». Далее авторы заявления предлагали провести митинг, отпечатать в количестве 4 тыс. экземпляров наставление о порядке производства избрания выборщиков в г. Оренбурге на татарском языке, а также «...к этому мы присовокупляем, что мы будем, по мере необходимости, собирать здешних магометан в квартире Байбурина, что в 3 части г. Оренбурга, по Сытному переулку в доме Жаркова, объясним порядок выборов, вручим в руки каждого печатный лист наставления на татарском языке».⁴

Или еще. Из письменного доклада земского начальника 4 участка Троицкого уезда о ходе выборов среди крестьян следовало, что по его

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/1. Л. 480.

² ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 491.

³ Там же. Л. 536.

⁴ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 531–532.

распоряжению волостным правлением было заранее отпечатано и роздано населению объявление о созыве сельского схода, после чего дважды в помещении волостного правления собирались заинтересованные известием о предстоящих выборах крестьяне Миасской волости, решив созвать предвыборное собрание для разъяснения значения Государственной Думы и обсуждения нужд сельского населения. Такое собрание было разрешено земским начальником и состоялось за несколько дней до запланированных выборов. На него явилось более 200 крестьян волости и продолжалось свыше 4 часов. В итоге был разработан наказ будущим выборщикам. Сам сход 6 марта 1906 г. собрал более 600 человек, чего давно не помнили старожилы, причем люди начали приходить с 8 часов утра, празднично одетые, воодушевленные, настояв на приглашении местного священника для торжественного молебна. Образцовый порядок и необычность происходящего заставили земского начальника отметить в своем докладе: «...Крестьяне, по-видимому, сознательно отнеслись к выборам, в чем меня убеждают следующие обстоятельства:

- 1) на сход явились люди степенные, которые обыкновенно избегают посещения сходов из опасения подвергнуться каким-либо неприятностям со стороны горлопанов;
- 2) сильный буран не воспрепятствовал им исполнить свой долг;
- 3) выборы прошли чинно и без всяких криков, составляющих как будто неотъемлемую принадлежность сходов».¹

Воспроизводя картину выборов среди крестьян, следует отметить одну характерную (не только для этой, но и последующих кампаний по всем избирательным коллегиям) деталь, невольно отмеченную в упомянутом докладе: «...Полиция немного переусердствовала, стоя у ворот Волостного Правления с оружием в руках, к чему не было надобности».²

И если благополучное течение выборов среди крестьян и казаков не вызывало сомнений у губернского начальства (так оно и происходило), то пассивность, абсентеизм землевладельцев (не только мелких) стали полной неожиданностью для организаторов выборов. Из телеграммы губернатору Челябинского исправника 11 марта 1906 г.: «9 марта состоялся съезд мелких землевладельцев. Из 126 явилось 34, их них избрано уполномоченных 3 крестьянина, священников из 64 явился 31, из них выбрано 15...».³ В Орском уезде за неприбытием землевладельцев не состоялся ни дважды назначаемый предварительный, ни общий съезд. Также не прошел один из шести предварительных съездов в Оренбургском уезде. Процент явившихся на выборы избирателей-землевладельцев составил по губернии 2,5, что очевидно из данных нижеследующей таблицы.

Итоги голосования в Оренбургское губернское избирательное собрание

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 267/1. Л. 220–222.

² Там же. Л. 222.

³ Там же.

Таблица 1

Съезды	Уезды и губерния	Оренбургский	Орский	Челябинский	Верхнеуральский	Троицкий	Губерния
	Избиратели						
		1	2	3	4	5	
Предварительный	По спискам	8.100	4.816	190	102	349	13.507
	Явившихся на съезд	160	–	20	36	103	319
	Подлежащих избранию уполномоч.	27	–	22	28	121	198
	Избранных уполномоч.	27	–	12	7	25	71
Общий	Общее число (вместе с полн.)	179	4839	64	46	198	5326
	Явившихся на съезд	68	–	18	13	34	133

Всего по землевладельческой курии в губернское избирательное собрание было выбрано 18 человек вместо 19, отведенных «Росписанием»–приложением к ст. 4 Положения о выборах. Из них трое дворян (17%), два священника (11%), 4 купца (22%), 5 крестьян (28%), один горный инженер, один преподаватель института, один земский начальник и один банковский служащий. В их числе оказались будущий член Государственного Совета 3-го созыва, член IV Государственной Думы Кудрявцев и будущий член III Государственной Думы Балалаев. По оценке губернатора, 10 из них беспартийные, 6 – партии «Союз 17 октября», 2 – конституционно-демократической партии.

Несколько организовано, но хлопотнее проходили выборы по рабочей курии. Во-первых, как оказалось, не все предприятия края попали в список имеющих право выбора уполномоченных. В частности, рабочие Покровского № 2 винокуренного завода Л.И. Шотта Кургазинской волости Оренбургского уезда направили в начале марта губернатору протокол собрания об избрании из своей среды уполномоченного – мещанина Михаила Ивановича Никифорова – для участия в избрании выборщика в состав губернского избирательного собрания, хотя данного предприятия в списке, представленном Старшим фабричным инспектором губернии, не обнаружилось.

Таких открытий было немало. К началу апреля список вырос с 31 до 50. За три дня до выборов в местной печати появился «Список предприятий фабрично-заводской, горной и горно-заводской промышленности Оренбургской губернии, в которых имеют быть произведены выборы уполномоченных для участия в губернском съезде на предмет избрания

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 267/1. 1–Л. 237, 2–Л. 152, 3–Л. 261, 4–Л. 259, 5–Л. 257.

выборщиков в губернское избирательное собрание по выборам в Государственную Думу», который включал уже 58 предприятий, но опять же, без железнодорожных мастерских Ташкентской дороги, – о чем писала пресса, – будет особо сообщено по получении сведений от управления железной дороги».¹

Из городов губернии по количеству предприятий в списке больше всего представлен Оренбург – это, в основном, крупяные мельницы, лесопильный завод оренбургского местного промышленного и торгового общества, механический завод Эверта. По числу работающих на них самым крупным (310 рабочих) оказался Каргалинский медный рудник наследников В.А. Пашкова. Из всех предприятий в списке преобладали количественно прииски. Наиболее крупные из них: «Александра Семеновича Антонова и К^о» (Орский уезд) – 342 работающих, «Анонимное Общество Кочканарских золотых приисков» (Троицкий уезд) – от 763 на Архирейском прииске до 308 на Михайловском. По числу работающих на предприятиях самыми крупными в губернии были заводы Верхнеуральского уезда: Белорецкий чугуно-плавильный – 1501 рабочий и Тирлянский железоделательный – 874 рабочих. Но, несмотря на такой разброс численности работников, все предприятия могли избрать только по одному уполномоченному.

Во-вторых, бюрократические несурезицы отнимали немало времени, которого до выборов оставалось совсем немного. В частности, циркуляр № 882 от 14 февраля 1906 г. за подписью министра внутренних дел разъяснял, что рабочие моложе 25 лет могут участвовать в выборах уполномоченных, а телеграмма 25 февраля уже отменяла этот циркуляр.²

В-третьих, особенности рода деятельности рабочих не всегда вписывались в жесткий избирательный регламент. Когда исполняющий обязанности начальника Самаро-Златоустовской железной дороги г. Вознесенский обратился 4 марта к губернатору с телеграммой о невозможности участия всех служащих дороги в выборах и просьбой «разрешить передачу права избирательного голоса», то получил незамедлительный и решительный отказ.³

В-четвертых, обычная бюрократическая нерасторопность также сыграла свою роль. 19 апреля канцелярия губернатора получает письмо окружного инженера Верхнеуральского горного округа следующего содержания:

«Орский мещанин Василий Ларионович Долгих, явившись в мою канцелярию 14 сего Апреля заявил, что он 3-го Марта избран уполномоченным от рабочих Ольгинского золотого прииска Ф.Я. Злоказова, и что 13 апреля ему объявили о вновь назначенном сроке 15 Апреля для избрания выборщика в избирательном съезде в г. Оренбурге, поэтому он, Долгих, явиться в такой короткий срок не может.

¹ Оренбургская газета. 1906. 28 фев.

² ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 440.

³ Там же. Л. 561–562.

Об этом имею честь доложить Вашему Превосходительству и присовокупить, что отношение г. Уездного Исправника о вновь назначенном сроке 15 Апреля для съезда уполномоченных от рабочих в г. Оренбурге мною получено 11 сего Апреля в 8 часов вечера, а 12 утром разосланы об этом объявления для оповещения уполномоченных».¹

Другой пример. На имя министра внутренних дел страны была направлена 8 апреля телеграмма от жителя г. Орска Коральского, избранного уполномоченным рабочими, о препятствии ему со стороны избирательной комиссии в выдаче доверенности для поездки в г. Оренбург на съезд уполномоченных. 11 апреля она переадресуется губернатору. Получена им 15 апреля, 18 апреля отправляется запрос из губернской канцелярии председателю Орской уездной комиссии по выборам в Государственную Думу, ответ откуда приходит уже после окончания губернского избирательного собрания.²

В результате съезд уполномоченных от рабочих губернии, назначенный на 10 апреля в городе Оренбурге, не состоялся (прибыло всего 4 человека) и был перенесен распоряжением министра внутренних дел на 15 апреля, но в нем участвовало всего 16 чел. Выборщиком в избирательское собрание стал машинист Тирлянского железодельного завода Гнусин Павел Терентьевич, 30 лет, беспартийный.

Сам губернатор в письменном докладе министру откровенно признавался, что «съезд уполномоченных от рабочих, назначенный на 10 апреля, не состоялся благодаря неосведомленности рабочих о назначенном сроке».³

Городские выборы, хотя и не принесли неожиданностей, были малоутешительными для организаторов. Лишь 40% городских избирателей приняло в них участие.

**Итоги голосования в Оренбургское губернское избирательное собрание
для выборов членов Государственной Думы 1-го созыва по съездам городских избирателей⁴**

Таблица 2

Уезды и губерния	Оренбургский	Орский	Челябинский	Верхнеурал.	Троицкий	Губерния
	1	2	3	4	5	
Избиратели						
По спискам	15 342	2.643	5.040	1948	3.583	28.556
Явивш. на съезд	6.668	1.200	1.200	875	1.342	11.285

В результате выборщиками в губернское избирательное собрание от городских съездов было избрано 23 человека, из которых десять купцов и промышленников, два нотариуса, по одному: адвокат, государственный служащий, служащий частного предприятия, землевладелец, инспектор

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 77.

² Там же. Л. 63–68.

³ Там же. Л. 113.

⁴ Там же. 1–Л. 237. 2–Л. 152. 3–Л. 261. 4–Л. 259. 5–Л. 257.

классической гимназии, аптекарь, топограф, городской голова, судья. По политическим взглядам большинство из них (12) принадлежали в разной степени конституционно-демократической партии, один социал-демократ.

Несмотря на многоступенчатость выборов среди казаков и крестьян и отсутствие, казалось бы, видимых для избирателей результатов, наиболее активными участниками избирательной кампании стали как раз они, о чем свидетельствуют данные таблиц 3 и 4.

Итоги голосования в Оренбургское губернское избирательное собрание для выборов членов Государственной Думы 1-го созыва по съездам уполномоченных от станиц¹

Таблица 3

Уезды и губерния	Оренбургский	Орский	Челябинский	Верхнеурал.	Троицкий	Губерния
	1	2	3	4	5	
Избиратели						
Общее число станич. сборов	14	6	6	9	9	44
Число несостояв. сборов	—	—	—	—	—	—
Избран. от сборов уполномоченных	28	12	12	18	18	88
Явившихся уполномочен. на съезд	28	9	12	16	15	80

Итоги голосования в Оренбургское губернское избирательное собрание для выборов членов Государственной Думы 1-го созыва по съездам уполномоченным от крестьян²

Таблица 4

Уезды и губерния	Оренбургский	Орский	Челябинский	Верхнеурал.	Троицкий	Губерния
	1	2	3	4	5	
Избиратели						
Общее число волостных сходов	3	16	32	9	12	104
Число сходов, не состоявш.	—	—	—	—	—	—
Избранных от сходов упол-х	70	32	64	18	24	208
Явившихся упол-х на съезд	70	29	62	17	20	198

В губернское избирательное собрание съездами уполномоченных от станиц 7 апреля избрано – 27, от волостей 11 апреля – 36 выборщиков. Как отмечал по этому поводу в своем отчете в МВД губернатор края: «выбрано много должностных лиц волостных, станичных, сельских и поселковых управлений, а также несколько магометанских мулл».³

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. 1–Л. 237. 2–Л. 152. 3–Л. 261. 4–Л. 259. 5–Л. 257.

² Там же.

³ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 113.

Подводя итог, губернатор в том же отчете делает вывод, что «выборы всех степеней для губернского собрания, назначенного на 20 апреля, прошли повсеместно в губернии в полном порядке, причем в число 106 выборщиков губернского собрания вошло только два лица сомнительных, а именно: социал-демократ Сидельников по г. Оренбургу и от казаков Щербаков, хотя партии народной свободы, но убеждений более левых».¹

Первое губернское избирательное собрание по выборам членов Государственной Думы от Оренбургской губернии торжественно открылось в 12 часов дня 20 апреля 1906 г. в помещении Общественного Собрания города Оренбурга литургией, которую отслужил епископ Оренбургский и Уральский Иоаким. Торжественность момента была несколько омрачена казусом, произошедшим накануне и имевшим почти символическое значение. Вот что писала об этом газета «Оренбургский край»:

«27 выборщиков в Государственную Думу Верхнеуральского, Троицкого, Челябинского уездов приезжают сегодня в Оренбург с почтовым поездом в арестантском вагоне за решетками... приехавшим в Оренбургский вокзал встречать выборщиков представилась необычная картина. В поезде арестантский вагон, на котором сделана надпись мелом: «Здесь выборщики Государственной Думы». Надпись сделана самими выборщиками с целью избежания обычных подаяний арестантам.

Такой позор всецело произошел по вине управления Ташкентской дороги, т.к. выборщики за 2 дня до выезда предупредили управление о своем проезде и попросили отдельный вагон».²

После вступительного слова председателя собрания Льва Ипполитовича Шотта, Действительного Статского Советника, ставшего месяц назад предводителем оренбургского дворянства и избранного двумя днями раньше (18 апреля) членом Государственного Совета от землевладельцев губернии, началась процедура выборов депутатов Государственной Думы.

Первым был избран крестьянскими выборщиками из своей среды 54-летний Петр Иванович Попов, крестьянин села Галкино Куртамышевской волости Челябинского уезда, владевший наделом, занимавшийся сельским хозяйством и торговлей. Служил волостным писарем, последние три года состоял волостным старшиной и заседателем при окружном суде. Образование получил домашнее.

Вторым членом Государственной Думы стал Степан Семенович Выдрин, 58-летний войсковой гражданин, урядник поселка Выдринский Уйской станицы Троицкого уезда, избранный единогласно казаками-выборщиками в своем отдельном заседании. Образование получил домашнее, но из его детей двое с высшим образованием. На момент избрания имел казачий надел и занимался сельским хозяйством. Состоял почетным судьей станицы.

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 113 об.

² Оренбургский край. 1906. 19 апр.

Далее губернское собрание в своем общем заседании определило остальных пять членов Государственной Думы. По мере избрания ими стали:

– Матинов Шагишариф Мидатгалеевич (Шагий Шарифович), избран выборщиком съездом уполномоченных от волостей Орского уезда, 51 года, из башкир, ахун, почетный гражданин, родом из деревни Назарово Бурзянской волости Орского уезда, образование получил в училище г. Казани. В 1880 г. утвержден в звании имама медресе, в 1889 г. – в должности ахуна. Награжден серебряной медалью на станиславской ленте с надписью «За усердие»;

– Сидельников Тимофей Иванович, казак поселка Спасского Верхнеуральской станицы, 30 лет. Учился сначала в казачьей школе и Верхнеуральском городском училище, затем пребывал учителем Уральской поселковой школы Кизияевской станицы. Поступил в Уфимское землемерное училище. Окончив курс, два года был землемером в своем войске, потом последовательно работал в уездах: Актюбинском, Атбасарском, Усть-Каменогорском, Темирском. С 1900 г. сотрудничал в газетах. Выборщиком в губернское собрание избран съездом городских избирателей Оренбурга. В члены Государственной Думы прошел соединенным блоком казаков и мусульман (около 50 голосов) при поддержке крестьян и интеллигенции (около 20 голосов);

– Рампьев Мухамет-Закир-Мухамед Садыкович (Закир Садыкович), 46 лет, из татар, купец, золотопромышленник, родился в селении Зирган Стерлитамакского уезда. Первоначальное образование получил домашнее, а дальнейшее – за границей. Состоял представителем от золотопромышленников в особом присутствии при Оренбургской казенной палате. Издатель мусульманской газеты «Вақыт» и член бюро мусульманской народной партии, был депутатом этой партии на ее всероссийском съезде в Петербурге. Постоянное проживание – в г. Оренбурге. Избран выборщиком в губернское собрание съездом городских избирателей г. Оренбурга;

– Свешников Михаил Иванович, 33-летний казак, старший урядник поселка Бобровский Ключевской станицы Троицкого уезда. Начальное образование получил в приходском училище, а затем домашнее. Три года состоял атаманом поселка. Избран выборщиком съездом уполномоченных от станиц Троицкого уезда;

– Рыбаков Михаил Иванович, 50-летний крестьянин (безземельный). Родился в Авзяно-Петровском заводе Верхнеуральского уезда. Начальное образование получил в сельской школе. Из детей – студент и офицер. Двадцать лет состоял на службе в Авзяно-Петровском заводе. Избран выборщиком съездом уполномоченных от волостей Верхнеуральского уезда.¹

Результаты выборов в целом не стали неожиданностью, ибо предполагавшееся правительством в губернском собрании крестьянско-казачье большинство (63 из 106 выборщиков или 59,4%) должно было дать

¹ ГАОО Ф. 10. Оп. 1. Д. 267/1. Л. 124.

их представителям около половины (как минимум 3-х) депутатских мандатов. Однако они получили фактически 6 из 7 квотированных губернии мест (86%), оказав решающее влияние на избрание депутатов общим составом выборщиков от съездов уполномоченных волостей и станиц Ш.Ш. Матинова, М.И. Рыбакова, М.И. Свешникова, а также съезда городских избирателей г. Оренбурга казака Т.И. Сидельникова.

Выборщики–землевладельцы практически не имели шансов избрать своего депутата, так же, как и горожане, если бы не поддержка их представителя З.С. Рампьева мусульманской народной партией, точнее, мусульманской частью выборщиков, получивших в конечном итоге 2 депутатских мандата, и это явилось реальным отражением веса и значения мусульман в жизни края.

Исход выборов, в конечном счете, определили два фактора – сословный и национальный. Говорить о политических силах или мотивах, двигавших выборщиками, вряд ли правильно, хотя на словах практически все избранники выражали согласие и поддержку программе партии народной свободы, правда, в разной степени. Например, крестьянин П.И. Попов «сочувствовал партии народной свободы, кроме вопроса об автономии».¹ Подобные заявления были скорее данью времени, чем убеждением.

По своему возрасту (40–50 лет), общественному положению (почетный судья, ахун, почетный гражданин, волостной старшина, издатель газеты, меценат, поселковый атаман), достатку – все они были (пожалуй, за исключением Т.И. Сидельникова) людьми, как выражались в ту эпоху, степенными, зажиточными, малограмотными и потому осторожными в своих словах и поступках, боясь растерять уважение общества. Это были идеальные качества для депутатов планировавшегося властями учреждения.

Подводя итог выборам в I Государственную Думу по губернии, надо отметить, что они прошли достаточно ровно и спокойно, в тех пределах и в том направлении, которые задавались правительством. Во многом это предопределялось ментальностью населения оренбургской провинции, умелым ее манипулированием сверху, а также усилиями губернского начальства, не терявшего времени осенью 1905 г. и создавшего отлаженный избирательный механизм. Нельзя не учитывать при этом и определенный интерес населения к происходящим событиям, несущим новизну и пугающих неизвестностью.

Особых нарушений в ходе избирательной кампании не наблюдалось, кроме объяснимых недоразумений с выборами рабочих и срывов у землевладельцев Орского уезда. Поступило несколько единичных жалоб со стороны избирателей (Миасская волость Троицкого уезда – на признание недействительными выборов уездной по делам о выборах комиссией – отменено; Преображенская волость Орского уезда – просьба из-за распутицы перенести выборы – разрешено; Сеитовский Посад г. Оренбурга – на

¹ Оренбургский край. 1906. 23 апр.

воспрещение городским старостой участвовать в городском избирательном собрании – сделано внушение старосте).¹

Несмотря на благополучный в целом (для правительства и губернского начальства) исход первых выборов в губернии, следует отметить некоторые электоральные тенденции.

Во-первых, уездные землевладельцы с самого начала сторонились выборов под разными предлогами.

Во-вторых, несмотря на благополучный ход выборов у крестьян и казаков, в ряде мест выборщиками в губернское собрание давались, особенно в казачьей среде, резкие и нелюбимые для властей наказания, отражавшие их глухой, но настойчивый протест существующим порядкам. Главное требование казаков заключалось в отказе от внутренней полицейской службы.² Другим важным требованием казачества являлось возрождение традиционного самоуправления в станицах. К примеру, в наказе, выработанном Карагайским станичным сходом Челябинского уезда 6 марта 1906 г., прямо заявлено: «...Отменить административные наказания, налагаемые атаманами отделов–станиц: желательно, чтобы наказания исходили только от судов... Упразднить десятидворных выборных и установить всеобщее голосование на сходах... Выборы атаманов полков и станиц производить всеобщим голосованием без вмешательства атамана отдела и прочего начальства – утверждение начальством выборов отменить...».³

В-третьих, городские избиратели от кампании к кампании снижали свою активность. В 1906 г. на выборы по губернии их явилось 40%, в том числе в г. Оренбурге – 43,5%, г. Орске – 45,4%, Верхнеуральске – 44,9%, г. Троицке – 37,5%, г. Челябинске – 23,8%.⁴ На выборах в III и IV Думу число явившихся городских избирателей составило только 31%.⁵

В-четвертых, в числе выборщиков с самого начала выборов обозначился круг их постоянных участников. Например, в составе первого губернского избирательного собрания оказались будущие депутаты II Думы – К.И. Осипов – от съезда уполномоченных от волостей Челябинского уезда, Ш.С. Сейфетдинов – от того же съезда Верхнеуральского уезда и А.Н. Растворов – от Троицкого уезда; III Думы – Н.С. Балалаев – от уездных землевладельцев Оренбургского уезда, С.И. Шеметов – от станиц Челябинского уезда; IV Думы – Н.Д. Кудрявцев (также будущий член Государственного Совета) – от уездных землевладельцев Оренбургского уезда. И если добавить сюда семь депутатов I Думы, избранных этим собранием, то получится, что в нем оказалось сразу 15% потенциальных парламентариев.

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 247/2. Л. 684–688, 689, 720–722.

² Футорянский Л.И. Казачество России на рубеже веков. - Оренбург: Изд. дом «ДиМур», 1997. С. 154–155.

³ Сосенков В.К. Дорогие мои земляки. Из истории Еткульского района. - Челябинск, 1994. С. 70.

⁴ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 267/1. Л. 133–261.

⁵ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 282. Л. 180.

Анализ состава губернских избирательных собраний позволяет сделать вывод о том, что около 1/3 их состава (в среднем) повторялось из выборов в выборы. В числе наиболее активно участвовавших: по Оренбургскому уезду и городу Оренбургу – Непременный Член Оренбургского Отделения Крестьянского Банка Н.Д. Кудрявцев, дворяне-землевладельцы (один из них земский начальник) братья Д.А. и Н.А. Холодковские, купцы и промышленники З.С. Рампьев, В.М. Деев, И.А. Зарывнов, М.Т. Соколов, председатель Оренбургского Округного Суда П.А. Башкиров, указный мулла Х.А. Усманов, лекарь З.Н. Байбурин; по г. Орску и уезду – городской судья С.С. Нищеретов; по Верхнеуральскому уезду – горный инженер Г.Е. Диц, городской голова П.С. Полосин, потомственный почетный гражданин Ш.С. Сейфетдинов, казак С.С. Выдрин (с выборов III Думы в избирательную деятельность включился его сын Андрей Степанович, коллежский регистратор); по Троицкому уезду – мещанин, агент частной конторы П.А. Зиссер, волостной писарь А.Н. Растворов; по Челябинскому уезду – дворянин, юрист Г.Ф. Шмурло, присяжный поверенный Л.Н. Иевреинов, нотариус В.В. Макаровский, доверенный земледельческой фирмы «Аксай», бывший учитель К.И. Хренов, крестьянин-объездчик лесничества К.И. Осипов, подъесаул Миасской станицы И.В. Заплатин и некоторые другие.

В силу, безусловно, своих личных качеств, первоначального авторитета среди односельчан, соседей, населения городов и сел, а затем и приобретенного опыта выборной деятельности, при отсутствии реальной, ощутимой избирателями отдачи от существования Государственной Думы – что заметно охлаждало пыл даже у самых лояльных избирателей – все это превращало участников выборов в профессиональных исполнителей, «винтиков» заведенного правительством механизма.

22 апреля 1906 г. избранные депутаты отправились поездом в столицу, чтобы 27 апреля приступить к работе в качестве членов Государственной Думы. Об этой их деятельности практически не сохранилось сведений. Известно, что четверо оренбургских депутатов: три казака – С. Выдрин, М. Свешников, Т. Сидельников, крестьянин М. Рыбаков сразу же примкнули к Трудовой Группе членов Государственной Думы. 18 мая 1906 г. их подписи были поставлены в числе 38 трудовиков под заявлением в Думу об образовании парламентской комиссии по расследованию всех незаконных действий властей со времени Манифеста 17 октября 1905 г.¹

Более всего себя проявил на депутатском поприще Тимофей Иванович Сидельников. Первое официальное упоминание о члене Государственной Думы Сидельникове относится к 3 мая 1906 г., когда с трибуны Думы прозвучало его выступление с критикой государственной политики по отношению к казачеству.² В думских заседаниях он поднимал вопросы об отмене смертной казни, о мобилизации казаков, будучи членом аграрной

¹ Государственный архив Российской Федерации. Ф. 522. Оп. 1. Д. 4. Л. 61–63.

² Государственная Дума. Стеногр. отчет. Созыв I, Сессия I. - СПб, 1906. С. 967.

комиссии Думы – в прениях по этим проблемам защищал право частной собственности на землю, выступая против требований национализации земли, выдвинутых трудовиками в «Проекте 104-х».¹

В 1907 г. широкой общественности стал известен следующий факт депутатской жизни Т.И. Сидельникова:

«В заседании 22 июня член Думы Ледницкий сообщил, что живущий в одном с ним доме член Думы Сидельников накануне был избит 3-мя городовыми. И.Т. [правильно – Т.И. – прим. авт.] Сидельников, прибывший вслед затем в Думу, рассказал, что дело было так: «Я на улице смотрел, как полиция разгоняла митинг из Скобелевского сквера. Городовые спросили меня, кто я? Я ответил: член Государственной Думы. «А что у тебя в кармане?» - и схватили меня. Я ответил, что в кармане револьвер. Я его купил еще в Оренбурге ранее и ношу его, потому что я получил четыре смертных приговора. Отняв револьвер, один из городских ударил меня по лицу, а другие били меня прикладами. Подбежавший полицейский офицер велел меня арестовать и отправить в участок. Пристав, к которому я обратился, тоже приказал вести меня в участок. Но, когда я отказался идти в участок, пристав вошел со мной в мою квартиру, чтобы составить протокол». Присутствующий на заседании министр внутренних дел Столыпин заявил Думе: «Вчера вечером я получил по телефону сообщение от С.-Петербургского градоначальника об этом печальном факте... Сегодня в представленной мне суточной ведомости о происшествиях... версия несколько расходится с той, которая представлена здесь. Лицо, стоящее во главе управления внутренних дел, примет все меры к тому, что, если окажется, что действие было преступное, последствием этого было бы взыскание по закону».²

Дума приняла запрос министру внутренних дел о том, что приняты ли меры к наказанию виновных, а заявление депутата Ледницкого об этом инциденте передала в комиссию 33-х по расследованию незаконных действий должностных лиц. Министерство ни Думе, ни обществу ничего не сообщило о том, чем окончилось дознание и был ли наказан кто-нибудь. В конце февраля 1907 г. в газетах сообщено, что за насилие над депутатом Сидельниковым предан суду один городской.

Более подробные сведения о депутатской деятельности и судьбе Т.И. Сидельникова обнаружены и опубликованы Л.И. Футорянским.³

Сегодня трудно объяснить незаметность оренбургских парламентариев в Государственной Думе. Вероятно, это извечная крестьянская осторожность «как бы чего не вышло», и ошарашенность происходящим на их глазах, и неготовность, отсутствие ораторских навыков, заскорузлость... Важно другое: какими бы они ни были разными, пусть и объединенными

¹ Политические партии России. Конец XIX – первая треть XX века. - М., 1996. С. 550–551.

² Кетриц Б. Первая Государственная Дума. - СПб., 1907. С. 84–86.

³ Футорянский Л.И. Оренбургское казачество в I-ой и II-ой Государственной Думе. - Свердловск, 1985. С. 77; Он же. Человек абсолютно добросовестный // Блокнот агитатора. 1985. № 4. С. 21–24; Он же. Казачество России на рубеже веков. - Оренбург, 1998. С. 150–154.

внутренней установкой «не конфликтовать» (желанная цель правительственных выборов), очутившись на острие национальных проблем, попав в котел политических и человеческих страстей и расширив свой собственный мир до общегосударственного, они не могли не измениться. Для них возврата к старой жизни, к размеренности и спокойствию уже не было. Они стали людьми новой эпохи, носителями разрушительного для существующей системы потенциала.

Чтобы понять это, надо вчитаться в простые, незамысловатые строки письма благонадежного, по мнению оренбургского губернатора, крестьянина, члена Государственной Думы Михаила Ивановича Рыбакова своему односельчанину И.Ф. Аверьянову, отправленного из столицы 10 июня 1906 г. [Текст воспроизведен полностью с сохранением оригинальной орфографии и пунктуации. – прим. авт.].

«Милостивый Государь Иван Фомич!

Письмо твое от 29 мая получил, спасибо за сообщение, весьма сожалею, что я своими письмами причиняю тебе столько хлопот и волнений, но что поделаешь, поверь, что и мне здесь нелегко, даже и очень нелегко; а один член Государственной Думы из Симбирской губернии даже умер от разрыва сердца вскоре после того как Государь не принял председателя Государственной Думы с ответным адресом; он покойный тоже говорят все думал и надеялся, что Государь выслушает нашего председателя и выборных от Думы, так и даст крестьянам земли и управлять будет матушкой Россией вместе с лучшими людьми, избранными народом. А тут не так, Господа Министры да придворные Царедворцы, обладающие и владеющие сотнями тысяч десятин, а может быть и миллионами десятин земли, захватывавшие ее в старое время всеми неправдами, теперь не хотят ее отдать даже за деньги, ну и расстраивают Государя и не подпускают к нему никого, да и пишут в своих газетах, что Государственная Дума крамольная, что она Царя не почитает и так далее и так далее, но долго они не проживут, когда-нибудь Правда восторжествует и свет победит тьму. Что же касается что на тебя напали в одно время и священник и полиция, то это так и должно быть, у нас в Думе есть фактические доказательства, что в некоторых местах обширной и многострадальной России духовенство вместе с полицией натравливают одну часть на другую. Наш же батюшка отец Василий в Феврале месяце 1905 года читал нам прихожанам в церкви с амвона, что русских (людей) жителей Петербурга и рабочих петербургских фабрик подкупили Англичане и Японцы, дали им восемнадцать миллионов, чтобы они возмутились против Государя, и они за эти миллионы возмутились и пошли на царя и их перестреляли у дворца, так нам объяснил батюшка, и мы, конечно, верили. Да и нельзя не верить, когда в церкви священник с амвона читает. Ну а в Марте месяце 1905 года наше правительство официально объявило, что это не правда, то есть, что ни Англия, ни Япония никого не подкупали и денег никому не давали, а просто шли фабричные рабочие к царю с прошением на

чиновников, а эти чиновники именем Царя и приказали нашим детям солдатам расстрелять их, всего описать, что творится здесь, я не в состоянии, но что напишу, то напишу правду, ибо лгать не умею, да и нельзя на этом деле лгать, если бы я в чем-нибудь солгал, то я бы вышел изменником родины и хриstopродавцем, если я здесь о чем думаю или говорю, то я говорю от имени всех Вас, избравших меня, да еще и не от одних Вас, а от целого миллионного оренбургского народонаселения.

Из газет, ты небось читал, что 19 Мая и 23 Мая Министры нам объявили окончательно, что земли крестьянам дать не могут, что земли нет, а у помещиков взять землю нельзя, так как продать не соглашаются; что можно будет переселять в Сибирь, куда-то в Амурскую или за Амурскую область; вот тут и добивайся правды, и что мы можем на это сказать? Просим их уйти в отставку, они на это не обращают внимания. С 23 Мая по 8 Июня ни одного министра в Думе не было, только ходили слухи по Петербургу, что нас хотели распустить по домам, но вот 8 Июня Министр Юстиции и Внутренних Дел явились в Думу дать Объяснения по поводу запросов Думы; во время этого объявления Министр Внутренних Дел заявил нам, что будет служить и будет поступать по законам, т.е. так же будут в России нагайками драться и в тюрьмы сажать и где подойдет то расстреливать, а что будет дальше - один Господь ведает. Но, несмотря на это, Дума хочет выработать законы: о наделении крестьян землею, бесплатном обучении детей, о неприкосновенности личности, о свободе совести, о равноправии и другие необходимые законы, представить их Государю на утверждение и самим разъехаться по домам. Да, еще пропустил закон, это о всеобщей прямой равной и тайной подаче голосов при избрании будущих депутатов в Государственную Думу; а не так как теперь избирали у барина с купцом 140 голосов, у мужика один голос; между тем военную повинность несут поровну, как барин, так и крестьянин – стало быть и голоса должны быть равны.

В заключении скажу: пришло видно время, что наша дорогая родина после глубокого сна начинает открывать глаза, присматриваться ко всему и спрашивать отчета у чиновников, что конечно им очень не нравится; вот по этому-то чиновники Государственную Думу называют крамольной; говорят, что Дума идет против Царя, неправда это, не верь этому, и скажи всему нашему обществу, что это не правда, в этом я поклянусь всем счастьем моих детей!!! Больше этого уверять мне Вас нечем.

До свидания Ваня, жив буду, приеду домой, расскажу обо всем лично.

Уважающий Вас Михаил Рыбаков. Поклон от меня всему обществу». [Письмо было изъято у адресата 9 января 1907 г. полицейским надзирателем Авзяно-Петровского завода Верхнеуральского уезда и с рапортом отправлено губернатору, ибо автор письма был уже избран уполномоченным от своей волости для дальнейшего участия в выборах членов II Государственной

Думы. Предпринятыми мерами губернатора М.И. Рыбаков к следующему этапу выборов уже не попал - прим. авт.].¹

Завершающим аккордом первых выборов в Государственную Думу в губернии стала секретная депеша губернатора Оренбургскому полицеймейстеру и уездным полицейским исправникам 25 апреля 1906 г. (за 2 дня до открытия заседаний Государственной Думы):

«Не следует препятствовать в день созыва Государственной Думы украшать дома флагами, устраивать иллюминации и другие мирные увеселения. Но мятежные сборища, шествия, процессии и демонстрации с произнесением преступных речей и пением революционных песен, а равно с красными флагами не могут быть ни под каким видом допустимы... В день созыва Думы полиция и войска должны быть наготове».²

Открытие Думы и ее работа прошли в губернии почти незамеченными. Единственный случай (за всю 11-летнюю историю думской деятельности) ее публичного одобрения оренбуржцами произошел 5 мая 1906 г., скорее всего, по инициативе местного земского начальника, когда губернатор сообщил письмом министру внутренних дел, что «в представляемой при сем телеграмме 25 обывателей села Куртамышя Челябинского уезда по поводу учреждения Государственной Думы просят повергнуть к стопам Его Императорского Величества чувства величайшей благодарности за дарованную милость народной свободы и представительство в Государственной Думе, о чем и докладываю на благоусмотрение Вашего Высокопревосходительства».³

ТРАДИЦИИ КЛАССИЧЕСКОЙ РИТОРИКИ В ПУБЛИЦИСТИЧЕСКИХ ВЫСТУПЛЕНИЯХ СОВРЕМЕННЫХ АМЕРИКАНСКИХ ПОЛИТИКОВ

Коровина С.В. – доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Умение выступать перед аудиторией, наличие ораторских навыков, владение всеми тонкостями искусства красноречия являются определяющими в судьбе современного политика и общественного деятеля. Ораторская речь представляет собой наиболее традиционный и максимально персонафицированный вид массового воздействия.

Научное обоснование ораторского искусства как особому виду человеческой деятельности, позволяющему управлять поведением людей в обществе, и определяющему риторику как науку о способности находить

¹ ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 267/2. Л. 408–411 об.

² ГАОО. Ф. 10. Оп. 1. Д. 267/1. Л. 129 об.

³ Там же. Л. 189.

возможные способы убеждения относительно каждого данного предмета, впервые дал Аристотель.

В основу теории Аристотеля было положено описание коммуникационного процесса как системы, включающей в себя три основных элемента: оратор – сообщение – аудитория. Анализ каждого из элементов и их взаимодействие и составляет классическую теорию ораторской речи.

Ораторское искусство в США сегодня по праву считается неотъемлемым звеном искусства управления. Речевые навыки, как известно, являются одним из наиболее важных критериев оценки способности личности к управленческой и административной деятельности. В русле данного направления создаются многочисленные пособия и руководства, предназначенные для формирования навыков эффективного общения в таких сферах, как, например, «социальное влияние», «педагогическое общение», «общение в системе средств массовой коммуникации», «телевизионное общение», «деловое общение», «общение в малых группах» и т.п.

Публичное выступление, в частности, речи общественно-политических деятелей США, можно рассматривать как текст, создаваемый с целью убеждения, или, в более широком смысле – с целью социально-политического воздействия.

Политический текст имеет двоякую функцию: сообщить определенную информацию и оказать социально-психологическое воздействие на аудиторию, а именно – побудить к определенному действию. В данном контексте целесообразно использовать объединяющий термин «информационно-воздействующая функция», исходя из подчиненного характера информирования как функции воздействия.

Несмотря на существующие в настоящее время многочисленные классификации функциональных стилей (работы В.В. Виноградова, И.В. Арнольд, И.Г. Гальперина, В.Л. Наера, М.Н. Кожинной, А.В. Федорова, М.Я. Цвиллиса и др.), вопрос как о самом количестве стилей, так и о внутрисклассовой дифференциации остается открытым, что объясняется рядом факторов, среди которых: различия в принципах подхода к проблеме стиля, а также соотношение признаков, обуславливающих выделение того или иного стиля. Языковая специфика и функциональная направленность публичных речей, наличие общей для публичных выступлений (как и для всего публицистического стиля в целом) основной функции - информативно-воздействующей – дают основание рассматривать публичное выступление в составе публицистического стиля в качестве одного из его жанров.

Таким образом, существующие в настоящее время классификации функциональных стилей свидетельствуют об отсутствии единства в вопросе об определении статуса публичных выступлений. С точки зрения А. А. Стриженко, различия в классификациях вызваны тем, что одна группа лингвистов основывается на экспрессивном подходе к выделению стилей, а другая - на функциональном.

Многие лингвисты, однако, считают условным выделение публичных выступлений в качестве устного жанра публицистики (М.Л. Дьякова и др.). В то время как И.Р. Гальперин, В.Л. Наер и другие рассматривают данное явление как один из жанров публицистического стиля, такие ученые как И.В. Арнольд и А.В. Федоров выделяют ораторский стиль в качестве самостоятельного функционального стиля.

Считается вполне правомерным отнести публичные выступления к публицистическому стилю.

Одним из неотъемлемых качеств руководителя, политика, общественного деятеля всегда считалось умение выступать перед аудиторией. Уже в Древнем Риме и Древней Греции существовали специальные школы по обучению ораторскому искусству. Основы античной риторической традиции были заложены известными «учителями красноречия», великими мыслителями древности, среди которых Цельс, Марк Туллий, Аристотель, Демосфен, Платон, Сократ и Марк Фабий Квинтилиан.

Искусство публичного политического выступления в США играет традиционно очень большую роль в силу демократической ориентации страны, политической основой которой является широко развитая избирательная система, что определило необходимость развития политического красноречия как основного средства воздействия на аудиторию, привлечения голосов избирателей и утверждения образа политика в глазах американцев и повлекло за собой необходимость непосредственного обращения к первоисточникам античной классической риторики для приобретения необходимых теоретических знаний и практических навыков публичного выступления. Раннее становление демократии в США предопределило высокую степень влияния традиций античной риторики на зарождение и развитие искусства публичного выступления.

Американская риторика развивалась под сильным влиянием античных теорий красноречия и, прежде всего, классической «Риторики» Аристотеля. Ею были заимствованы и развиты методы классических традиций, которые учили оратора побеждать в публичном споре, убеждать, оказывать влияние на аудиторию.

Мыслители древности обращались практически ко всем разделам теории построения и оформления публичного выступления, начиная с выразительных средств, используемых ораторами и заканчивая композицией и структурой публичного выступления.

Авторами выступлений использовались различные выразительные средства воздействия на аудиторию. К числу таких средств относятся лексические, синтаксические и другие языковые средства, способствующие реализации функции коммуникации и достижению основной цели оратора.

Античная риторика располагала целым «арсеналом» выразительных стилистических средств (тропов и фигур), которыми должен пользоваться

настоящий мастер слова. К ним, в первую очередь, относятся метафоры, антономасия, катахрезис, синекдоха, гипербола, эпихерема, энтимема силлогизм и другие тропы.

В числе лексических выразительных средств, употребляемых в американском публичном выступлении, можно рассмотреть метафору, эпитет, аллитерацию, и другие приемы, описанные традиционной стилистикой.

Метафорическое употребление слов и выражений мы находим в текстах выступлений многих политических деятелей США, что значительным образом способствует (как в случае с выступлением Д. Эйзенхауэра, которое, по замечаниям критиков стало самым ярким в его политической карьере), созданию желаемого для автора образа.

«...The eight years that have passed have seen that *hope waver, grow dim, and almost die. And the shadow of fear* again has darkly *lengthened across the world...*» (Dwight D. Eisenhower. *A Chance for Peace*, 1953).

Для яркой стилистической окрашенности авторами публичных выступлений часто употребляются эпитеты.

«...Atlanta, home to CNN, *global information capital...* We *vigorously* oppose efforts to suppress independent voices such as Serb President Milosheovich's resent, *inexcusable* crackdown on journalists in his country» (Secretary of State Madeleine K. Albright. *Address to the Rosalynn Carter Distinguished Lecture Series*, 1998).

Весьма употребительным в президентской риторике является прием аллитерации, которая чаще всего встречается в конструкциях с однородными членами, усиливая их семантическую нагрузку: «The duty of stating my *conviction and conclusion*». «The world will know our *courage, our constancy and our compassion*».

Особую роль в американской риторике играет понятие «символа» - слова или простейшего сочетания слов, способных оказывать определенного рода воздействие на сознание слушателя и вызывать различного рода чувства - страха, ненависти, национальной гордости, патриотизма и т.д.

В текстах американских политических выступлений наиболее часто встречаются такие слова-символы, как «great» - great Congress, great democracy; great program of national adequacy, «Nation» - «The triumph of this Nation lies not in its material wealth but in courage, sacrifice, and honor....» (Senator R. J. Dole. *Trust in the People. Congressional Digest*, 1996).

Отмечены и другие слова, выполняющие роль символов. Среди них: America и American (nation), freedom, security, prosperity, equality, law, New Democracy и другие.

Основываясь на функциональном подходе, можно выделить и некоторые другие средства, используемые авторами текстов американских публичных выступлений: употребление литературно-книжной и разговорной лексики, обращений, терминологии, документальности текстов публичных

выступлений, и других средств воздействия на аудиторию с целью реализации коммуникативного намерения.

Ораторы используют литературно-книжную лексику, относящуюся ко всем частям речи, например: глаголы - to err, to deem, to confer, to accord, etc.; существительные - deliberation, conflagration, leave (=permission), peril; прилагательные - especial, manifest, singular (=unusual), bountiful; наречия - effectually, studiously (=carefully); предлоги - notwithstanding, regarding; союз - lest и др.

Формальный характер книжной лексики придает выступлению официально-деловой настрой и демонстрирует некоторую возвышенность стиля оратора.

«I rejoice that the state of your concerns, external as well as internal, no longer renders *the pursuit of inclination* incompatible with the sentiment of duty or property, and am persuaded, whatever partiality may be retained for my services, that in the present circumstances of our country you will not disapprove *my determination to retire*». (George Washington Farewell Address., 1796).

Общественно-политические деятели США часто используют лексику сниженного, разговорного характера, о воздействии которой на слушателя писал еще Марк Фабий Квинтилиан. Примечательно, что политические деятели пользуются не только отдельными словами разговорного характера (to get mad, to jump at, to row, to head down, a kid, a pileup), но и словосочетаниями, обладающими стилистической сниженностью.

Документальность реализуется в том, что, все тексты выступлений датированы через ссылки на источники и примечания (Notes), обилие цифрового материала.

Использование некоторых дейктических элементов, к числу которых относятся личные и притяжательные местоимения, выступает как средство, обеспечивающее создание иллюзии единения оратора и аудитории, а через это - консолидации нации. С этой точки зрения особенно важным является использование местоимений we/our и пары местоимений you and I, Your and mine.

«Your Americanism and mine must be a structure built of confidence, cemented by a sympathy which recognizes only equality and fraternity». (R D. Roosevelt The Good Neighbor Policy, 1933).

Анализируемые тексты выступлений дают основания для деления обращений, употребляемых в текстах политических речей на две группы-обращения к конгрессу и обращения к открытой аудитории.

Для обращений к Конгрессу характерна форма Gentlemen (Gentlemen of the Senate and of the House of Representatives; Gentlemen of the Congress); Honorable Members of the Senate and of the House of Representatives;- налицо статусный указатель. Сравнение с обращением к открытой аудитории показывает следующее: для этих обращений характерно My fellow citizens, My fellow Americans, My friends, My children, My fellow countrymen. Автор отдает предпочтение не указанию на социальный статус аудитории, а

характеру взаимоотношений между оратором и аудиторией. Задача состоит исключительно в том, чтобы создать доверительную атмосферу общения, подчеркнуть личностный аспект в их взаимоотношениях, установить контакт с аудиторией.

«*My children*, I thank you for the services you rendered.

My friends and children, I have already told you that you and all the red men are my children».

(Thomas Jefferson Address to the Wolf and People of the Mandan Nation, 1806).

Наряду с активным использованием различных языковых средств воздействия на аудиторию, таких, как обращения, символы и других, американские политические деятели в меньшей степени, нежели чем античные риторы, используют такие лексические приемы, как эпихеремы, катахрезис и некоторые другие «тропы». Лексические выразительные средства, используемые в современном американском публичном выступлении, не отличаются тем разнообразием, что предлагает нам античная риторика и выбор их достаточно традиционен.

Основываясь на функциональном подходе к проблеме публичного выступления, мы выделяем в работе некоторые лингвистические приемы, в том числе и заимствованные из классической риторики, среди которых цитирование, апелляции (к человеку, публике, стереотипам и т.д.), персонификация через воплощение «образа автора» и другие способы языкового воздействия, способствующие созданию и поддержанию имиджа оратора и достижению основной цели выступления.

Формирование «имиджа» политического спикера с помощью этих приемов строится на использовании уже готовых, эмоционально окрашенных стереотипов, предполагающих действие механизма «идентификации» - проявляющегося двояко: в «отождествлении» оратора с известными и авторитетными лицами и в уподоблении себя своим слушателям.

Приемом «идентификации» первого рода является «цитирование» (в этических риториках - *Ipse dixit* – «сам сказал»).

Так, в речах, предназначенных для общенациональной аудитории, особенно часты ссылки на авторитет популярных в массах президентов, выдающихся политических деятелей прошлого: Ф. Рузвельта, Г. Трумэна, Дж. Кеннеди и др. Американскими специалистами по риторике этот прием оценивается как весьма эффективный с точки зрения повышения доверия аудитории к оратору.

Имя экс-президента Кеннеди упоминает г-жа Олбрайт в связи с изложением своей концепции войны и мира.

«...For the peoples of the Middle East as surely as for Americans, peace must mean, in the words of President *Kennedy*, «not a mere interlude between wars, but an incentive to the creative energies of humanity...» (Secretary of State Madeleine K. Albright Address to the Silicon Valley Forum, 1998).

Политическая риторика апеллирует к целому ряду родственных стереотипов: к историческому прошлому американцев, к национальным чертам представляющим предмет гордости американцев, к идее исключительной роли в судьбах народов мира, к общим моральным ценностям и религиозным чувствам американцев.

К чувству национальной исключительности обращается Мадлен Олбрайт, говоря о «великой» миссии Америки и американцев.

«...We Americans have an enormous advantage over many other countries because we know who we are and what we believe. We have a purpose. And like the farmer's faith that seeds and rain will cause crops to grow; it is our faith that if we are true to our principles, we will succeed...» (Secretary of State Madeleine K. Albright Address to the 10th Annual George C. Marshall Lecture, 1998).

Таким образом, исходя из функционального подхода к использованию американскими политиками различных лингвистических средств и многообразие способов общения с аудиторией, начиная с приема идентификации и заканчивая заигрыванием с массами, можно сделать вывод, что для современной науки характерно бурное развитие таких дисциплин, как социо-психология, разработки которой активно используются в умелом формировании имиджа политического деятеля. Данные способы и приемы представляются значительно более развитыми, чем мы могли наблюдать в рассуждениях основоположников классической риторики.

Следует также рассмотреть синтаксические средства построения и подачи материала, которые играют в тексте американского публичного выступления крайне важную роль. Несмотря на то, что в числе фигур античные авторы выделяют апозиопезис, прозопоисию, сомнение, иронию, сообщение, восклицание, антитезу, пролепсис или предварение, анафору, повторение (*polupton*) и др, классическая риторика лишь косвенно упоминает о роли построения высказывания на успех ораторского выступления, современная американская риторическая традиция чрезвычайно широко и полно использует синтаксические средства воздействия на аудиторию.

Наиболее типично для авторов текстов американских политических выступлений употребление антитезы, различных видов повторов; параллелизма, градации, эмоционального противопоставления приемов «диалогизации монолога», включающего пролепсис, риторический диалог и других синтаксических средств. Согласно проанализированному материалу, для американского публичного выступления чрезвычайно значима синтаксическая оформленность мысли.

Разновидностью одного из психологических приемов спора, заимствованных из классической риторики, известного в ней под названием концессии, является пролепсис, или вопросно-ответный ход, когда оратор делает вид, что соглашается с противником, но только для того, чтобы эффективнее прозвучало опровержение, по существу, «выбивая оружие» из рук оппонента:

«What is our situation now and how well have we done with our economic recovery program? Well, we are still in a recession, and unemployment has continued to go up. But...» (Vital Speeches of the Day, v. XLVIII, 1982).

Риторический вопрос формирует психологическую установку, желаемую реакцию у тех, к кому обращена речь, используется и в качестве эмоционального восклицания:

«How can we love our country and not to love our countrymen»; «If no one among us is capable of governing himself, then who among us has the capacity to govern someone else?» (Vital Speeches of the Day, v. XLVII, 1981).

Близким к указанному приему по своему эмоционально-психологическому воздействию на слушателей является риторический диалог, т.е. имитация разговора с аудиторией. К такому приему особенно часто прибегал Р. Рейган:

I am asked: «Can we do it all at once?» My answer is: «We must».

На использовании конструкций с однородными членами (синонимами) построен и еще один классический прием риторики - градация.

Чрезвычайно характерна для президентской риторики градация модальных глаголов, в результате чего меняется модальность всего высказывания по цепочке: «возможность - необходимость - долженствование – реальность». Например:

«Progress and solution *can* be achieved and they will be achieved,» «We *must* and we *will* remain strong». «Government *can* and *must* provide opportunity». «We *cannot*, we *must* not give up our effort to reduce the arsenal of distinctive weapon threatening the world».

Достаточно распространенным приемом является антитеза, лексической основой которой является антонимия; антитеза обычно входит в качестве составного элемента в прием эмоционального противопоставления, усиливая его эмоционально-стилистическое звучание: «*Prices* are too *high*, and *sales* are too *low*». «*Last January* most things were rapidly *getting worse*. *This January* things are slowly, but surely *getting better*». (Vital Speeches of the Day, V.XLVIII, 1982).

Среди синтаксических приемов выделяются также повторы и параллельные конструкции. Среди повторов, используемых в публичной речи, выделяют: синонимические, дистантные, анафорические, кольцевые и другие повторы, а также хиазм.

Анафорический повтор является наиболее традиционным способом выделения актуальных положений речи посредством вынесения повторяющихся сегментов в сильную позицию - начало смысловых отрезков текста. Примеры анафорических повторов мы находим в выступлениях многих общественно-политических деятелей США.

«...*We have ended* America's longest war, but in the work of securing a lasting peace in the world, the goals ahead are even more far reaching and more difficult...

We have opened the new relation with the Soviet Union...» (К М Nixon. The Resignation Speech, 1974).

Повтор может включать в себя изменяющийся элемент (например, предлог):

Такой вид повтора представляет собой известную стилистическую фигуру античной риторики - полиптон, используемую в целях эмфатизации.

«The Government *of* the people, *by* the people, *for* the people».

Самым распространенным приемом словесной игры (word-tricks) является «хиазм», вид повтора, при котором повторяющиеся элементы меняются местами, что создает яркие семантически эффекты. Такие конструкции, звучащие как своего рода афоризмы, есть в риторике почти каждого из президентов. Классической стала фраза из инаугурационной речи Дж. Кеннеди: «Ask not what your country can do for you, -ask what you can do for your country».

Параллелизм может задавать ритм речи при том условии, что повторяющиеся части находятся в непосредственной близости друг от друга.

«Yesterday the Japanese Government also launched an attack against Malay.

Last night Japanese forces attacked Guam.

Last night the Japanese attacked Wake Island.

And this morning the Japanese attacked Midway Island» (F. R, 301).

Успешно используемые авторами американских публичных выступлений различные типы повторов и вопросов, параллелизм а также другие синтаксические средства, активизируют процесс восприятия текста при помощи его ритмической организации, создания эмфазы и усиливают эмоциональную окрашенность речи.

Наряду с рассмотрением используемых авторами американских политических выступлений различных лексико-синтаксических и прочих языковых средств воздействия на аудиторию, следует уделить должное внимание и рассмотрению некоторых типов публичных выступлений в античной и современной риторике. Следует отметить, что в основу классификации стилей классическая риторика закладывала несколько иные принципы, нежели современная функциональная лингвистика. Так, Аристотель в своей «Риторике» пишет, что существует три вида риторики, т.к. есть столько же родов слушателей. Следовательно, для античной риторики, по мнению многих исследователей, фактор адресата играет важнейшую роль в дифференциации стилей.

Авторы античных риторических трактатов выделяли определенное число «типов» или «родов» речи (следует отметить синонимичное, недифференцированное употребление авторами этих терминов). Квинтилиан выделяет: «рассудительный (народный)» тип, «хвалительный» (иные называют его просто доказательным), «судебный», «советовательный»; «Прочие виды сливаются в этих трех родах. Существовали и другие классификации типов речи.

При огромном разнообразии подходов и классификации «типов» публичных выступлений, античной риторической традицией все же не было выработано единой и четкой теории по данному аспекту речи.

Современная американская риторика, вобрав традиционные взгляды классической риторики, придерживается определенной типологизации устных выступлений. В числе основных типов выделяют *Описание, Определение, Убеждение, Рассуждение, Повествование* и *Характеристика* и, как совершенно особый тип публичного выступления, объединяющий в себе особенности всех перечисленных выше типов, выделяются *Инаугурационные речи американских президентов*.

Помимо стилистической окрашенности и типологизации необходимо остановиться и на композиционном построении публичного выступления.

Ораторы периода античности придавали большое значение вопросам структуры и композиции ораторской речи.

Классики античной риторики уделяли огромное внимание «расположению частей в речи». Выделялись 4 основные части: вступление, изложение, доказательство или разработка и заключение. Если же речь членилась более удобно, то к названным четырем частям добавлялись еще три: определение темы, опровержение доказательств соперника, отступление.

Можно справедливо предположить, что основы современной теории аргументации были заложены еще в античной риторике. Наследуя классические традиции, авторы американских политических выступлений уделяют особое внимание способам развертывания тезиса.

К средствам, помогающим автору логически последовательно выстроить свою речь, мы относим структурно-композиционные средства организации текста, среди которых: вынесение темы выступления в заголовок и разбивка текста на отдельные части с выделением подзаголовка (что характерно для риторики Б. Клинтона), построение речи в виде плана, посентагменное дробление текста на мелкие абзацы, разбивка текстов с нумерацией отдельных частей, а также средства внутритекстовой регламентации.

Авторы американских публичных выступлений стремятся озаглавить не только все выступление, но и разбить его на отдельные части, которые также получают свое заглавие. Так, в своей речи «The State of Union» Клинтон выделяет некоторое количество подзаголовков, которые тематически разбивают весь текст:

Balancing the Budget

Campaign Finance Reform

Welfare Reform, etc. (President Clinton's Address, C.D., 1997).

Разбивка выступления на подзаголовки вообще характерна для этого главы президентской администрации США.

Методом посентагменного дробления текста на мелкие абзацы, к примеру, содержащими одно простое или сложное предложение, выражающее законченную мысль, часто пользовались в своих выступлениях

президенты Рузвельт и Эйзенхауэр для достижения эффекта ритмичности, лаконичности высказывания, четкого композиционного построения, что способствует легкости восприятия речи слушателем.

Регламентация текста производится не только при помощи заголовков или нумерации, что условно можно отнести к средствам внешней регламентации, и других вышперечисленных приемов, но и при помощи внутритекстовой регламентации, то есть языковых средств, которые определяют порядок подачи информации - в частности слова: first, second, third и др., которые придают выступлению динамизм, с помощью которого удерживается внимание слушателей.

Наряду с рассмотрением средств текстовой и внутритекстовой регламентации можно проанализировать примеры вступлений текстов, политических речей. Американские общественно-политические деятели для вступления нередко начинают с яркого эпизода, случая, афоризма, цитаты, вопроса, парадокса и т. п. Часто публичное выступление начинается: с пафосной метафоричной фразы (речь Дж. Кеннеди в Вашингтоне в 1963 году: «I speak to you in a spirit of hope...» (J.F. Kennedy. A Step Toward Peace, 1963), с постановки глобальной политической проблемы (Эйзенхауэр, обращение в Вашингтоне в 1953 году: «...In this spring of 1953 the free world weighs one question above all others: the chance for a just peace for all peoples». (D. D. Eisenhower. A Chance for Peace., 1953)); с обращения к национальным чувствам американского народа в числе других ораторов, нередко начинал свои выступления Б. Клинтон.

Личное, поименное обращение-приветствие, отличающееся своим демократизмом и уважением к аудитории, нередко использовала во вступлениях своих речей Государственный секретарь США Мадлен Олбрайт, добиваясь при этом эффекта теплого дружеского общения со слушателями.

«Good afternoon and hello Vancouver! Mayor Pollard, thank you for that introduction.

Governor Locke, I deeply appreciate your being able to join us today.

My friend Senator Murrey, Senator and Mrs. Hatfield, General Smith, Dr. Erickson, Mr. Eccleston, President Sweet, Elizabeth Rainey, Jeff Raum, teachers, students, guests and friends, I am delighted to be here and thank you all for coming».

Анализ материала показал, что наряду с выделением исключительной роли вступления во всей композиционной структуре, американские политики, следуя требованиям классической риторики, должное внимание уделяют и заключению.

В речах, произносимых по случаю окончания срока правления, в заключительной части часто используются формы выражения признательности и благодарности. Экс-президент США, Рональд Рэйган, по праву считающийся признанным мастером искусства декламации, наиболее часто использовал в заключительной части своих выступлений цитаты из

Библии, из высказываний своих предшественников и исторические эпизоды с целью иллюстрации основной мысли своей речи.

Американская риторическая традиция, руководствуясь принципом классической риторики - логичности и стройности изложения, рассматривает публичное выступление в тесной связи с его структурно-композиционными характеристиками. Наиболее широкое развитие в американском политическом выступлении получили положения античной риторики, касающиеся расположения частей выступления. Средства композиционной и внутритекстовой регламентации служат реализации основной воздействующей функции публичного выступления, способствуют четкому структурированию выступлений, что придает им прагматический характер.

Анализ выступлений общественно-политических деятелей США позволяет сделать два основных вывода:

1) В ходе истории развития американского политического красноречия по мере изменения нужд и потребностей общества, изменялся также и стиль публичных выступлений: от пышного и витиеватого до более лаконичного и жестко структурированного.

2) Влияние традиций античной риторики значительно скорректировано особенностями американского менталитета и национального американского характера, которые находят безусловное отражение в выступлениях американских политических деятелей.

Иллюстрируя первый вывод, можно отметить, что в выступлениях первых президентов США (Дж. Вашингтона, А. Линкольна, Т. Джефферсона) изобилуют книжные и поэтические слова и выражения, активно используются эпитеты и метафоры, придающие речи возвышенный характер. Выступления современных американских политиков в значительной мере направлены на непосредственное общение, преодоление дистанции между оратором и его слушателями, что находит отражение в использовании разговорных слов, вопросов, обращений к аудитории. Если употребление «пышной фразы» и «низкого речения», упоминаемые классической риторикой, находят отражение в современном американском политическом выступлении в виде использования литературно-книжной и разговорной лексики, то такие приемы, как терминологичность и документальный характер изложения, отвечают современным тенденциям публичной речи, среди которых отмечается все меньше «украшательства» и все больше практицизма и действенности.

Иллюстрируя второй вывод, следует обратить внимание на символическое использование отдельных слов, отражающих американские национальные ценности. Американская современная риторика широко использует слова символического ряда (упоминания о которых не было отмечено в классической риторике); отмечается активная тенденция «символизации» словаря и публичной речи в целом, что мы в данной работе рассматриваем как отличительную черту американского политического выступления.

Таким образом, мы видим, с одной стороны, тесную взаимосвязь и преемственность традиций античной риторики, а с другой стороны творческое развитие основных ее положений в выступлениях американских общественно- политических деятелей.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРАВОВЫЕ И ИНЫЕ НОРМЫ КАК РЕГУЛЯТОРЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Ксенофонтова М.В. – ст. преподаватель кафедры конституционного и международного права, к.ю.н.

Экономические отношения в качестве международных существовали во все времена. Еще в 19 веке юристы-международники пришли к выводу, что «международная торговля – это очевидный факт, и притом факт, который породил все международное право».¹ Однако несмотря на такую древнюю историю международных экономических отношений, их природа, сущность, субъектный состав, система нормативного регулирования являются одними из самых дискуссионных тем современной науки международного права. Более того, развитие международных экономических отношений в контексте таких процессов, как глобализация, регионализация, интеграция, интернационализация все больше усложняет возможность дать однозначный ответ на эти вопросы.

Современные международные экономические отношения, как пишет профессор Г.К. Дмитриева, представляют собой «высокоразвитую сложную систему, объединяющую разнородные по содержанию (по объекту) и по субъектам, но тесно взаимодействующие между собой виды общественных отношений».² Профессор Г.М. Вельяминов понимает под международными экономическими отношениями отношения между государствами, а также другими субъектами международного публичного права, торгового, коммерческого, имущественного, производственного, научно-технического, валютно-финансового характера, а также отношения по поводу защиты интеллектуальной собственности, «общего наследия человечества» и т.д.³ В ряде случаев в определение «международных экономических отношений» вкладывается не столько правовое, сколько экономическое содержание: так, они понимаются как «система связей между национальными экономиками и соответствующими субъектами хозяйствования».⁴

Феномен международных экономических отношений отчасти заключается в том, что они способны объединить в себе публичное и частное начала. В этой связи в западной и отечественной литературе встречаются попытки структурировать международные экономические отношения, выделить их уровни. Это находит отражение в толкованиях международного

¹ Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник / Пер. с франц. В.П. Серебренникова, В.М. Шумилова. - М., 2001. С. 3.

² Международное публичное право. Учебник. Издание второе, переработанное и дополненное / Под ред. К.А. Бекашева. С. 375.

³ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс). Учебник. - М., 2004. С. 36.

⁴ См., например, Шаповалов В.И. Проблемы разработки международного торгового права. Некоторые вопросы теории // Автореферат дисс. к.ю.н. - М., 1969; Альтшулер А.Б. Международное валютное право. - М., 1984.

экономического права в узком и широком смысле. Так, В.М. Шумилов обосновывает существование двух уровней отношений – в зависимости от наличия публичного и частного элементов:

а) отношения публично-правового характера между субъектами международного права: государствами, международными организациями. Эти отношения регулируются международным экономическим правом как отраслью международного публичного права.

Основными участниками МЭО в их публично-правовой сфере являются свыше 200 государств, а также международные организации, международные экономические организации (ВТО, МВФ, МБРР, МАИГ, ЮНКТАД, ВОИС), в том числе региональные/отраслевые экономические организации (ОЭСР, ОПЕК). Предметом межгосударственных экономических правоотношений являются, как правило, правовые режимы товарооборота, принципы защиты рынка, использование тарифных и нетарифных мер регулирования внешней торговли, импорта/экспорта, контроля за мировыми ценами на товарных рынках, регулирования товаропотоков, транспортировки товаров, правовой статус частных лиц, осуществляющих ВЭД и т. п.

б) второй блок – хозяйственные, гражданско-правовые отношения между физическими и юридическими лицами разных стран. Эти отношения регулируются преимущественно внутренним правом каждого государства, международным частным правом.¹ Активными участниками таких микроэкономических отношений являются транснациональные корпорации.

Предметом контрактных правоотношений частных лиц выступают товары, услуги, финансы (валюты), ценные бумаги, инвестиции, технологии, права собственности (в т.ч. интеллектуальной собственности), другие имущественные и неимущественные права, рабочая сила и т.п.

На наш взгляд, международные экономические отношения не исчерпываются названными двумя уровнями. Кроме того, говоря о международных экономических отношениях в широком смысле слова, целесообразнее использовать термин «трансграничные экономические отношения», как общественные отношения экономического характера, пересекающие государственные границы.²

Различные «сегменты» трансграничных экономических отношений регулируются международным экономическим правом, правом ЕС, национальным правом. Представляется, что система международных экономических отношений может быть структурирована на четыре уровня:

1) отношения первого уровня - международные, межгосударственные экономические отношения, в которых участвуют «субъекты МЭП», относятся к предмету регулирования международного экономического права как отрасли международного публичного права;

¹ См.: Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Учебное пособие. - М., 2001.

² Ксенофонтова М.В. Система международного экономического сотрудничества // Вестник ОГУ. 2005. № 3. С. 178.

Отношения второго, третьего и четвертого уровней – это уже не международные (межгосударственные) экономические отношения, а трансграничные экономические отношения, выходящие за пределы территории одного государства и не являющиеся предметом регулирования международного (экономического) права. Участники таких отношений зачастую именуются «операторами МЭО». Такие отношения регулируются нормами национальных правовых систем.

2) Отношения второго уровня – это «диагональные» международные экономические связи государств с иностранными партнерами (субъектами федераций, административно-территориальными образованиями, физическими и юридическими лицами иностранных государств). Публичные субъекты нередко вступают в частнопроводные отношения, особенно если речь идет о разработке природных ресурсов, режим приема и защиты иностранных инвестиций. Такие отношения определяются в соглашении между принимающим государством и частным иностранным инвестором. В соглашениях государство-импортер, как правило, обязуется не предпринимать никаких мер по национализации или экспроприации имущества инвестора. Такие соглашения называются «диагональными», а в западной литературе — «государственными контрактами». «Государственные контракты» — это предмет, находящийся в сфере регулирования, внутреннего права; это часть внутреннего права. Вместе с тем, многие западные юристы считают, что это — сфера, так называемого, «международного контрактного права».

3) Отношения третьего уровня – это внешнеэкономические связи субъектов государств и административно-территориальных образований в пределах установленной законодательством соответствующих государств компетенции. Их цель: стимулирование экономического развития отдельных субъектов путем налаживания прочных и долгосрочных взаимовыгодных контактов. Чаще всего это приграничные экономические связи субъектов сопредельных государств. Субъекты Российской Федерации, вступают в такие отношения с субъектами других государств посредством заключения «соглашений об осуществлении международных и внешнеэкономических связей».¹

4) Отношения четвертого уровня – частнопроводные связи хозяйствующих субъектов, физических и юридических лиц иностранных государств. Служат предметом регулирования международного частного права посредством применения коллизионных и унифицированных материальных норм.²

¹ О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации. Федеральный Закон от 4 января 1999 г. // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231.

² См.: Ксенофонтова М.В. Международная система, международное экономическое сотрудничество и трансграничные соглашения субъектов Российской Федерации // Труды Оренбургского института Московской государственной юридической академии (выпуск пятый). - Оренбург, 2004. С. 498-499.

Системность является одним из ключевых признаков права.¹ В совокупности нормативные регуляторы образуют нормативно-регулятивную систему, которая и в целом, и в обособленности тех или иных регуляторов оказывает воздействие на участников общественных отношений.² Профессор И.И. Лукашук детально разработал структуру международной нормативной системы.³ Под международной нормативной системой понимается «комплекс регулирующих межгосударственные отношения международных норм (политических, религиозных, правовых, моральных, организационных и др.), объединенных на базе общих целей и принципов».⁴ В структуру международной нормативной системы также включаются нормы обыкновения или практики, вежливости, традиции, организационные и технические нормы, стандарты, религиозные нормы, внутреннее право международных организаций и др.⁵

Сфера, в которой перемещаются ресурсы, взаимодействуют между собой субъекты МЭП и операторы МЭО, образует международную экономическую систему. В.М. Шумилов выделяет в структуре международной экономической системы следующие элементы: а) предметный компонент – международные экономические отношения; б) институционально-субъектный компонент – публичные и частные лица; в) регулятивный компонент – часть международной нормативной системы, которая «обслуживает» МЭО: международно-правовые нормы, неправовые нормы, внутреннее право международных организаций, «мягкое право», соответствующие нормы внутреннего права государств, нормы транснационального права, нормы наднационального права; г) функциональный компонент – методы правового и неправового регулирования; д) идеологический компонент – различные внешнеполитические и внешнеэкономические доктрины и концепции, международное правосознание и пр.⁶

Вся система международных экономических отношений является объектом нормативного регулирования. Международное экономическое право представляет собой лишь часть нормативной системы, регулирующей международные экономические отношения.

В международной экономической системе, как ни в какой другой сфере, «публичный» уровень отношений переплетен с «частным» уровнем. Правоотношения, начинающиеся на «публичном» уровне, зачастую реализуются через частнопровые отношения, и наоборот, частнопровые отношения своими проблемами или масштабами «выходят» на «публичный» уровень, «требуя» международно-правового регулирования. Такое глубокое

¹ См.: Керимов Д.А. Философские проблемы права. - М., 1972; Алексеев С.С. Структура советского права. - М., 1975.

² Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. - М., 2004. С. 352.

³ См.: Лукашук И.И. Нормы международного права. - М., 1997.

⁴ Дмитриева Г.К., Лукашук И.И. Становление международной нормативной системы.// РЕМП, 1995. – СПб., 1996. С. 7.

⁵ Лукашук И.И. Нормы международного права. С. 54.

⁶ Шумилов В.М. Международное экономическое право. Изд. 3-е, перераб. и доп. – Ростов-на-Дону. С. 19.

взаимодействие двух правовых систем способствует появлению прогнозов развития международного экономического права: по мнению В.М. Шумилова, современное международное право (вместе с международной нормативной системой и системами внутригосударственного права) находится в стадии формирования зачатков глобальной правовой системы.¹ Глобальная правовая система будет состоять из норм «наднационального», международного, внутреннего и «транснационального» права. И она будет адекватной надстройкой над единым мировым экономическим пространством.²

Международные экономические отношения и связи являются особенно сложной областью регулирования и до сих пор в значительной мере находятся вне сферы международно-правового регулирования. Необходимость их нормативного регулирования не отрицается, но механизмы такого регулирования являются предметом дискуссий.

И.Н. Герчикова отмечает, что «в современных условиях международное регулирование экономических отношений осуществляется на основе: 1) международных договоров; 2) решений международных организаций; 3) решений межгосударственных экономических конференций; 4) международных обычаев³. В науке прослеживается борьба двух позиций по вопросу о том, какими нормами должны преимущественно регулироваться международные экономические отношения: «спонтанными» или сознательно создаваемыми. По мнению профессора И.И. Лукашука, регулирование международных экономических отношений возможно лишь с привлечением всех видов нормативных инструментов, среди которых не правовым принадлежит исключительно важная роль. Анализирующие эту проблему юристы констатируют, что международные экономические отношения регулируются тремя нормативными системами: международным правом, политическими нормами, моралью. Однако сведение всего многообразия норм лишь к трем системам является некоторым упрощением. В экономических связях большая роль принадлежит нормам практики, организационным, техническим и иным нормам. Достаточно вспомнить «*jus mercatoria*».⁴

Все многообразие международных экономических отношений регулируется **международной экономической нормативной системой**. Международная экономическая нормативная система вполне может рассматриваться как подсистема международной нормативной системы. Профессор И.И. Лукашук основными подсистемами международной нормативной системы называет международное право, политические нормы и мораль.⁵ Такая «вертикальная» структуризация основана на характере и

¹ Шумилов В.М. Международное экономическое право. - М., 1999. С. 34.

² Шумилов В.М. Международное экономическое право в эпоху глобализации. - М., 2003. С. 198.

³ Герчикова И.Н. Международные экономические организации: регулирование мирохозяйственных связей и предпринимательской деятельности. Учебное пособие. - М., 2000.

⁴ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 131.

⁵ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 54.

природе норм, объединенных в систему. Однако, в рамках международной нормативной системы возможна и «горизонтальная» структуризация на подсистемы в зависимости от объекта регулирования. Так, главным системообразующим фактором будет выступать система международных экономических отношений, которую эта нормативная система призвана регулировать. Другими системообразующими факторами выступают общие цели и принципы.

Международная экономическая нормативная система представляет собой систему международных правовых и международных неправовых норм, нацеленных на регулирование многообразных международных экономических отношений.

В доктрине нет единства мнений в вопросе об источниках международного экономического права. Пожалуй, единственным выводом, который не подвергается существенной критике, является то, что источниками международного экономического права являются международный договор и международный обычай. Однако различные авторы относят к источникам международного экономического права также: решения межправительственных организаций, национальные односторонние акты, вспомогательные источники (судебная практика и доктрина), частноправовые сделки, «смешанные» или «диагональные» источники (договоры между государством и лицами другого государства) и др. Все это входит в нормативный состав международного экономического права.¹

При анализе литературы необходимо помнить о том, что отождествление нормы права (и тем более иной социальной нормы) и источника права неверно. Норма представляет собой правило, регулирующее общественные отношения, это определенный стандарт, модель поведения.² Именно норма обладает регулирующим эффектом. При этом среди социальных норм выделяют право, мораль, обычаи, корпоративные нормы, политические, религиозные, традиции, привычки, требования вежливости, этикета и т.д.³ Норма международного права, как один из социальных регуляторов международных отношений, представляет собой «созданное соглашением субъектов формально определенное правило, регулирующие межгосударственные отношения путем установления прав и обязанностей для субъектов и обеспечиваемое юридическим механизмом охраны».⁴ Говоря об источниках международного права, следует говорить о «форме существования правомерно действующих норм, созданных субъектами международного права в пределах их компетенции».⁵ Источниками международного права в общем и международного экономического права в частности выступают международный договор и международный обычай,

¹ См. по: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) / Учебник. - М., 2004. С. 80-86.

² См.: Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. - М., 1997. С. 285.

³ См.: Там же. С. 285; Теория государства и права: Учебник для вузов / Отв. ред. д.ю.н., проф. В.Д. Первалов. - 3-е изд., перераб. и доп. - М., 2004. С. 137.

⁴ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 113.

⁵ Филимонова М.В. Источники международного права. - М., 1977. С. 3.

которые содержат международно-правовые нормы. Однако, многообразные международные экономические отношения регулируются не только международно-правовыми нормами, но и иными социальными неправовыми нормами, содержащимися в определенных объективированных формах, не являющихся источниками права. В этой связи частноправовой контракт, конечно, не может быть отнесен к источникам международного экономического права, но является формой объективирования неправовых норм поведения субъектов такого соглашения.

Сложность и крайняя неоднородность международных экономических отношений обуславливают сложную структуру международной экономической нормативной системы, которая одновременно и едина, и противоречива. Более того, постоянное усложнение международных экономических отношений, вовлечение в них все большего числа субъектов ведут к усложнению и международной экономической нормативной системы. Элементы международной экономической нормативной системы настолько тесно переплетаются, что нередко представляется сложным процесс их идентификации. «Своя структура присуща не только всей нормативной системе, - как пишет И.И. Лукашук, - но и входящим в нее подсистемам».¹ Такое заключение будет справедливым и применительно к международной экономической нормативной системе. В структуре международной экономической нормативной системы можно выделить две подсистемы: международно-правовые нормы и неправовые нормы.

Международно-правовые нормы как регуляторы международных экономических отношений.

Большинство юристов придерживается мнения, что право представляет собой наиболее совершенное и эффективное средство регулирования общественных отношений.²

Международные договоры и обычаи – это основная форма, в которой выражены правила поведения государств в их международных экономических отношениях. Это универсальные источники МЭП. Собственно международные источники составляют основу международного экономического права. В литературе по международному экономическому праву существуют разнообразные классификации международных договоров как источников МЭП:

«договоры-законы» (или «правоустанавливающие» договоры) и «договоры-сделки» (или «самоисполнимые договоры»). К первой категории договоров относятся, например, торговые договоры, устанавливающие принципы торгово-экономических отношений; ко второй — соглашения о взаимной поставке товаров в течение согласованного срока, о строительстве объектов (трубопровод);

¹ Там же. С. 52.

² См.: Буткевич В.Г. Советское право и международный договор. - Киев, 1977. С. 5;

Тихомиров Ю.А. Право и социальное управление в развитом социалистическом обществе. - М., 1978;

Венгеров А.Б. Указ. соч. С. 369.

в зависимости от уровня сторон договора: межгосударственные, межправительственные и межведомственные;

учредительные (уставные) соглашения международных экономических организаций, в частности Бреттонвудские соглашения, на основе которых были созданы Международный валютный фонд (МВФ) и Всемирный банк, или Марракешское соглашение, учредившее Всемирную торговую организацию, Соглашения о создании ВТО, МВФ, МБРР, ИКАО и т.д.;

по объекту регулирования: договоры по вопросам международной торговли товарами (включая услуги и права); договоры по вопросам международных финансовых (кредитных, валютных, налоговых и т.д.) отношений; договоры по вопросам движения капиталовложений (инвестиций), в том числе о промышленном и научно-техническом сотрудничестве; договоры по вопросам международной экономической помощи; договоры по вопросам трансграничного движения рабочей силы.

двусторонние международные договоры: а) договоры о мире, дружбе и сотрудничестве (общеполитические договоры) - рамочные договоры общеполитического значения о добрососедстве, партнерстве и сотрудничестве и т.п. наряду с нормами политического характера закрепляют и обязательства, связанные с расширением экономического сотрудничества; б) договоры об экономическом сотрудничестве (общеекономические договоры) - долгосрочные соглашения о торгово-экономическом, промышленном и научно-техническом сотрудничестве; в) двусторонние (реже — многосторонние) соглашения о поощрении и защите инвестиций. Основой этих соглашений является защита иностранного капитала от всевозможных «некоммерческих» рисков (экспроприации, национализации, народных волнений и т.п.), свободный возврат инвестиционного капитала, а также вывоз выручки от его эксплуатации; г) соглашения об избежании двойного налогообложения;

многосторонние договоры: а) соглашения о торговле сырьевыми и отдельными другими товарами (нефтью, какао, зерновыми, кофе, оловом, натуральным каучуком, джутом, отдельными цветными металлами, вооружениями); б) многосторонние договоры, посвященные унификации международного частного права: Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров; Гаагская конвенция 1986 г. о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (так называемая «Конвенция о международном частном праве»); Оттавские конвенции 1988 г. «О международном финансовом лизинге» и «О международном финансовом факторинге», Конвенция ООН 1974 г. о морской перевозке грузов («Гамбургские правила»); Конвенция 1956 г. о договоре о международной дорожной перевозке грузов и др.

Неправовые нормы как регуляторы международных отношений.

Право является лишь одним из социальных регуляторов, обладающим своими особенностями. Далеко не все международные отношения регулируются нормами права. Поэтому в зависимости от сущности и

природы международных отношений для их регулирования используются различные социальные нормы, различные элементы международной нормативной системы.

В настоящее время в науке международного права высказываются даже достаточно крайние точки зрения - практически отказаться от международного права как системы общеобязательных принципов и норм и перейти к ориентации на другие неправовые категории. Формирование подобных взглядов обусловило появление концепции деления международного права на «твердое» (обязательные нормы) и «мягкое» (рекомендательные нормы). Мнения юристов по этой проблеме чрезвычайно противоречивы.¹ Высказываются мнения о необходимости замены «застывших, консервативных форм международных договоров и обычаев» на более адекватные формы – рекомендательные кодификации, получившие названия «*lex mercatoria*», «субправо».

Формами неправового регулирования международных экономических отношений выступают нормы «мягкого права», «субправо», «*lex mercatoria*», нормы морали, модельные законы, торговые обычаи и обыкновения.

Известный специалист в области международных экономических организаций С.А. Войтович пишет: «Концепция «мягкого» экономического права... представляет своеобразную реакцию, с одной стороны, на трудности формирования МЭП, и, с другой, на значительный рост в последние годы числа и правового значения рекомендаций, относящихся к МЭП». Автор цитирует одного из основателей концепции «мягкого» международного права И. Зайделя-Гохенвельдера: «В настоящее время шансы на создание твердых норм, могущих рассчитывать на всеобщее признание, невелики».²

Обобщая наиболее характерные черты и тенденции современного международного экономического правопорядка, В.М. Шумилов констатирует, что «большое место в правовом регулировании МЭО занимают нормы так называемого «мягкого права» («неформальные договоренности» в сфере международных экономических связей), международных обычных норм, обыкновений, нормы «серой зоны»... Все это придает необходимую гибкость существующему правопорядку».³ В противовес этой позиции профессор Т.Н. Нешатаева считает, что нельзя говорить о делении международного права на «твердое» и «мягкое», так как источниками международного права могут быть только общеобязательные нормы.⁴

В развитии международной экономической нормативной системы значителен удельный вес неправовых норм»⁵. Но это ни в коем случае не означает вытеснения правовых норм, их замены. Более того, обнаруживается

¹ См. об этом: Решетов Ю.А. К вопросу о «мягком праве» // МЖМП. 1999. № 2. - М., 1999. С. 26-32.

² Цит. по: Лукашук И.И. Указ. соч. С. 132.

³ Шумилов В.М. Указ. соч. С. 30.

⁴ См.: Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. 2-е изд. - М., 1999. С. 107-110. Сама концепция и название «мягкое право» также неоднократно подвергались критике: Колодкин Р.А. Критика концепции «мягкого права» // Советское государство и право. 1985. № 12. С. 95-100.

⁵ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 61.

тенденция к росту правовых норм, в том числе норм общего характера, что представляется новым явлением¹. Представляется, что происходит взаимопроникновение правового и неправового методов регулирования, что в целом направлено на повышение эффективности системы в целом, на повышение степени урегулированности, предсказуемости международных экономических отношений.

Международная экономическая нормативная система обладает богатым арсеналом международных неправовых норм. Можно ли объединить все неправовые нормы под термином «мягкое право», получившим широкое распространение в науке международного права? Нам представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательный, так как система неправовых регуляторов выходит за рамки «мягкого права».

Теория так называемого «мягкого права» появилась на Западе (Р. Дюммон, Дж. Голд, Д. Шелтон, Х. Зайдель-Гохенвельдерн). В отечественной науке международного права было сформулировано понятие «рекомендательной нормы». При этом в отличие от «весьма аморфного «мягкого права» рекомендательные нормы строго юридизированы. Они имеют явственный правовой характер и определенное условно-обязывающее значение»².

Термин «мягкое право» используется в литературе в двух значениях.³ В первом случае речь идет об особом виде международно-правовых норм, которые не создают четких прав и обязанностей, а дают лишь общую установку. В соответствующих международных соглашениях содержатся «мягкие» формулировки типа: «стороны будут стремиться», «будут развивать, расширять сотрудничество» и пр. Как правило, это договоры о дружбе и сотрудничестве государств, которые предписывают государствам-участникам поощрять развитие сотрудничества между субъектами национального права соответствующих государств⁴. Относительно юридической силы этих норм существуют противоречивые точки зрения. Одни авторы не отказывают этим нормам в юридически обязательной силе⁵, другие полагают, что они лишены юридического содержания⁶. На наш взгляд, такие нормы международных соглашений не лишены обязательной юридической силы, хотя и обладают своей спецификой, выполняют особые функции.

Во втором случае речь идет о неправовых международных нормах, содержащихся в неправовых актах, в резолюциях международных организаций, конференций, в совместных заявлениях, коммюнике. Такие нормы являются не правовыми, а имеют морально-политический характер.

¹ Там же. С. 62.

² Вельяминов Г.М. Указ. соч. С. 84-85.

³ См.: Лукашук И.И. Международное «мягкое право» // Государство и право. 1994. № 8-9.

⁴ Например, Договор между Российской Федерацией и Республикой Казахстан об экономическом сотрудничестве на 1998-2007 годы.

⁵ См.: Лукашук И.И. Указ. соч. С. 125-126; Решетов Ю.А. Указ. соч. С. 26-29.

⁶ См.: Игнатенко Г.В. Заключительный акт Европейского совещания в Хельсинки // Правоведение. 1976. № 3. С. 97.

Нарушение таких норм не влечет юридическую ответственность. Эти нормы не входят в систему международного права, но являются составной частью международной нормативной системы. Анализируя сущность, природу норм «мягкого права», невозможно провести серьезной правовой грани, - как пишет профессор Г.М. Вельяминов, - между «soft law» и «non-law» (т.е. не правом). Поэтому, как бы ни подводились такого рода нормы под понятие «правовых», - совершенно очевидна несостоятельность таких попыток.¹

Развитие права международных организаций породило появление большого числа международных актов, не обладающих обязательной юридической силой, но, тем не менее, оказывающих воздействие на частноправовые трансграничные отношения. Резолюции международных организаций часто оказываются достаточно действенным механизмом регулирования частноправового оборота. Итальянский профессор Б. Конфорти пишет: «Значительное увеличение количества международных норм происходит в основном за счет роста «мягкого права» в форме бесчисленного количества резолюций, принимаемых международными организациями...».² Таким образом, «не будучи источником международного права в строгом смысле, эти резолюции включаются в правоприменительную практику».³

К нормам «мягкого» права, в частности, относят резолюции Генеральной Ассамблеи ООН (например, Хартию экономических прав и обязанностей государств 1974 г.), программы развития той или иной сферы сотрудничества, принимаемые в группе Всемирного банка и МВФ, кодексы поведения государств (например, Кодекс поведения государств в области передачи высоких технологий, выработанный ЮНКТАД, Кодекс поведения транснациональных корпораций, выработанный ЭКОСОС) и др. Такие нормы закрепляют общие принципы, цели, программы будущего поведения, правила или модели поведения, однако не обладают юридически обязательной силой, носят рекомендательный характер. При этом феномен норм резолюций Генеральной Ассамблеи ООН заключается в том, что государства-члены, хотя и не обязаны выполнять резолюции Генеральной Ассамблеи, не могут осуществлять действия, идущие в разрез с содержащимися в них предписаниями. С формально-юридической точки зрения в резолюциях отсутствуют признаки наличия нормативного материала (порядок вступления в силу, регистрация). Но особое значение их в том, что они основаны на руководящих принципах современного международного права и содержат согласованные воли государств-участников.

Помимо резолюций Генеральной Ассамблеи ООН, к нормам «мягкого» права относят аналогичные акты других международных организаций и международных конференций. В частности, Заключительный акт СБСЕ от 1

¹ Вельяминов Г.М. Указ. соч. С. 84.

² Цит. по: Лукашук И.И. Указ. соч. С. 133.

³ Герчикова И.Н. Указ. соч. С. 22.

августа 1975 г., Парижская Хартия для Новой Европы от 21 ноября 1990 г. и другие документы ОБСЕ.

Правовая оценка решений международных организаций и конференций, однако, неоднозначна. Не все ученые придерживаются позиции отнесения их к нормам «мягкого» права как неправового регулятора. По мнению И.Н. Герчиковой, резолюции ООН и других международных организаций по сути входят в так называемое «внутреннее право ООН», составляя правила процедуры ее органов.¹ Г.М. Вельяминов, не относя решения международных организаций к «бесспорно правовым нормам», называет их «рекомендательными нормами», обладающими рекомендательной правовой силой, имеющими существенное нормоустановительное значение.² В.М. Шумилов пишет, что решения международных организаций следует рассматривать в качестве специальных источников МЭП, так как они содержат в себе договорные и обычно-правовые принципы и нормы, отраслевые нормы МЭП, политические нормы, имеющие высокую обязательную силу морально-политического характера. Именно последние нормы и получили название «мягкое право»³.

Особую форму регулирования МЭО представляют так называемые модельные (единообразные) законы, принимаемые в форме международных многосторонних соглашений. Например, разработанные в рамках ЮНСИТРАЛ Единый закон 1985 г. о международном торговом арбитраже, Единый закон 1994 г. о закупках товаров (услуг) в кредит, Единый закон 1995 г. о правовых аспектах обмена электронными данными и др. По существу, в этих случаях на международном уровне принимается факультативного характера типовой законодательный акт, который любое государство может воспроизвести целиком или с модификациями в виде национального закона.

Таким образом, нормы «мягкого права», не являясь правовыми нормами, оказывают значимый регулятивный эффект на современные международные экономические отношения, выступая составной частью международной экономической нормативной системы. Однако, нормами «мягкого права» не исчерпывается весь запас неправовых форм регулирования международных экономических отношений.

К неправовым регуляторам, которые играют значительную роль в МЭП, следует отнести и группу норм международной морали. Так, например, высока степень «морального регулирования» в сфере права международной экономической помощи.

Тенденцией развития международной экономической нормативной системы является типизация, как процесс создания неправовых типовых проформ договоров. Представляется возможным констатировать, что процесс документальной типизации осуществляется как на публично-правовом

¹ Герчикова И.Н. Указ. соч. С. 17.

² Вельяминов Г.М. Указ. соч. С. 83, 95-98.

³ Шумилов В.М. Указ. соч. С. 79-80.

(межгосударственном) уровне, так и на частноправовом уровне среди «операторов» международных экономических отношений.

Типовые договоры - это принадлежность МЭП и только. Типовой договор можно определить как совокупность статей, принятых либо во внутреннем, либо в международном порядке, и предназначенных для того, чтобы служить основой на двусторонних переговорах по определенным вопросам. Проформы унифицированных международных договоров необходимы для того, чтобы в постоянно повторяющихся сложных ситуациях направить практику государств в одно русло. Применение унифицированных текстов международных договоров получило распространение особенно в двух областях международной экономической системы: во-первых, в области международного финансового права, в которой стали множиться двусторонние типовые договоры об избежании двойного налогообложения; во-вторых, в области международного инвестиционного права, в которой большое значение приобрели типовые двусторонние договоры о поощрении и защите инвестиций.

С точки зрения права, типовой договор не имеет юридической силы, но он может приобрести некий авторитет де-факто, который является следствием технического совершенства текста, а также политического распространения заложенных в него идей. Типовой договор – своего рода матрица, которая несет 2 функции: благодаря качеству содержания служит средством международного обучения, а благодаря распространенности может стать источником основных принципов МЭП. Эти рекомендованные проформы международных договоров в определенном смысле суммировали международную практику и, следовательно, последующее заключение двустороннего международного договора на основе этой проформы должно означать признание государствами норм, зафиксированных в рекомендуемом тексте. Ширящееся признание норм является *opinion juris*, которое превращает нормы «типовых договоров» в нормы международного обычая. Значение проформ международных договоров заключается также в том, что, по мнению И.С. Зыкина типовые договоры служат средством унификации¹.

Типовые договоры, создаваемые на межгосударственном уровне, облегчают регулирование межвластных экономических отношений, однако, как известно, больший массив экономических отношений лежит в сфере невластного взаимодействия «операторов» МЭО.

В последние годы наряду с созданием международных соглашений по унификации и разработкой типовых (модельных) законов на межгосударственном уровне, постоянно расширяется практика подготовки международных документов, направленных на регулирование международных коммерческих связей невластного характера, применяемых по соглашению между их участниками. Подобные регуляторы называют

¹ Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. - М., 1983. С. 113.

квазиправовыми или, как пишет С.В. Бахин, «субправом».¹ Правом в его традиционном понимании подобные правила могут именоваться только с долей условности. С нормами права их сближает то, что они содержат модель регулирования определенных отношений и близки к правовым нормам по форме, поскольку представляют собой краткие и четкие формулы, описывающие надлежащий порядок действий. Отличие рассматриваемых правил от права состоит в том, что они не санкционируются государством (государствами), а могут действовать в рамках установленного правопорядка лишь потому, что само государство, устанавливая принципы свободы договора и автономии воли сторон, допускает тем самым использование подобных правил в рамках своей юрисдикции.

К субправовым документам относятся различные стандартные формы документов, опосредующих коммерческий оборот: типовые контракты, типовые проформы договоров, формуляры, общие условия, стандартные условия.

Распространенность типовых контрактов является результатом стремления к унификации условий международной торговли и обусловлена определенными удобствами, которые дает их использование. Использование типовых контрактов приобрело такой широкий размах, что появился даже специальный термин «формулярное право».²

В зарубежной литературе совокупность регуляторов внешнеэкономических связей зачастую именуют *lex mercatoria* – право, создаваемое самими участниками международных частноправовых экономических отношений, автономное от национальных правовых систем,³ иногда в качестве синонима *lex mercatoria* используют термин «контрактное право».⁴ К источникам *lex mercatoria* относят, как правовые, так и неправовые источники: международные договоры, рекомендательные акты международных организаций, типовые контракты, своды единообразных правил, кодифицируемых неправительственными международными организациями (ИНКОТЕРМС), международные торговые обычаи, арбитражные решения, контрактные условия, кодексы поведения.

Все эти формы негосударственного регулирования имеют целью облегчение, упорядочение отношений, связанных с заключением ВЭС, сделок международного характера и могут рассматриваться как субсидиарные средства регулирования такого рода отношений.

ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА: ОГОВОРКА О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ

¹ Бахин С.В. *Lex mercatoria* и унификация международного частного права // Журнал международного частного права. 1999. № 4 (26). С. 3-45.

² Кулагин М.И. *Предпринимательство и право: опыт Запада*. - М., 1992. С. 29-31.

³ См.: Shmitthoff С.М. *Nature and Evolution of the transnational law of commercial transactions* // *The transnational law of international commercial transactions*. Denter: Kluwer, 1982. P 19.

⁴ Decaux E. *Droit international public*. Paris. 1997. P. 135.

Проблема применения иностранного права в России достаточно сложна и актуальна, на сегодняшний день требующая пристального внимания как со стороны законодателя, так и со стороны юридической общественности.

Международное частное право является отраслью национального права. Национальное право имеет территориальный характер действия, распространяется только на территорию своего государства. Однако, при перемещении лица из одного государства в другое за ним сохраняются приобретенные в первом государстве права. В таких случаях принято говорить об экстерриториальном действии иностранного права.

Экстерриториальное действие иностранного права – явление многоаспектное. Оно включает в себя два основных элемента: признание иностранного права и применение иностранного права. Признание иностранного права на своей территории представляет собой пассивную деятельность государства, выражающуюся лишь в неоспаривании возникших у лица прежде субъективных прав. Второй аспект экстерриториального действия иностранного права – применение иностранного права на своей территории – представляет уже активную волевою деятельность государства по регулированию возникших в этом государстве отношений на основе норм иностранного права.¹

Однако, иностранное право, естественно, не может действовать безгранично. И установление пределов применимого иностранного права направлено, прежде всего, на обеспечение стабильности национального правопорядка. основополагающий принцип действия иностранного права - не нарушение основ местного правопорядка, его основных принципов.

Применение коллизионных правил на практике может привести к тому, что отдельные нормы иностранного права войдут в серьезное противоречие с основополагающими принципами отечественного права. Ведь коллизионная норма содержит формальную привязку к тому или иному правопорядку, не затрагивая при этом возможных последствий его действия. В этом смысле «отсылка к иностранному праву – это скачок в неизвестность».² В начале 20 века известный русский коллизионист М.И. Брун, имея в виду чрезвычайно широкую трактовку публичного порядка, назвал его «подводным камнем, о который разбиваются все усилия создать единое международное частное право».³

Впервые о «концепции публичного порядка» стали говорить итальянские постгlossаторы, считающиеся основоположниками науки международного частного права. Школа итальянского ученого Манчини проповедовала необходимость считаться с некоторыми законами государства

¹ Международное частное право: учеб. / отв. Ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 163-164.

² Раапе Л. Международное частное право. - М., 1960. С. 96.

³ Брун М.И. Публичный порядок в международном частном праве. - Пг., 1916. С. 78.

суда, безусловно применимыми и никак не подлежащими устранению какими бы то ни было иностранными нормами. Так, ст.12 ГК Королевства Италии от 25 июня 1865 г. закрепляла данную концепцию в следующем виде: «Несмотря на постановления вышестоящих статей, законы, акты и решения, последовавшие в чужой стране, и частные соглашения и условия ни в коем случае не могут применяться, если они находятся в противоречии с запретительными законами королевства, относящимися к лицам, имуществу и актам, либо с законами, касающимися каким – либо образом публичного порядка и добрых нравов».¹ Данным законом была закреплена позитивная концепция оговорки о публичном порядке, определяющая неприменимость иностранного права на основе его свойств, которые противоречат итальянскому законодательству. Данный подход был воспринят из Кодекса Наполеона 1807г., ст.3 и 6 которого определяли, что законы благоустройства и безопасности обязательны для всех проживающих в стране и что нельзя в порядке частных соглашений отступать от законов, затрагивающих публичный порядок и добрые нравы.

В основу ст. 12 ГК Королевства Италии 1865 г., являющегося первым опытом кодификации норм международного частного права, была положена теория П. Манчини. Как писал М.И. Брун, «Вне своего отечества иностранец может требовать, чтобы во имя принципа национальности признавали его национальное гражданское право, и во имя гражданской свободы его самоопределение в имущественных отношениях...» Манчини ставил рядом с требованиями национального принципа требования принципа политической независимости государства. Во имя этого принципа «суверенная власть каждого государства может воспрещать на своей территории всякое нарушение публичного порядка страны, установленного национальной волей. Каждое государство вправе в силу общего права равенства и национальной независимости охранять этот публичный порядок и не допускать никакого воздействия на него со стороны иностранцев...Законодатель ограждает права суверенитета и политической независимости, когда всех без различия, туземцев и иностранцев, подчиняет уголовным и публичным законам страны».² Самым сложным в этой концепции оказалось очертить круг законов, обеспечивающих публичный порядок и добрые нравы, которые ни при каких обстоятельствах нельзя обойти и которые должны применяться, несмотря ни на что. Французский коллизонист XIX века Пиллэ относит к таким законам нормы уголовного и административного права, о денежном обращении, о недвижимости. Однако в этих случаях речь преимущественно идет о публичном праве, и коллизонная проблема не встает. Поскольку в этих случаях вообще не может идти речь о применении иностранного права, то и не возникает

¹ Цит. по : Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 25.

² Брун М.И. Указ. соч. С. 9-10.

проблема противоречия публичному порядку. Периодически возобновляемые попытки очертить круг законов ни к чему не привели.¹

В. Кудашкин отмечал, что позитивная концепция оговорки о публичном порядке делает акцент на национальном принципе, который позволяет распространять публичный порядок при осуществлении прав, основанных на них, в иностранном государстве, а принцип политической независимости государства – ограничивать действие иностранного права на собственной территории, если это противоречит публичному порядку этого государства.²

Ценность концепции П. Манчини в том, что он первый трактовал публичный порядок как принцип международного частного права, раскрыл природу публичного порядка, а именно что она основана на независимости государства, его государственном суверенитете. Таким образом, главное назначение публичного порядка он видел в охране интересов государства, а не личности. Субъективные права личности основаны на ее национальной принадлежности и том, насколько государство позволяет иметь эти права. То есть основанием этих прав является волеизъявление государства, а их осуществление есть реализация суверенитета и независимости государства. В данном подходе терялась сама личность.

Немецкие коллизии подошли к проблеме иначе. Ст. 6 Вводного Закона к Германскому Гражданскому Уложению, озаглавленная «Публичный порядок», гласит: правовая норма иностранного государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с основными принципами германского права. В особенности она не может быть применена, если применение несовместимо с основными правами. В этой формулировке основной акцент делается на иностранный закон, который не может быть применен в случае противоречия национальному публичному порядку. Такой подход получил название «негативная концепция публичного порядка».

Почти повсеместно оговорка о публичном порядке закрепляется в законодательстве в негативном варианте (например: Гражданский кодекс Италии 1938 г., Вводный закон к Германскому гражданскому уложению 1896 г. и т.д.).

Негативный вариант оговорки о публичном порядке выражен в российском законодательстве в ст. 1193 ГК РФ.

Доктрина публичного порядка имеет своей целью гарантировать от такого применения иностранного права, которое является несовместимым с целями национального законодательства, понятиями справедливости, морали и т.д.

В ст. 1193 ГК РФ содержится правило, согласно которому иностранная правовая норма в исключительных случаях не применяется, когда

¹ Кабатова Е.В. Оговорка о публичном порядке/ Лекции по актуальным проблемам международного и европейского права. – Спб.: Россия–Нева, 2004. С. 318.

² Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 26.

последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации; в этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права. В отличие от аналогичной нормы действовавших Основ (ст. 158), в ст. 1193 ГК РФ обращается внимание на исключительный характер неприменения иностранного права и на явный характер несоответствия иностранной нормы российскому публичному порядку.

С точки зрения Верховного Суда РФ, содержание понятия «публичный порядок Российской Федерации» не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Поскольку законодательство РФ допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означает отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще. Под «публичным порядком Российской Федерации» понимаются основы общественного строя Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания.¹ Однако в другом случае Верховный Суд РФ указал, что он понимает под публичным порядком «основные принципы, закрепленные в Конституции РФ и законах РФ».²

В.Л. Толстых отмечает, что теория определения публичного порядка на основе интуиции, с позиций чувственного восприятия противоречия результата применения иностранного права отечественному правосознанию очень заманчива, однако, практически такой подход вряд ли себе оправдает. Такой подход легче сформулировать, чем определить конкретный механизм его реализации. Во всех случаях судья может «табуировать» применение иностранной нормы, хоть сколько-нибудь отличающейся от отечественной, мотивируя это противоречие правосознанию. Недостатком отечественного подхода к определению публичного порядка является еще и то, что не ясно, какое правосознание следует учитывать: правосознание конкретного судьи, либо некое общее понимание права, вытекающее из особенностей исторического развития отечественной правовой системы.³

Правовая доктрина склоняется к пониманию «основ российского правопорядка» как совокупности следующих элементов: 1) основополагающих, фундаментальных принципов российского права, прежде всего конституционных, частноправовых гражданско-процессуальных; 2)

¹ Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25 сентября 1998 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 3.

² Определение суда о разрешении принудительного исполнения на территории РФ решения Хозяйственного суда Латвии признано правильным. Извлечение из Постановления президиума Верховного суда РФ // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 11.

³ Толстых В.Л. Публичный порядок и правовая несовместимость // Журнал международного частного права. 2004. № 4. С. 3.

общепринятых принципов морали, на которые опирается российский правопорядок; 3) законных интересов российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны; 4) общепризнанных принципов и норм международного права, являющихся частью российской правовой системы, включающих международно-правовые стандарты прав человека.¹ Отсюда следует, что термин «основы правопорядка» более точен, чем традиционное понятие «публичный порядок», поскольку наряду с публично-правовыми принципами он охватывает и фундаментальные начала частноправового характера, и неправовые категории (мораль), не замыкаясь на одном лишь публичном праве.

Невозможность дать четкую расшифровку понятия «публичный порядок» объясняется не только тем, что оно лежит на стыке права, экономики, политики, этики, морали, но и тем, что представления об основах правопорядка меняются с течением времени.

Представляется, что любые попытки построения определения публичного порядка должны быть основаны на анализе и толковании норм права.

Поскольку в статье 1193 ГК РФ речь идет о «последствиях применения нормы иностранного права», то для применения оговорки о публичном порядке необходимо рассмотреть потенциальный результат воздействия нормы иностранного права на общественные отношения. Следовательно, категория «публичный порядок» включает в себя в качестве составной части устойчивые тенденции развития общественных отношений. Естественно, для того, чтобы результат применения иностранной нормы отличался от результата, порождаемого действием отечественной нормы права, необходимо отличие нормы иностранного права от соответствующей нормы отечественного права.

Иначе говоря, проблема определения категории «публичный порядок» частично решена самим законодателем, - эта категория включает в себя, как минимум два элемента: устойчивые тенденции развития общественных отношений и основные положения отечественного права.

Необходимо отметить, что воздействие иностранной нормы на отечественный правопорядок рассматривается по смыслу статьи 1193 ГК РФ через призму воздействия нормы на общественные отношения, следовательно этот элемент является главным.

В качестве еще одного элемента публичного порядка можно выделить основные принципы отечественного правосознания. Наличие этого элемента явно вытекает из анализа статьи 1193 ГК РФ, однако, в пользу его включения в категорию публичного порядка говорят следующие обстоятельства.

В статье 1193 ГК РФ используются следующие формулировки «явно», «в исключительных случаях». Для «включения» оговорки о публичном

¹ Международное частное право: учеб. / отв. Ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 184.

порядке недостаточно формальной оценки несоответствия результата применения нормы иностранного права отечественному публичному порядку. Необходима оценка уровня и степени несоответствия. Такая оценка может быть осуществлена только с позиций правосознания. Следовательно, будучи оценочной категорией, публичный порядок включает в себя основы правосознания.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что иностранное право не должно применяться при наличии следующих условий:

содержание норм иностранного права сильно отличается от содержания норм отечественного права;

в результате применения норм иностранного права, нарушенными окажутся охраняемые отечественным законом интересы субъектов права;

результат применения иностранного права не совместим с основными принципами отечественного правосознания.

При этом необходимо, чтобы три этих условия присутствовали одновременно.

Для обеспечения практики применения оговорки о публичном порядке, В.Л. Толстых предлагает учитывать, что право, помимо выражения своей сущности – справедливости, защищает интересы государства, морали, способствует созданию гражданского общества и пр. С учетом сложности и противоречивости современного содержания права требуется выработать не одно, а несколько оснований действия оговорки о публичном порядке.¹

К примеру, можно привести следующие ситуации, когда норма иностранного права противоречила бы отечественному публичному порядку:

чрезмерное завышение ответственности (гражданско-правовые штрафы);

защита аморальных требований (сводничество, договор с проституткой);

нарушение явно выраженного государственного интереса (устная форма внешнеэкономической сделки, договоры, отягощающие ответственность государства);

защита внеправовых обязательств (завещания в отношении животных);

противоречие базовым началам отечественного гражданского права (отсутствие срока исковой давности, недопустимость требования реального исполнения обязательства по английскому праву).

Практика применения оговорки о публичном порядке в Англии и США в 30-х гг. в условиях разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную показала непосредственную роль судебной власти в ее применении. При этом, исследуя практику применения английскими и американскими судами указанной оговорки в отношении декретов советского правительства о конфискации имущества корпораций, В.М. Корецкий столкнулся с активной ролью в этом процессе и

¹ Толстых В.Л. Публичный порядок и правовая несовместимость // Журнал международного частного права. 2004. № 4. С. 5.

исполнительной власти, от признания или непризнания которой советского правительства зависела конкретная практика судов в этом вопросе.¹

На роль суда в применении оговорки о публичном порядке указывают и современные исследователи. Так, Ю.Э. Монастырский отмечает, что «при решении вопроса об использовании оговорки о публичном порядке, иностранный закон имеет первичное, но не основное или самостоятельное значение и имеется в виду, что сам результат применения должен анализироваться судом...».² По мнению Г.Ю. Федосеевой, «в законе не раскрывается содержание «публичный порядок». Вопрос о том, будет ли применение иностранного права нарушать интересы Российской Федерации, решается в суде. В каждом конкретном случае судье следует дифференцированно, с учетом собственного правосознания, защиты прав сторон и обеспечения безопасности российского государства подходить к вопросу о возможности применения или неприменения иностранного права».³

В целом можно сделать вывод, что роль суда как субъекта правоприменения оговорки о публичном порядке объективна в силу того, что необходимость ее использования возникает в случае обращения лица в суд за защитой нарушенного права в правоотношениях с иностранным элементом. Вопросы же защиты указанных прав отнесены в системе органов государственной власти к компетенции судебной власти.

Суды европейских государств используют оговорку о публичном порядке достаточно часто.

Во Франции оговорка о публичном порядке несколько раз применялась для устранения действия иностранного права, допускающего развод на основании одностороннего волеизъявления мужа. Этот институт (репудация) признан в законодательстве некоторых мусульманских стран. В 1991 г. Апелляционный суд г. Милана рассмотрел аналогичное дело и отказал в применении иранского закона о разводе в отношении двух супругов, проживающих в Италии. По мнению судей, репудация – это «институт, противоречащий не только итальянскому публичному порядку, но и более общим принципам, закрепленным в общем юридическом сообществе, частью которого является Италия».⁴

Нельзя сказать, что «включение» оговорки о публичном порядке осуществляется только тогда, когда речь идет об устранении нормы права неевропейских государств. Так, немецкие суды несколько раз отказывали в применении итальянского права, защищающего усыновление лицам, у которых имеются собственные дети.⁵

¹ См.: Корецкий В. М. Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. - М., 1948.

² Монастырский Ю.Э. Понятие «Ordre public» в международном частном праве // Российский ежегодник международного права. 1996-1997. - СПб., 1998. С. 173.

³ Федосеева Г.Ю. Международное частное право. Учебник. - М., 1999. С. 95.

⁴ Решение Апелляционного суда г. Милана от 17 декабря 1991 г. // Цит. по Толстых В.Л. Публичный порядок и правовая несовместимость // Журнал международного частного права. 2004. № 4. С. 9.

⁵ Решение от 14 июля 1982 г. // Praxis des internationalen Privat – und Verfahrensrechts. 1982. P. 205.

Можно выделить следующие общие особенности европейской практики:

1. Публичный порядок понимается европейскими судами как комплексная категория, куда входят как национально-правовые ценности, так и ценности международно-правовые.

2. Оговорка о публичном порядке применяется, как в случаях, когда речь идет об отказе в применении права государства, чья правовая система построена на отличающихся принципах (религиозные правовые системы), так и тогда, когда речь идет об отказе в применении права другого европейского государства.

3. Оговорка о публичном порядке применяется, если отношение связано с государством суда. Э. Яйм пишет: «Публичный порядок вмешивается только тогда, когда отношение связано со страной суда. В сфере семейного права эта связь может проявляться через наиболее важные факторы, как гражданство, домициль и обычное место жительства заинтересованных лиц».¹

Говоря о концепциях оговорки о публичном порядке следует отметить, что в середине XX века стала разрабатываться еще одна «разновидность» концепции публичного порядка – транснациональный «публичный порядок» или «действительно международный порядок». В отличие от «международного публичного порядка», сформировавшегося в XIX веке, который представляет разновидность внутреннего публичного порядка, применяемого к отношениям с иностранным элементом, концепция «действительно международного публичного порядка», предложенная в XX веке, говорит о явлении не национальном, а международном. Речь идет об основополагающих принципах, на которых покоится сотрудничество государств, а не правовая система отдельного государства. Сторонники данной концепции в качестве примера приводят принципы запрета расовой и религиозной дискриминации, недопустимости нарушения национального императивного законодательства, национального публичного порядка и др.

Концепция действительно международного публичного порядка не более определена, чем концепция классического международного публичного порядка – установить набор принципов, составляющих действительно международный публичный порядок, пожалуй, еще сложнее, чем национальный публичный порядок.²

Неопределенность и нечеткость концепции вызвали весьма неоднозначное к ней отношение, как теоретиков, так и практиков. Практика дает примеры как положительного, так и отрицательного к ней отношения. В частности, концепция действительно международного публичного порядка использовалась в решении арбитража при Международной торговой палате по известному спору между британской компанией и аргентинским лицом в

¹ Jayme E. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé // Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. 1995. T. 251. P. 233.

² Кабатова Е.В. Оговорка о публичном порядке/ Лекции по актуальным проблемам международного и европейского права. – СПб.: Россия–Нева, 2004. С. 323.

1963 г. Британская компания, участвовавшая в тендере (конкурсе) по снабжению электроэнергией Буэнос-Айреса, объявленном аргентинским правительством, заключила соглашение с аргентинским лицом, согласившимся оказать помощь компании. Соглашение между британской компанией и аргентинским лицом содержало положение о выплате взяток аргентинским должностным лицам с целью обеспечить выигрыш тендера британской компанией. Шведский арбитр Лагерген отказался рассматривать дело и отметил в решении, что невозможно отрицать существование общего принципа права, признанного цивилизованными нациями, согласно которому договоры, серьезно нарушающие добрые нравы или международный публичный порядок, являются незаконными или, по крайней мере, не подлежащими принудительному исполнению, и поэтому не могут быть санкционированы судами или арбитрами. Арбитр также отметил, что коррупция является международным злом, противоречит морали и международному публичному порядку, разделяемому сообществом наций. Лагерген подчеркнул, что отсутствие его компетенции в данном случае основано не на национальных нормах о недопустимости рассмотрения отдельных категорий споров, а на общепризнанных принципах, лишаящих арбитров права принимать подобные дела к рассмотрению.

Национальные суды продемонстрировали иное отношение к новой концепции. Так, в 1976 г. Верховный суд Швейцарии не признал аргументов истца о существовании транснационального публичного порядка: «Данное понятие выражает конструкцию, предложенную некоторыми авторами, которые, однако, не смогли наделить ее четким и недвусмысленным содержанием».

Представляется, что концепция действительно международного публичного порядка, как и другие концепции в области МЧП, появившиеся в середине XX века (*lex mercatoria*, свехимперативные нормы и др.), будут еще долго вызывать споры и дискуссии, в которых возможны противоположные точки зрения на их природу, значимость и полезность.

ВЛИЯНИЕ ГРЕКО-РИМСКИХ ИСТОЧНИКОВ НА ГРАЖДАНСКИЕ ЗАКОНЫ СОБОРНОГО УЛОЖЕНИЯ 1649 ГОДА

*Чемеринская В.В. – доцент кафедры истории государства и права,
к.ю.н.*

В сфере норм гражданского права влияние греко-римских положений на Уложение, как замечает профессор А.М.Гуляев¹, могло, главным образом, сказаться в области отношений наиболее подвижных, таких, для которых

¹ Гуляев А.М. Об отношении русского гражданского права к римскому. - Киев, 1894. С. 12.

мало развитый гражданский оборот не успел еще создать своих собственных правил, другими словами, в области отношений по обязательствам.

В некоторых случаях мы встречаем в этой области почти дословные заимствования из греко-римских источников; начала византийского права отражают на себе постановления Уложения о личном найме, о найме движимого и недвижимого имущества, о поклаже, займе, товариществе и дарении.

Уложение выделяет три вида договоров личного найма:

а) Найм мастера для обделки драгоценного камня (Глава X ст. 272 Уложения)¹, которая представляет собою распространенную перифразу Prochirona tit.17 cap. 9.²

б) Найм портного для поправки или шитья платья (Глава X ст. 273 Уложения)³, а тему для этой статьи дали также постановления Прохирона (Prochiron tit. 17. cap 3 и cap. 10).

Однако, сравнивая постановления Уложения и Прохирона между собою, нужно отметить, что наш законодательный свод далеко не дословно копирует западный источник. Так, Прохерон говорит только о порче платья мастером, обязавшимся поправить данное ему платье, а Уложение предвидит и такой случай, когда платье попорчено лицом, взявшим его в ссуду.

Затем в Прохироне высказывается то начало, что для привлечения мастера, принявшего на себя какое-либо обязательство относительно данного ему материала, к ответственности не требуется злого умысла, а достаточно одного только неосторожного, небрежного или неумелого обращения с этим материалом. Уложение было слишком юным законодательством, чтобы всецело воспринять это начало развитого греко-римского права, оно не может постигнуть, каким образом мастер отвечает за порчу платья, являющуюся последствием неосторожности, граничащей со случайностью, и потому выражение *«и то платье мышами исправить»*, указывает на присутствие злой воли у виновника. Слова Уложения *«или чем испортит»* охватывают собою понятия небрежности и неумения.

Санкция данного казуса в Уложении гораздо определеннее, чем в Прохироне.

в) Найм человека для охраны имущества (Глава X ст. 275 Уложения), постановление это воспроизводит начала, заключающиеся в статьях Прохирона (Prochiron tit. 17. cap 22; Prochiron tit. 18. cap 10-12).

Уложение выделяет два вида договоров найма имущества:

а) Найм лошади (Глава X ст. 274 Уложения)⁴, постановление это, отмечал Н.Рожественский, а затем и М.Бенеманский, основано на следующих местах греко-римских источников - Prochiron. tit. 17 cap.21 и Эклога. tit. 17 cap. 7, а также Prochiron tit. 39 cap. 50.

¹ Отечественное законодательство X-XX вв. Ч. I. - М., 1999. С. 185 (Далее: Отечественное законодательство).

² Бенеманский. Закон градский. - М., 1917. С. 215.

³ Отечественное законодательство. С. 185.

⁴ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 216.

В данном случае Уложение не содержит в себе того тонкого юридического анализа, который прослеживается в постановлениях византийских источников: в то время как по ним лицо, взявшее в найм лошадь, подлежит ответственности за повреждение этой последней не только в том случае, когда повреждение это является последствием его воли, но также и тогда, когда оно произошло помимо желания деятеля, а является результатом неисполнения им известного условия, постановленного в договоре (например, условия не налагать на вьючное животное тяжести более определенного веса или же не ехать на нанятой лошади далее определенного места), Уложение отделяется общим выражением «да испортить».

б) Найм дома с обязательством хранить его от пожара (Глава X ст. 227 Уложения), постановление это почти буквально заимствовано из Прохирона (Prochiron. tit. 17 cap.1 и cap. 4). В этом случае, также как и в гл. X ст. 272, Уложение отступает от своего источника в том отношении, что не упоминает о нарушении договора найма путем чисто случайным.

Уложение является первым нашим законодательным памятником, который содержит в себе договор о товариществе; гл. X ст. 276 гласит:

«А будет кто учнет с кем торговать сложася, и один из них товарищ поедет куда с деньгами, или с товары для торговли в отъезд, и на дороге его воры разобьют, и товары и деньги поемлют у него без остатку, а товарищ его тех товаров и денег своей половины учнет на нем искати судом, и с суда будет сыщется про то допряма, что его разбойники разбили и товары и деньги поимали без остатка, и товарищу его тех товаров и денег на нем править не велеть по тому, что ему такое разграбление учинится по невольному случаю. А будет сыщется, что разбойники на него приезжали, а животов ничего не взяли: и тот иск на виноватом доправить и отдать истцу».¹

Постановление это представляет собою развитие Прохирона тит. 19, сар. 15: *«Аще общник на общую куплю пошед впадет в разбойники, и погубит свое злато, или имение, еже аще не на куплю взял будет часть пагубы, давест общник еже о врачевании издавание: такожде есть, аще и корабль с куплями истопится, и пагубу примет, егда кроме моря не бе мощно куплю принести»*.²

При рассмотрении договора дарения также можно проследить византийское влияние.

Если лицо одаренное поступает неблагоприятно по отношению к одарившему его и не исполняет условий, под которыми дарение было совершено, то сила этого последнего уничтожается и одаренный обязывается возвратить дар.

¹ Отечественное законодательство. С. 186.

² Кормчая книга, сборник церковных правил и государственных законов, регламентирующих религиозные отношения. Б.м.н.г./ 1572/ с. Написана с оригинала патриарха Иосифа Половина 1-2. - М., 1912-1913. 2 т. Приложение к журналу «Церковь» за 1912-1913 г. Кормчая гл. 48 гр. 19. о составлении общины, ст.15.Далее: Кормчая книга.

«А будет кто сдаст поместье за старостью дядя племяннику, или брат брату, а в сдаточной записи и о росписке в челобитной напишет, что племяннику дядю, или брату брата до его живота кормить, а после того учнут бити челом дядя на племянника, а брат на брата, что они их не кормят и из поместья вбивают, и крестьяном слушати их не велят: и таких племянников и у братьи те сдаточныя поместья взяти, и отдати тем, чьи они были неперед того. А которая они записи на себя дали, и те записи не в записи». (Глава XVI ст. 9 Уложения).¹

А также гл. XVI ст. 10 и гл. XVII ст. 43 Уложения отражают на себе следующие начала Эклоги:

«Всякий дар может быть взят обратно по следующим причинам: если лицо, получающее дар, оказалось неблагодарным по отношению к дарителю; если это лицо нанесло дарителю грубые оскорбления или избило его, или причинило ему большой ущерб, или покушалось на его жизнь, или не выполнило того, что было договорено при дарении, сделанном в письменной или устной форме. Если одна из таких причин доказана на суде, как было сказано, то дар отменяется». (Эклога, tit. 4 cap. 6).

2 *«Аще кто возмет дар не благодарен явится к давшему лестию, на сего сотворяя досаждение, или руце не праведно возложит нань, или пакостию великою обложит его от своего совета, или же в дар прибытка, аще писанием, или неписанием бывшего не исполнит, едина бо от сих вин, аще на судищи поставлена яве покажется, да обратятся бывшии дарове к давшему»* (Prochiron tit 13 cap. 32.3.)

Область семейного права мало урегулирована Соборным Уложением.

Все дела семейные в обширном значении с самого введения Христианства до Петра Великого были подведомственны у нас суду церковному и регулировались церковным законодательством. Поэтому Уложение, как памятник, предназначенный для употребления в судах светских, включает в себе очень незначительное число постановлений, касающихся семейного права; большая часть этих постановлений отражает на себе начала византийского права, так как церковная власть, при разрешении дел семейных, руководствовалась греко-римскими гражданскими законами (не игнорируя, однако, и собственно русских обычаев и постановлений и стараясь согласовать один с другими). В Уложении мы находим следующие постановления, источником которых является византийское право:

1. Лица, состоящие в брачном союзе, не могут вступать в новый брачный союз; второй брак при наличии первого признается недействительным.

¹ Отечественное законодательство. С. 196.

В греко-римских источниках мы читаем: *«Двоеженец наказывается плетью, а вторая жена его изгоняется вместе с родившимися от нее детьми»*. (Эклога. tit. 17. cap. 35).¹

Proch. tit. 39. cap. 70 *«Иже две жены имети покуситя не законом, но нрава изволением, добре подиметь прелюбоддеяния казнь, последиже сочетававшаяся ему жена, аще не видяше его, яко имать законную жену, помилована будет»*.²

Уложение не содержит в себе подобного общего постановления, а говорит только о холопах, вступающих во второй брак при существовании первого; кроме того, оно ограничивается признанием такого брака недействительным и не назначает наказания вступившим в него (Глава ст. XX ст.84).³

Следует заметить, что запрещение вступать во второй брак при наличии первого перешло также из греко-римского права через посредство Уложения 1649 года в Свод Законов Гражданских.

2. Четвертый брак признается недействительным; таким образом, одно и то же лицо может последовательно вступать в брак не более трех раз.

Число браков (повторительных) ограничивается в Прохироне в противоположность Римскому законодательству, позволяющему неоднократно последовательное вступление в брак и обязывавшему лишь супругов заботиться о детях их прежних браков, всего лишь тремя. Четвертый же брак безусловно запрещается - Prochiron tit. 4. cap. 25. Находящиеся в ней выражение *«Так что и к третьему браку пришедших церковным предает правилом, так чтобы убо та же правления да будет и на третьем сожитии, елика же и на втором»*.⁴

Видимо новелла составлена была под влиянием церкви. Еще Василий Великий назвал третий брак *«осквернением церкви»*, *«наказанным блудом»* и не предал его явному осуждению только потому, что он *«терпими блуда разнуданного»*. Что касается наказаний, налагаемых Василием Македонянином за вступление в четвертый брак, то они сводятся к следующему: такой брак браком не считается; дети рожденные в нем, не признаются законными; сами супруги тому же самому подвергаются наказанию, какое установлено за блуд.

В Прохироне tit. 4 cap. 25 находим постановления, запрещающие вступать в четвертый брак: *«...Да будет же се всем ныне явлено, яко аще кто дерзнет к четвертому браку, паче же реци не к браку прийти, не токмо нивчтоже таковыи мнимыи брак вмениться, ни от него рождишися дети, приснныя дети нарекуться, но и казем оскверньшихся блудными*

¹ Эклога. Византийский законодательный свод VIII в. / Вступ. ст., пер., коммент. Е.Э.Липшиц. - М., 1965. С. 71. Далее: Эклога.

² Бенеманский М.И. О прохейрос потос. - Сергиев Пасад, 1906. С. 376.

³ Отечественное законодательство. С. 247

⁴ Бенеманский М. О прохейрос потос. - Сергиев Пасад, 1906. С. 316-318.

сквернами, повинен будет, прежде даже нераспустився такового брака с женою».¹

Сравнивая с Уложением читаем: «А будет кто сворует, женится на червертой жене, и приживет с нею детей: и после его той его червертой жене и детям, которых детей приживет он с того четвертою женою, поместья его и вотчин не давать». (Глава XVI. ст. 15).²

Включение греко-римского постановления о недействительности четвертого брака в Уложение объясняется тем, что Русской Церкви приходилось вести продолжительную борьбу с обычаем наших предков вступать в брак более трех раз.

3. Жена только тогда ответственна за долги мужа, когда приняла вместе с ним обязательство.

В Эклоге tit. 10 cap. 4 мы читаем: «Если кто-либо, имеющий жену, возьмет у кого-либо в долг и потом будет не в состоянии вернуть долг, то жена не обязана выплачивать кредитору из своего приданого, если только не будет установлено, что она добровольно вместе со своим мужем согласилась на этот заем».³

Н.И.Тиктин отмечал, что подобные начала византийского права отразились у нас впервые на договоре Новгорода с немцами 1270 года; в последующих памятниках нашего законодательства до Уложения, мы не встречаемся более с этим началом.⁴ Уложение же гласит: «А будет тот должник до указанного срока умрет, а в поручной записи будет написано, что ему тот долг заплатили на срок, а не заплатить того долгу на срок: и тот долг по каболе или по записи заплатити порутчиком его; и после умершего заимщика тот долг платити жене его и детям. А будет чего на жене и на детях взяти будет нечего: и тот достальной долг взятъ на порутчиках его, кто будет в лицах». (Глава X, ст. 203 Уложения).⁵

Статью эту следует понимать в том смысле, отмечал Н.Рождественский, что долги умершего мужа сперва взыскивались с имущества жены и детей, поручившихся за него, а потом уже с имущества других поручителей.⁶ Следует заметить, однако, что вышеприведенное постановление Уложения выражено несколько неясно, вследствие чего на практике часто долги мужа взыскивались с имущества жены.

4. Дети обязаны почитать родителей и содержать их в старости. Эклога tit.6 cap.13: «Исключаются из числа законных наследников вследствие неблагодарности дети, если они бьют своих родителей, если их тяжело оскорбляют или возводят на них обвинения, или клеветуют на них; ... если дети мужского пола отворачиваются от находящихся в заточении

¹ Кормчая гл. 48 гр. 4 ст. 25.

² Отечественное законодательство. С. 197.

³ Эклога. Византийский законодательный свод VIII в. / вст. ст., пер., ком. Е.Э.Липшиц. - М., 1965. С. 59-60. (Далее см. Эклога).

⁴ Тиктин Н.И. Византийское право как источник Уложения 1648 г. - Одесса, 1898. С. 112.

⁵ Отечественное законодательство. С. 172.

⁶ Рождественский Н. Рассуждение о влиянии греко-римского права на российские гражданские законы. - СПб., 1843. С. 12.

*родителей и отказываются от поручительства за них; ... если родители теряют рассудок, а дети не торопятся ухаживать за ними».*¹

Эти же начала содержатся и в Прохироне. Перечислению причин исключения из наследства законных наследников в Прохироне посвящен целый титул XXXIII, очень обширный по своему содержанию. При широте полномочий, дававшихся родительской власти Юстиниановым правом, которому остается верным этот титул, родителям дается в нем гораздо больше поводов к исключению из наследства своих детей, чем последним в отношении к первым. Именно, дети лишаются наследственной доли в наследственном имуществе своих родителей, если: а) позволили себе ударить кого-либо из родителей, б) нанести им тяжелую обиду, с) обвинить их в уголовном преступлении, d) вращаться среди заведомо дурных людей и участвовать в их преступных замыслах и т.д.²

Дети должны оказывать родителям чистосердечное почтение, послушание, покорность и любовь; служить им на самом деле, отзываться об них с почтением и сносить родительские увещания и исправления терпеливо и без ропота. Почтение детей к памяти родителей должно продолжаться и по кончине родителей. Эти положения П.С. Калачов³ находит в гл. XXII ст. 4, 5 Соборного Уложения.⁴

5. Дети не могут приносить никаких жалоб на своих родителей.

«А будет который сын, или дочь учнут бити челом о суде на отца, или на мать: и или на отца и на мать ни в чем суда не давати, да их же за такое челобитье бити кнутом, и отдати их отцу и матери». (Глава XXII ст. 6 Уложения).⁵

Постановление это основано на Эклоге, которая гласит: *«Родители и дети, говорящие друг против друга, не допускаются [как свидетели]»* (Эклога. tit 14, cap. 4).

Однако, мы видим, что Уложение не вполне усвоило вышеприведенное постановление своего источника: в то время как Эклога одинаково запрещает свидетельствовать детям против родителей и родителям против детей, Соборное Уложение запрещает только жалобы первого рода, последние же дозволяет (гл. XXII, ст. 5 Уложения).

В области наследственного права в Уложении можно выделить следующие византийские начала:

1. Если кто-либо умирает без завещания, то ему наследуют сыновья, за отсутствием сыновей – дочери, за отсутствием последних – ближние его рода.

В древнейшем русском праве боковые родственники призывались к наследству прежде нисходящих; такой порядок наследования может быть определен, как отмечает проф. К.А.Неволин, путем сличения постановлений

¹ Эклога. С. 55.

² Бенеманский М.И. О прохирос потос. - Сергиев Пасад, 1906. С. 351-352.

³ Калачов П.С. О значении Кормчей в системе древнейшего русского права. - М., 1847. С. 31.

⁴ Отечественное законодательство. С. 252-253.

⁵ Там же. С. 253.

договоров русских с греками о кровной мести с постановлениями краткой Русской Правды. Следуя договорам, право и обязанность кровной мести принадлежали ближайшему родственнику убитого, бывшему в то же время и ближайшим наследником его по закону (Договор Олега 911 года в Лаврентьевской летописи с. 14. Договор Игоря 944 г. в Лаврентьевской летописи с. 22).¹ В краткой Русской Правде лица, имеющие право и обязанность кровной мести, поименованы в следующем порядке: брат убитого, сын, отец, сын брата, сын сестры (краткая Русская Правда ст. 1). Во времена Ярослава члены рода не жили, по общему правилу, совокупно; следовательно, могло открываться действительное наследство по смерти одних родственников в пользу других. Поэтому весьма вероятно, что порядок открывавшегося законного наследства соответствовал порядку мстителей. Вскоре, однако, это чисторусское начало предпочтения боковых родственников нисходящим должно было уступить место византийским взглядам, по которым к наследству прежде всего призываются дети умершего.

Обратимся к Эклоге, в титуле VI, сар. 1 мы читаем:

«Если кто-либо умирает без завещания и у него остаются дети или внуки, то все они наследуют; если же у умершего остался отец и мать, дед или бабушка, или более отдаленные предки, то они не могут наследовать при наличии детей и внуков».

Аналогичные начала прослеживаются и в Прохироне.

В случаях, когда наследодатель умирал, не сделав предсмертного распоряжения о судьбе своего имущества, Прохирон определяет наследование согласно с порядком его, установленным в 118 новелле Юстиниана, началами кровного родства и брака, не делая никакого различия между правами на него мужчины и женщины. Первое место по установленному им порядку принадлежит в сем случае родственникам умершего по нисходящей линии, наличие которых при открывшемся наследстве исключает всех родственников по восходящим и боковым линиям. *«Сходящий, аще будет мужеск пол или женск, честнвйше суть от восходящих и сущих от страны»*. Prochiron, tit. XXX, сар. 2. Сыновья и дочери получают равную долю оставшегося наследства.²

В русских законах преимущество нисходящих перед боковыми родственниками могло быть признано только после того, как произошло распадение родового союза в период междуусобиц, после смерти Ярослава. В пространной Русской Правде уже ясно высказано византийское начало предпочтения нисходящих: *«Если умрет кто из бояр или дружинников, то князь не наследует, а получают наследство дочери, если сыновей не останется»* (Русская Правда, ст. 91 по Троицкому списку).³

¹ Неволин К. История российских гражданских законов. Сочинения. Т. 3, - СПб., 1851. С. 335.

² Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 341-342.

³ Материалы к изучению истории государства и права СССР. «Русская Правда». - Росвузиздат, 1962. С. 47.

Теперь обратимся к Уложению и посмотрим, как оно относится к данному вопросу: *«А после которых умерших учнут бить челом о вотчинах после отцов своих сыновья и дочери: и те вотчины давать сыновьям, а дочерям вотчин с братьею жеребьев не давать, покаместа братья их живы, а давать дочерям после отцов их из поместий на прожиток по указу. А как братья их не станет и дочери тем вотчинам вотчичи»* (Глава XVII ст. 2).¹

Данная статья впервые была выведена, как заимствованная из византийских источников, К.А.Неволиным.²

Мы видим, что, как по Русской Правде, так и по Уложению, сыновья исключают дочерей от наследования; такой порядок противоположен началам Эклоги и Прохирона, по которым дочери призываются к наследству наравне с сыновьями. Духовенство постоянно стремилось проводить эти последние начала, но безуспешно: уравнение сыновей и дочерей никогда не могло привиться у нас. Следует заметить, однако, что выдел дочерям на прожиток части поместий, оставшихся после умершего отца, постепенно приближается к праву наследования их при братьях.³

2. От законного наследства не исключаются глухие и немые; после отцов и матерей они должны получать следующую им часть наследства наравне с другими братьями и сестрами. Повидимому, в данном случае не делается различия между сыновьями и дочерьми.

«А будет после которого умершего останутся дети глухи и немы, а братья их, или сестры учнут обидити их, и отцова или матерня имения учнут их отлучати: и тем умершаго детем имения отца их или матери разделить по жеребьям, всем поровну, чтобы из них никто избовижен не был» (Глава XVII ст. 15).⁴

Источником этого постановления является Prochiron, tit. XXX, cap. 13: *«Глуси и нвѣми, добрвь составляются в наслвѣдїе»*.⁵

3. Бездетная жена получает после смерти мужа свое приданое обратно, а также 4-ую часть движимого имущества покойного мужа.

В Уложении гл. XVII ст. 1 указывается:

«А женам тех умерших, которые останутся бездетны, давать им из животов их четверть, да приданое. А до родовых и до выслуженных вотчин им дела нет, oprичь купленных вотчин».⁶

Царский указ 1628 г., воспроизводимый в вышеприведенной статье Уложения, был составлен по инициативе Патриарха Филарета, руководствовавшегося следующими постановлениями греко-римского права:

«Брак заключается в письменной форме при наличии письменного договора о приданном в присутствии трех достойных доверия свидетелей,

¹ Отечественное законодательство. С. 210.

² Неволин К.А. История российских гражданских законов. Сочинения. Т. 1. - СПб., 1851. С. 193.

³ Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. - Киев, 1886. С. 425.

⁴ Отечественное законодательство. С. 214.

⁵ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 211.

⁶ Отечественное законодательство. С. 210.

согласно нашему благочестивому и точному законному определению: причем муж подтверждает со своей стороны согласие на получение им полного приданого и на его без ущербное и полноценное сохранение и сбережение, естественно, вместе с тем приростом, который при нем произойдет; и он должен предусмотреть письменно в выданном им договоре одну четвертую часть на случай бездетности» (Эклога. tit. 2, cap. 4).¹

Но Эклога предусматривает права бездетной женщины не только после смерти мужа, но и в том случае, если он попытается изгнать ее и отказаться от совместной жизни.

«Но даже тогда, когда кто-либо введет в свой дом свободную женщину и доверит ей управление своим домом и вступит с ней в связь, он заключит с ней незаписанный брак. И если муж, не имея от нее детей, попытается изгнать ее без признанной законной причины и отказаться от совместной жизни, то пусть даст ей в качестве возмездия, что и естественно, внесенное ею имущество и четвертую часть своего состояния» (Эклога, tit. II, cap. 9).²

Сравнивая Уложение и византийские источники, мы видим, что по этим последним жена наследует мужу в четвертой части всего его имущества (а по смыслу Эклоги tit 2 cap 4 в части имущества мужа, равной четвертой части приданого), по Уложению же право жены наследовать мужу ограничивается четвертую частью движимого имущества.

Следует заметить, что в Уложении, подобно тому как и в византийском праве, вообще замечается стремление обеспечить жен в получении после смерти мужей обратно приданого. Часто мужья проживали приданое своих жен, или же покупали на приданные деньги жены вотчины, так что после смерти мужа приданого в наличности не оказывалось; поэтому Уложение, представляет женам право получать после смерти мужей в полную собственность купленные вотчины этих последних:

«А купленная вотчина жене его, вольно ей в той вотчине, как похочет, нет до нея никому дела. А тот указ 137-го году написать, блаженныя памяти Великого Государя, Святейшаго Филарета Никитича, Патриарха Московского и всея Руси; Его Государевою Святительскою рукою» (Глава XVII ст. 2 Уложения).³

Затем, поместья, будучи справлены за мужем, справлялись за ним навсегда, но так как жена имела право получить на прожиток определенное количество четвертей из поместных земель своего умершего мужа, то ей, таким образом, хотя в другом виде, возвращалось то, что она принесла с собою в приданое. В этом случае, отмечал К. Неволин, могло быть дано ей на прожиток то самое поместье, которое она принесла с собою, и даже следовало давать ей это поместье преимущественно, и подтверждая это, указывал на ст. 56 гл. XVI Уложения.⁴

¹ Эклога. С. 45.

² Эклога. С. 47.

³ Отечественное законодательство. С. 210.

⁴ Неволин К. История российских гражданских законов. Сочинения. Т. 1. - СПб., 1851. С. 118.

4. К принявшему наследство вместе с имуществом и правами переходит и обязанность платить долги умершего.

Эклога. tit. бсар. 8: *«Если наследник имеет сведения об оставленном ему наследстве и знает, что имеются долги, то пусть в присутствии свидетелей, достойных доверия, будет произведена опись имущества и пусть будет выявлена его ценность; и сначала должны быть удовлетворены кредиторы, а затем то, что останется, пусть будет передано наследнику»*.¹

В Уложении мы читаем: *«А который ответчик умрет после того, как он в истцове иску обвинен, а с истцом он до смерти своей не разделался: и за таких умерших ответчиков велети истцов иск правити на жене его и на детях, или на братье, кто после его во дворе и в животах его останется»*. (Глава X ст. 132 Уложения).²

Также можно привести в пример статьи 207 и 245 главы X Уложения.

Мы видим, что вместе с имуществом и правами к принявшему наследство переходят и обязанности: платить долги умершего и вообще ответствовать в исках по имуществу.

5. Оставшимся после отца недвижимым имуществом наследники могут владеть сообща; управление и распоряжение в таком случае имуществом должно происходить по общему согласию всех соучастников; ни один из них не может отчуждать такого имущества без согласия прочих. (Глава XVII ст. 13 Уложения).³

В греко-римских источниках мы находим аналогичные постановления в Prochiron. tit. 22 cap.5: *«Аще многим суцим детем, отец умрет, приключитжеся единому от них от даяния родить притяжанное, и особно стяжанное свое имение: еже убо от даяния родитель, стяжанное обще да будет всем, иже некогда под властью бывшим детем. Особ же притяжанное ему, тому единому стяжавшему ее»*.⁴

В области вещного права под влиянием византийских источников в Уложении складываются следующие постановления:

1. В Уложении впервые появился институт, носивший в римском праве название сервитута.

Владелец имения ограничивается в праве строить мельницы или плотины на своей земле, если от этого покрываются водою луга соседа:

«... А будет на той же реке, выше того, у кого, у иного устроены мельницы изтари, или близко берегов тое реки подошли чьи нашенняя земли, или сенные покосы, а от тое его новозапрудной воды тем прежним мельницам и пашням и санным покосам будет поруха: и ему на той реке вновь плотины не делати, и мельницы не строити...» (Глава X ст. 238 Уложения).⁵ Постановление это представляет собою развитие ст. 79 Закона

¹ Эклога. С. 54.

² Отечественное законодательство. С. 155.

³ Отечественное законодательство. С. 213.

⁴ Кормчая книга гл. 48 гр. 22 ст. 7.

⁵ Отечественное законодательство. С. 179.

Земледельческого: *«Аще ли же вода идуща к мельници портит ниву или виноград, безпакостное да соблюдает осподарь мельницы; аще ли же не возможно удержати воды, да упразднится мельница»*.¹

2. Выделяются ограничения в праве владения дворами или, так называемые, городские сервитуты:

а) Никто не имеет права строить дом на меже своего и соседнего участка:

«А будет кто учнет у себя на дворе ставити хоромы близко межи соседа своего и ему тех своих хором на меже соседа своего не ставить. А будет кто на меже хоромы поставити, и в том на него будет челобитье: и тому хоромы велеть с межи отнестъ» (Глава X ст. 277 Уложения).²

В Прохироне мы встречаем аналогичные постановления.

Prochiron. tit. 38 cap. 4: *«Егда же двора будета противу себе, подобает между има быти, 12, стопама, начинаемома отлежащаго здания на основании, даже и до вся высоты хринимола. Сему бо разстоянию храниму, лет есть комуждо на бесчиленую высоту, свой дом воздвигнути и оконца в нем творити, или же приницати хоцет, новоздавый, аще же ветхий двор обновити, или от огня разрушенный»*.³

б) Никто не имеет права ставить печи и поварни к стене своего соседа.

«Также и печи и поварни на дворе в стене соседа своего никому не делати. А будет кто на дворе у себя сделает печь, или поварню к стене соседа своего, и в том на него от соседа его будет челобитье: и у него ту печь и поварню от стены соседа его отломать, чтобы соседу его от тое его поварни и печи никакова дурна не учинилося». (Глава X ст. 278 Уложения).

В Прохироне: *«Ни пеци, ни поварницы чрезь едину общую стену, не может никтоже творити, имже общую стену огонь вреждает»*.⁴(Prochiron. tit. 38. cap. 17).

в) Никто не имеет права из своего высокого дома на низкий дом соседа лить воду и сметать сор.

«А будет у кого на дворе будут хоромы высокия, а у соседа его близко тех высоких хором будут хоромы поземныя: и ему из своих высок хором на те низкия хоромы соседа своего воды не лити и сору не метать, и иныя ни которыя тесноты тому своему соседу не делать...» (Глава X ст. 279 Уложения).⁵

Н.Рождественский⁶, проводил параллели данной статьи Уложения с нормами Прохирона: *«Аще иже на вышних покровъхъ живущий воду ліють*

¹ Византийский земледельческий закон. / Текст, исслед., коммент. подготов. Липшиц Е.Э., Медведев И.П., Пиотровская Е.К. Под. ред. Медведева И.П.; АН СССР. Ленинградское отд-е Института истории СССР. – Л.: Наука. Ленингр. отд-е, 1984. С. 83.

² Отечественное законодательство. С. 186.

³ Кормчая книга гл. 48 гр. 38 ст. 4.

⁴ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 212.

⁵ Отечественное законодательство. С. 186.

⁶ Рождественский Н. Рассуждение о влиянии греко-римского права на российские гражданские законы. - СПб., 1843. С. 12.

или иной сыплют и пакость творят в нижних живущим, возбраняются творити».¹(Prochiron. tit. 38 cap. 18).

3. Никто не имеет права отнимать что-либо, хотя и свое собственное, у другого без присуждения суда – эта норма также находит свои отголоски в византийском Прохироне.

«А будет кто у кого и насильством землю хлебом посеет: и ему земли искати судом, а собою не управливатися, и хлеба с поля без указа не свозити, и животиною не толочить и не травити». (Уложение гл. X ст. 213).²

По греко-римскому праву насильственно отнявший у кого-либо свою собственную вещь лишается ее навсегда, отнявший же чужую вещь должен, кроме того, выплатить стоимость этой вещи хозяину ее.

«Аще кроме суднина от речения от имеет кто некую вещь: аще убо свое ему есть, да отпадет господство его. Аще ли чюжде, да вдаст господину его то истое и цену его». (Prochiron tit. 39 cap. 49).³

Всякое, даже и незаконное, владение охраняется правительством от насилия и самоуправства до тех пор, пока имущество не будет присуждено другому и сделаны надлежащие по закону о передаче имущества распоряжения.

¹ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 213.

² Отечественное законодательство. С. 174.

³ Кормчая книга гл. 48 гр. 39 ст. 49.

Вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе

СИТУАЦИИ РАЗВИТИЯ ЛИЧНОСТНОГО ОПЫТА СТУДЕНТА-ЮРИСТА НА УРОКАХ ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА

Жукова Е.Э. - ст. преподаватель кафедры иностранных языков, к.п.н.

Используя знания о личностных качествах студента, опираясь на его хорошо сформированные умения, преподаватель любой дисциплины способен на своих занятиях организовывать ситуации развития личностного опыта студента, как опыта самоорганизации, опыта самоконструирования жизненных смыслов. Мы говорим о сформированности личностного опыта, когда студент обладает рефлексивными знаниями о собственной личностной сфере; проблемы, его волнующие, обладают личностно-развивающей значимостью; когда он понимает значимость и смысл планирования своих жизненных перспектив и обладает умениями рефлексии, самооценки, самостоятельного вывода и создания жизненных планов. Данные критерии не оставляют сомнений по поводу крайней необходимости формирования и развития личностного опыта будущих профессионалов.

При этом следует учитывать следующее:

— личностный опыт актуализируется и развивается только в проблемосодержащей ситуации;

— последовательность организации ситуаций развития личностного опыта студента обусловлена пониманием трехфазности процесса - активизация, рефлексия, ревидия, и соответствует выделенным этапам развития личностного опыта студента: проблемно-поисковому, деятельностно-смысловому и мотивационно-ценностному;

— организации такой ситуации оптимально способствуют эвристические методы обучения, представленные тремя основными группами - когнитивные, оргдеятельностные и креативные.

В качестве данных ситуаций можно предложить следующие: ситуация осознания ценности профессиональной деятельности, ситуация самореализации в учебной деятельности, ситуация создания жизненных планов, установок и перспектив.

Последовательная организация ситуаций обусловлена тем, что первоначально студент должен осознать причины, побудившие его поступить в университет, осознать важность своего выбора, понять ценность

профессионально-юридической деятельности и, наконец, значимость планирования своих жизненных перспектив.

При организации ситуаций первого типа студенты должны получить представления о своей будущей профессии, о категориях юридической этики. Целью организации такой ситуации является осознание ценности профессионально-юридической деятельности. Она подразумевает личностную включенность студентов в деятельность на уроке. Студенты переходят к иноязычному высказыванию на основе комбинирования предметно-когнитивных знаний и переноса обсуждаемых вопросов на себя.

Модель ситуации первого типа включает в себя:

1. Определение и характеристику юридической деятельности; выбор конкретной жизненной ситуации, содержащей проблему, связанную с юриспруденцией.

2. Групповое обсуждение вариантов разрешения проблемы.

3. Определение роли юриста в данной проблеме.

4. Подведение итогов обсуждения.

На примере обучения английскому языку студентов-юристов на первом курсе ситуацию осознания ценности профессионально-юридической деятельности возможно организовать в процессе изучения тем «Моя будущая профессия», «Мой университет», «Вступительные экзамены», на втором - «Полицейская академия», «Юридические школы Англии и США», на третьем - «Профессиональная этика», «Мои карьерные планы».

Первый этап организации такой ситуации - определение и характеристика юридической деятельности; выбор конкретной жизненной ситуации, содержащей проблему закона и порядка. Мы предлагаем два варианта проведения ситуации первого этапа:

— педагог предлагает одно из определений юридической деятельности, дает ей краткую характеристику, а затем предлагает конкретную жизненную ситуацию, содержащую в себе проблему. При выборе проблемы следует учитывать и реализовывать принцип личностно-смысловой контекстности, в соответствии с которым предлагаемая проблема должна быть включена в жизненную сферу студента, т.е. иметь для него личностный смысл, в связи с чем ситуация должна быть связана и с учебной деятельностью студента;

— студенты предлагают свое определение юридической деятельности, ее характеристику, функции и проблему, которую можно разрешить в аспекте конкретной юридической деятельности.

В процессе обучения английскому языку организация первого этапа ситуации осознания ценности профессионально-педагогической деятельности может выглядеть следующим образом.

Преподаватель предлагает высказывание известного человека о юридической деятельности или пословицу, например: «Necessity knows no law». Затем студенты объясняют, как они понимают это высказывание. Сопутствующее задание для студентов – использовать модальные глаголы и конструкцию со сложным подлежащим.

Затем студентам предлагается художественный текст для аудирования или чтения. Называя все проблемы данного произведения, студенты выбирают одну, самую, по их мнению, значимую — проблему внутренней мотивации.

Эффективность решения поставленной проблемы обеспечивается сопоставлением похожих жизненных ситуаций, отраженных в художественных произведениях английских, американских и русских авторов с помощью методов инверсии, организованных стратегий, образного видения, придумывания, метода «Если бы».

Задачей преподавателя при этом является создание условий для целенаправленного переноса обучающимися умений и навыков анализа текста в изучении английского языка в целях формирования личностных смыслов, развития личностных функций у обучающихся путем их раскрытия, переживания, осмысления авторского контекста. Студенты могут проводить всесторонний анализ текстов на русском языке по следующим аспектам: тема текста, функционально-смысловой тип текста (описание, повествование, рассуждение или их комбинация), стиль текста (приемы стиля), смысловое членение текста, микротемы (их смысловая взаимосвязь), композиция текста, логика развития темы, основная мысль, авторская цель, связь темы и идеи текста с названием, языковые особенности текста (лексические, морфологические, синтаксические), их текстовая функция, эстетическое впечатление от текста, авторское своеобразие текста.

Однако внедрение такого плана анализа на английском языке затруднительно, поскольку для этого необходим высокий уровень знаний английского языка и сформированности умений и навыков его использования в устной и письменной речи. Также требуется знание языковой и литературной английской терминологии. Поэтому приведенный план всестороннего анализа может применяться студентами при разборе текстов на английском языке в вопросной форме:

1. What is the subject of the story?
2. What does the writer want to tell readers?
3. What is the type of the author's writing? Is it a narration, description or reasoning?
4. Can you divide this text into any parts? Find key sentences in each part of it. What is the main idea of them? Name every part.
5. Who are the main characters of the story? Describe them. What is your attitude to them? Do you like or dislike them? Why?

В развитии личностного опыта студента в процессе обучения английскому языку мы можем использовать то, что при анализе текстов у студентов вырабатываются умения и навыки ценностного восприятия текста; нахождения для себя каких-то духовно-нравственных заповедей; осмысления авторского замысла; умение выявлять подтекст, анализируя использованные автором языковые средства; получения эстетического впечатления от своеобразного авторского выражения мыслей; проявления контекстуальной

догадки; речевой интуиции; воображения в процессе проникновения в замысел автора; умение выразить свое отношение к прочитанному. Роль преподавателя заключается в постановке учебной задачи, ориентированной на образование жизненных смыслов и активизацию личностных функций студентов.

Вторая ситуация способствует реализации студентов в учебной деятельности, активизации проблем самовоспитания и саморазвития. Целью на данном этапе выступает создание условий, активизирующих проявление рефлексивных способностей студентов, в результате чего происходит оценивание значимости объективных жизненных ценностей для собственной личности, что является предпосылкой становления их личностных смыслов.

В третьей ситуации сформированные ценности превращаются в смыслообразующие мотивы личности. В предложенных ситуациях студенты конструируют свои жизненные планы и перспективы.

Для актуализации ситуаций осознания ценности профессионально-педагогической деятельности, самореализации в учебной деятельности, создания жизненных установок, планов, перспектив на каждом этапе развития личностного опыта студента (проблемно-поисковом, рефлексивно-смысловом, ценностно-мотивационном) применяются эвристические методы обучения.

Метод рефлексии организывает осознание студентами своего выбора профессии. Отвечая на вопросы: *What made you choose to study in this very University?* — Что побудило вас учиться в данном университете? — студенты выбирают следующие ответы: *prestige of the profession* — престиж профессии; *my interests* - интерес к выбранной профессии; *I had to* - необходимость, вызванная внешними условиями (*my parents made me* — родители заставили, *I could not enter another university* — не поступил в другое место, *my grannies and parents are all lawyers* — в семье все юристы), возможность самореализации (*I think I am good at law* — чувствую в себе способности юриста).

При выборе жизненной ситуации проблемного содержания необходимо соотнести ее с предложенным аспектом определения юридической деятельности. Преподаватель может вмешаться в определение проблемы лишь на начальном этапе развития личностного опыта студента, данная функция по мере повышения компетентности студентов переходит в их руки. Рассматриваемые проблемы могут быть разнообразными: отсутствие интереса к обучению, неспособность студента к самостоятельной деятельности, проблемы личностного взаимодействия с преподавателем и т.д.

Второй этап заключается в следующем: групповое обсуждение вариантов разрешения проблемы с позиций разных ее участников с помощью когнитивного метода образного видения способствует лучшему пониманию обсуждаемой ситуации, побуждает эмоциональную активность студентов и способствует определению роли юриста.

Можно выделить несколько вариантов организации ситуаций данного этапа:

— педагог предлагает несколько вариантов решения проблемы, и каждой группе следует обосновать предложенный ей вариант. Если группу не удовлетворяет предложенный ей вариант и в ходе группового обсуждения он отвергается, то в этом случае группа предоставляет собственный вариант решения проблемы и обосновывает недостатки отвергнутого ею варианта;

— определяется общая юридическая проблема, собственные варианты разрешения которой каждая группа ищет самостоятельно.

Студентам предоставляется возможность подумать о вариантах решения проблемы отсутствия заинтересованности в соблюдении законов самими людьми и стремлении следить за порядком в своем доме, на своей улице. С помощью креативного метода эвристического обучения «Если бы», студенты предоставляют свои варианты (“If there were no law ...”).

Далее преподаватель просит студентов вспомнить проблемный случай из своей жизни (тренируем Past Indefinite), с помощью метода самооценки оценить свое поведение в данной ситуации, следствия такого поведения, как оно повлияло на их дальнейшее поведение и жизнь.

На третьем этапе — группового обсуждения — каждый студент имеет право высказать критические замечания относительно того или иного варианта решения проблемы. При этом вводится правило, что можно критиковать вариант решения как другой, так и своей группы. Таким образом, при помощи метода рецензии и самооценки (оргдеятельностных методов эвристического обучения) и введения учебно-профессиональной игровой ситуации, создаются условия, активизирующие проявление рефлексивных способностей студентов, их знаний о собственной личностной сфере.

Одним из самых занимательных видов работ и самых необходимых для осознания ценности профессионально-юридической деятельности является сопоставление английских и русских пословиц и поговорок. Ни в одной из форм языкового творчества народа с такой силой и так многогранно не проявляется его ум, так явно не прослеживается его национальная история, общественный строй, быт, мировоззрение как в пословицах. Известный исследователь фольклора В.П. Аникин пишет: «Историк ищет в пословицах и поговорках свидетельств о далекой старине и памятных событиях древности. Юрист ценит пословицы и поговорки как неписанные законы народной жизни. Этнограф усматривает в народных изречениях и метких образных определениях и характеристиках отражение уже исчезнувших обычаев и порядков. Философ через пословицы и поговорки пытается понять строй народного мышления».

Изучение и осмысление английских пословиц и поговорок через их сопоставление с русскими, через эмоционально-образное их исследование (метод образного видения), эвристическое исследование, эвристический диалог является продуктивным и действенным в плане осознания ценности

профессионально-юридической деятельности, ибо пословица в обобщенном виде констатирует свойства людей или явления («вот как бывает»), дает им оценку («то хорошо, а это плохо») или предписывает образ действий («следует или не следует поступать так-то»).

Английские пословицы и поговорки вводятся ситуативно и по темам. На занятиях иностранного языка студенты выполняют различные задания и сталкиваются со многими проблемами, и часто наступает удобный момент, когда можно преподавателю употребить ту или иную пословицу или поговорку. Принцип ситуативности ведет к речевой догадке (Е.И. Пассов). Пословицы и поговорки сопоставляются по темам: «Труд», «Справедливость», «Истина», «Закон».

Сопоставление пословиц и поговорок позволяет студентам увидеть разнообразные взгляды народов на жизнь, но единообразие их нравственных, жизненных ценностей, и вполне может стать собственным достоянием личности студента. Методы эвристического диалога, эвристического исследования, образного видения, рефлексии усиливали процессы переживания и осмысления, тем самым способствуют эффективному смыслотворчеству и смыслоопределению. В целях активизации индивидуальности, творческой самореализации при сопоставлении пословиц студентам предлагаются задания: выбрать одну из пословиц по заданной теме и придумать ситуацию, в которой отражалась бы эта пословица. Составить рассказ или диалог, в конце которого прозвучала бы данная пословица.

Для успешной актуализации проблемы профессионального самоопределения в группе происходит обсуждение критериев отбора и принципов подготовки будущих юристов (тема «Legal ethics»), результатом чего является рефлексия своего профессионального обучения и развития в вузе.

На четвертом этапе подводится краткий итог обсуждения. Выводы, к которым приходят студенты, пополняют их представление о роли юриста в общественной и политической жизни страны.

Таким образом, на первом этапе ситуации осознания ценности профессионально-юридической деятельности:

— на основе применения когнитивных методов эвристической деятельности актуализируется проблема самоопределения будущей профессии, проблема становления жизненных планов (содержательный компонент);

— на основе применения оргдеятельностных методов выявляются слабые мотивы необходимости планирования своей жизни, отсутствие заинтересованности в определении собственных личностных смыслов (мотивационный компонент);

— на основе применения креативных методов активизируется самостоятельная поисковая активность студента, но все умения проявляются лишь на репродуктивном уровне (операциональный компонент).

Проведение данных ситуаций не противоречит целям и задачам образовательного процесса и преподаватель всегда может их разработать в соответствии с изучаемыми лексической и грамматической темами.

Ситуация самореализации в учебной деятельности своей целью имеет самореализацию студента в выборе определенной стратегии поведения. Структура данной ситуации представляется следующим образом:

1. Выбор проблемы.
2. Индивидуальная работа по ее разрешению.
3. Обсуждение в группе.
4. Выступления представителей групп.
5. Коллективное обсуждение выдвинутых по группам положений.
6. Подведение итогов.

Проблемы выбираются в соответствии с принципом контекстности и учебным планом.

Первый этап — выбор проблемы. Лучшим способом обозначить проблему является применение метода эвристического диалога.

Примером может служить работа по теме «The need for law» («Закон необходим»). С помощью метода эвристического диалога преподаватель подводит студентов к проблеме. Они перечисляют факторы, влияющие на жизнь человека в обществе, которые являются основными направлениями работы по теме.

Для актуализации проблемы преподаватель предлагает студентам прочитать текст на данную тему.

При работе с текстом преподаватель вводит новую лексику по теме, объясняет новую грамматическую конструкцию. Студенты проводят анализ текста с помощью вопросов: What is the subject of the story? What does the writer want to tell readers? Can you divide this text into any parts? Find key sentences in each part of it. What is the main idea of them? Name every part.

Очень важным аспектом при переходе иноязычного текста в иноязычную речевую деятельность является раскрытие им личностно-смыслового контекста в изучаемом тексте. Текст как фрагмент приобретаемой культуры усваивается через контекст, он изначально ориентируется на актуализацию личностных смыслов, а не на поверхностное воспроизведение.

Второй этап включает индивидуальную работу по разрешению проблемы. Студенты делятся на группы, получая задания на подтверждение своей версии.

Креативный метод эвристического исследования является важным на данном этапе. Преподаватель дает таблицы-упражнения для заполнения, неоконченные предложения и т. д. — задания для самостоятельной работы по решению проблемы, а также для отработки студентами новой лексики и нового грамматического материала.

Обсуждение в группе — третий этап — происходит уже на следующем занятии на основе применения креативного метода инверсии. Студенты

определяют основные выводы своей работы — четвертый этап. Затем преподаватель предлагает, опираясь на сделанные выводы, составить формулу необходимости и степени присутствия закона в нашей жизни.

На пятом этапе — происходит коллективное обсуждение проблемы. Студенты формируют и формулируют мысли на иностранном языке, проявляя сформированность своих убеждений на эту тему.

Результатом развития личностного опыта студента на рефлексивно-смысловом этапе является следующее:

— в процессе учебной деятельности на основе применения когнитивных методов эвристической деятельности реализуются знания студентов о природе своей личности, происходит рефлексия имеющихся смыслов (содержательный компонент);

— на основе применения оргдеятельностных методов формируются мотивы смыслообразования, но убежденность в планировании своей жизни остается ситуативной (мотивационный компонент);

— на основе применения креативных методов вырабатываются умения оценивать события и в зависимости от этого вырабатывать оптимальную линию своего поведения (операциональный компонент).

Ситуация создания жизненных установок, планов и перспектив на ценностно-мотивационном этапе своей целью имеет реализацию опыта субъектной позиции при создании собственных жизненных установок, планов и перспектив, выбор смысложизненных ориентиров и построения собственной жизненной стратегии.

Модель ситуаций третьей группы включает компоненты:

1. распределение ролей;
2. анализ биографии и смысложизненных ориентиров своего персонажа;
3. коллективное обсуждение предложенных вариантов жизненной стратегии;
4. подведение итога в аспекте жизненных установок.

Первый этап организации ситуации жизненных установок, планов и перспектив — распределение ролей между студентами. Здесь студентам предлагаются определенные роли (например, социальные — судьи, адвоката, преступника, прокурора, родственника потерпевшего; конкретные личности и т.д.).

Второй этап — анализ биографии и смысложизненных ориентиров своего персонажа. Можно выделить несколько вариантов организации второго этапа:

— студенту предлагается определенная биография, на основе анализа которой необходимо определить жизненные цели;

— студенту предлагаются смысложизненные ориентиры, в соответствии с которыми необходимо определить жизненную стратегию;

— студент самостоятельно предлагает биографию и выявляет смысл жизни;

— студент самостоятельно определяет смысложизненные ориентиры, в соответствии с которыми предлагает свой вариант жизненной стратегии;

— студенту предлагается определенная биография. Он принимает роль человека, прошедшего данный жизненный путь и ретроспективно оценивающего свою жизненную стратегию и реализованные смысложизненные ориентиры. При этом вводятся правила игры, согласно которым студент имеет право исправить свою жизненную стратегию. Введение данного приема в игровую ситуацию позволяет студентам осмыслить собственный жизненный путь в качестве конечного, что активизирует их духовно-экзистенциальную рефлексивность и способствует становлению их в позицию субъекта смыслоопределения и жизнотворчества.

Третий этап — коллективное обсуждение предложенных вариантов жизненной. Каждый студент имеет право высказывать критические замечания, однако, вводится правило, в соответствии с которым данные замечания могут касаться исключительно поведения либо жизненной позиции предлагаемых, но не их личностей. Данный прием способствует становлению гуманистической направленности личности студента, не оценивающего безоговорочно другого человека и верящего в его позитивный потенциал.

Четвертый этап — подведение итога игровой ситуации. На данном этапе осуществляется краткая характеристика предложенных вариантов и анализ таких категорий как жизненный путь, смысл жизни, жизненная стратегия. Итог может быть подведен как педагогом, так и самими студентами.

Ситуации данного типа проводятся в течение года на практических занятиях соответственно учебному плану. Ситуации выбора жизненной стратегии целесообразно проводить после того, как студенты приобретают опыт участия в ситуациях первых двух типов (ситуациях осознания ценности профессионально-педагогической деятельности и самореализации в учебной деятельности).

На этом этапе применяются следующие эвристические методы: креативные — «Если бы», организованных стратегий; когнитивные — эвристических вопросов, образного видения; оргдеятельностные — самоорганизации, самооценки, рефлексии.

Итог организации ситуации создания жизненных установок, планов и перспектив в экспериментальной группе:

— на основе применения когнитивных методов эвристической деятельности формируется опыт рефлексии собственной жизни (содержательный компонент);

— на основе применения оргдеятельностных методов вырабатываются положительные мотивы, высоко ценностное отношение к смыслообразованию и планированию своих жизненных перспектив (мотивационный компонент);

— на основе применения креативных методов эвристического обучения на высоком творческом уровне формируются умения планировать свою деятельность на ближайшее и отдаленное будущее (операциональный компонент).

Анализируя этапы и ситуации развития личностного опыта студента на основе применения эвристических методов на уроках иностранного языка, следует сделать вывод о том, что внедрение разработанной модели в образовательный процесс позволяет организовать: 1) проявление у студента эмоционального переживания при возникновении жизненных ассоциаций; 2) раскрытие ценностно-смыслового контекста; 3) принятие ценностных ориентаций и личностных смыслов, а также создать соответствующие педагогические условия: системное изучение уровня развития личностного опыта студента в сфере его жизненных планов; учет уровня развития личностного опыта студента; последовательная организация ситуаций развития личностного опыта студента в учебной деятельности; применение эвристических методов обучения на каждом этапе развития личностного опыта студента.

ПЕДАГОГИЧЕСКИЕ ВОЗМОЖНОСТИ РАЗВИТИЯ ТВОРЧЕСКОГО ПОТЕНЦИАЛА ЛИЧНОСТИ

Моисеева Л.В. – доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Современному обществу необходима опережающая педагогика – система интеллектуального и психологического развития, формирующая в личности устойчивые компоненты творческого стиля мышления. Основная особенность такого стиля мышления как интеллектуальной системы – умение анализировать любые проблемы, устанавливать системные связи, выявлять противоречия, находить для них решения на уровне идеальных, прогнозировать возможные варианты развития таких решений и т.д.

Ориентирование современной педагогики на формирование у учащихся качеств творческой личности меняет формы и принципы педагогической деятельности. Ключевая фигура учебного процесса – преподаватель. Именно то, что происходит в аудитории, придает смысл всей деятельности системы образования. Преподаватель должен не учить, т.е. передавать знания, а помогать учиться и развиваться, быть не источником информации, а организатором мыследеятельности. Способность преподавателя творчески мыслить выступает как решающий фактор перестройки учебного процесса. Для этого он сам должен быть творческой личностью и владеть той методологической основой, на которой эта мыследеятельность проявляется. Однако и методическая, и психологическая

подготовка преподавателя как профессионала-руководителя мыслительности в педагогическом образовании отсутствует.¹

Исследования психологами качеств творческой деятельности личности позволили выяснить, что творческие способности имеют одинаковую природу как для естественных, так и для гуманитарных направлений. Так сформировалась задача: тренировать осознанные элементы процесса мышления подобно навыкам чтения, письма, катания на велосипеде. К таким навыкам относятся чувствительность к проблемам, к дефициту или пробелам в знаниях, к смешению разноплановой информации, к дисгармонии элементов окружающей среды и ряд других.

Освоение любой специальности происходит в результате длительной отработки комплекса упражнений, позволяющих выработать автоматизм при выполнении необходимых операций. Очевидно, что упражнения для выработки навыков эффективного мышления должны представлять собой проблемные ситуации, решение которых производится по алгоритму, т.е. с соблюдением определенной последовательности выполнения мыслительных операций.

Методика алгоритма решения проблемных ситуаций включает в себя две цельные системы упражнений для тренировки навыков, которые проявляются в особенностях мышления творческой личности:

- по развитию творческого интеллекта.

- по развитию творческого воображения.

Практика обучения специалистов различных сфер экономики и производства, работников системы образования различных уровней показала высокую эффективность предлагаемой методики. Результаты обучения проявляются в осознании и управлении собственной стратегией мыслительной деятельности и в освоении методов системного мышления.

Потребность понять природу творчества возникла как следствие необходимости воздействовать на творческую деятельность, чтобы повысить ее эффективность.

Изучение феномена креативности осложняется тем, что в оценке творческих характеристик исследователь имеет дело прежде всего с качеством явления. В результате сопоставления исследований креативности на собственно научном материале и на материале искусства, было выявлено восемь существенных критериев, пригодных для дифференцирования:

- умение видеть проблему.

- Беглость, умение увидеть в проблеме как можно больше возможных сторон и связей.

- Гибкость как умение:

 - понять новую точку зрения;

 - отказаться от усвоенной точки зрения.

- Оригинальность, отход от шаблона.

- Способность к перегруппировке идей и связей.

¹ Меерович М.И., Шрагина Л.И. Технология творческого мышления. – Мн.: Харвест, 2003. С. 16.

Способность к абстрагированию или анализу.

Способность к конкретизации или синтезу.

Ощущение стройности организации идей.

Кроме того, было показано, что креативность в искусстве и в науке имеет общие признаки, что позволяет перенести творческие способности с одного материала на другой.

Результаты этих работ вызвали в свое время надежды, что исследователи наконец получают средства опознания творческой личности. Однако дальнейшие исследования не подтвердили их эффективности, так как креативность в целом с помощью факторного анализа исчерпывающему исследованию не поддается.

Область креативности сложна для исследования и вызывает множество споров, поскольку эмпирическое поле фактов, относящихся к данной проблеме, очень широко. Сторонники одного из направлений исследования рассматривают креативность как необычные проявления ординарных процессов, т.е. креативности как феномену вообще отказывают в самостоятельности.

Однако у креативности как у феномена много сторонников. Эти исследователи рассматривают четыре основных аспекта: креативную среду, креативную личность, креативный продукт и креативный процесс.

Гармоничное окружение имеет две необходимые характеристики: принятие и стимулирование. Для проявления творчества нужна свободная, непринужденная обстановка.

Творческие личности предпочитают многоплановость и многосторонность. Они переживают более дифференцированно и широко, более независимы в своих суждениях, самоуверенны и доминантны, с большим нарциссизмом, сопротивляются подавлению и ограничению. Они открыты, с большим чувством юмора, любопытны, чутки и поэтому меньше склонны к предубеждениям. В своем мышлении они отличаются богатой фантазией, гибкостью и оригинальностью, тщательно разрабатывают свои идеи.

Стремление приспособиться, быть подобным массе подавляет креативность, которая создает как раз противоположность приспособлению, а именно удаление от общепринятого, т.е. обновление. Интересные идеи часто привлекают конформистски настроенного человека, но путь к таким целям его пугает, поскольку может быть связан с неудачей.

К личностному аспекту исследования креативности принадлежит также проблема мотивации. Одни исследователи говорят о врожденном стремлении к созиданию, творчеству, другие - о неудовлетворенных сублимированных потребностях, желании общаться с окружающим миром, интеллектуальном стремлении, любопытстве, стремлении к новому, к перемене, к порядку.¹

¹ Ландау Э. Одаренность требует мужества. / Пер. с нем. А.П.Голубева. Науч. ред. рус. текста Н.М.Назарова. - М.: Издательский центр «Академия», 2002. С. 24.

Гилфорд (1959) различает два вида креативных продуктов: осязаемые, признанные культурой, и психологические, которые создаются не только гениями, бывают не обязательно осязаемыми, но могут также быть идеями выраженными или только мыслимыми.

Успешной новая конструкция идей или элементов бывает тогда, когда они соответствуют требованиям реальности и расширяют относительные рамки индивида, причем новое может оказывать воздействие как на внутренний мир отдельного человека, так и на систему ценностей целой культуры.¹

Сегодня в креативном процессе различают четыре фазы:

подготовительная фаза с установлением проблемы и собиранием материала;

инкубационная фаза, в которой имеющееся знание сталкивается с проблемой и собранным материалом, образуя новые отношения;

фаза понимания, в которой приходит решение;

фаза проверки, в которой испытывается и проверяется, действительно ли понимание является новым, релевантно ли оно проблеме, расширяет ли оно индивидуальные рамки и применимо ли оно.²

По мнению Эрики Ландау, имеется и еще один аспект художественной стороны креативности - креативное поведение, которое означает не разрушение границ, а смелость каждый день снова ощущать собственные границы и расширять их новыми альтернативами. Важнейшие предпосылки развития креативности - свобода и уверенность.³

Одним из проявлений креативной установки является креативное мышление. Креативное мышление - это активность, полюсами которой являются логика и фантазия, результат внутри - и межличностного общения. Это прежде всего субъективная реакция на какой-либо стимул, которая превращается в объективную формулировку восприятия. Креативное мышление - собственный продукт, и поэтому оно так ценно. Нет никаких логических методов для создания новых идей или логической реконструкции креативного процесса. Ведь каждое открытие содержит иррациональный момент или креативную интуицию. Креативное мышление требует смелости встретиться со своими чувствами и признать свои страхи. Оно представляет собой прорыв из узкого круга в «спираль», в которой молодой человек может видеть себя со всех сторон и в разном отдалении. Это освобождение - экзистенциальная победа креативного мышления.

Интегративным показателем креативности является метафоричность. Метафора - это отличительный признак чтения, ибо способность образовать хорошую метафору есть способность распознать сходство (Аристотель).

Язык - один из составных элементов единого процесса восприятия человеком действительности, отражения и хранения ее в сознании, а также в

¹ Ibidem. С. 25.

² Ibidem. С. 25.

³ Ibidem. С. 27.

способах передачи информации о ней в процессе речевой коммуникации. На уровне языковой картины мира закрепление эталонов восприятия действительности происходит за счет сравнений и метафор.

Метафора в последнее десятилетие вызывает пристальное внимание лингвистов, психологов, философов и специалистов других наук. Волна этого интереса началась с 70-х годов, когда на смену отношению к метафоре как к средству образной речи пришло понимание ее многофункциональности и многоплановости.

Лингвисты обнаружили, что «эта поэтическая красавица», имеющая древнее мифологическое происхождение, является одним из неутолимых тружеников в фундаментальных механизмах языкотворчества, обеспечивающих новым объектам включение их в культурно-языковой контекст, выработку для них номинаций и раскрытие их существенных свойств.

Ученые обнаружили, что метафоры - это модели, с помощью которых они познают и описывают законы природы: «Теоретическая наука - это в основе своей упорядоченное использование метафоры» (А.Рапопорт).

Философы обнаружили, что метафора - «философ», определяющий тип мировосприятия и миропонимания, т.е. познания мира и человека в нем. Метафора как способ мышления о мире, использующий уже добытое знание, отражает таким образом историческое развитие культуры.

Культурологи обнаружили, что метафора - это явление культуры, и понять развитие культуры без метафоры невозможно, и что попали они в заколдованный круг: культура творит метафору или метафора - культуру?

В основе метафоризации лежит расплывчатость понятий, которыми оперирует человек, отражая в своем сознании многообразную внеязыковую деятельность.

Метафору все чаще стали рассматривать как ключ к пониманию основ мышления и процессов создания видения мира, его универсального образа: человек не столько открывает сходство, сколько создает его.

Феномен метафоры сам по себе не является феноменом психологическим. Интерес психологов к метафоре связан прежде всего с проблемами соотношения мышления и языка, образного и логического. Психологическое изучение метафоры в сопоставительно-типологическом плане позволяет проникнуть в общие закономерности мышления и возможно в контексте более широкой проблемы - проблемы вербализации субъектом образа мира. Без метафоры не существовало бы лексики «невидимых миров» - внутренней жизни человека.

Метафора (*греч. metaphora - перенос*) - это употребление слова, обозначающего какой-нибудь предмет (явление, действие, признак) для образного названия другого объекта, сходного с первым в чем-либо.

Образное определение через другой объект осуществляется переносом свойств, при этом происходит сравнение, но не прямое, а косвенное, замаскированное. Аристотель дал первое определение метафоры «Метафора

есть перенесение необычного имени (перенесение слова с изменением значения) или с рода на вид, или с вида на род, или с вида на вид, или по аналогии... А под аналогией я разумею (тот случай), когда второе относится к первому так же, как четвертое к третьему, поэтому поэт может сказать вместо второго четвертое или вместо четвертого второе ... например, что старость для жизни, то и вечер для дня; поэтому можно назвать вечер старостью дня, а старость - вечером жизни или, как Эмпедокл, закатом жизни».

Существует связь сравнений с широким классом метафор. Уточняя эту связь, Аристотель указывает на логическую и психологическую сущность метафоры: понятие метафоры является психологическим, так как метафора активизирует психологическую деятельность читателя и слушателя. Метафора как средство эмоционального воздействия на адресата должна найти отклик в его душе, вызвать в ней переживания и, следовательно, экспрессивный эффект, в отличие от языковых оценочных отношений, апеллирующих к разуму адресата, к его нормативному настрою.

Ключ к пониманию метафоры - не в логических процедурах. Восприятие метафоры и ее интерпретация могут быть рассмотрены как «пассивно-активный» акт. Необходимым условием понимания метафорического выражения является определенный уровень знаний и активности мышления субъекта, воспринимающего метафору, при этом решающим фактором может выступить контекст ситуации. Эффективность понимания через метафору обусловлена ее психологической сущностью - способностью активизировать эмоциональную и интеллектуальную сферы.

«Процесс метафоризации всегда связан с наличием некоторой проблемной когнитивно-номинативной ситуации со многими переменными факторами». (Телия В.Н., 1988).

Процесс создания метафоры является творческим процессом. Творческий аспект при конструировании всех видов метафор проявляется в самом акте метафоризации - выявлении-создании общих признаков в сравниваемых объектах при поиске определения одного понятия с помощью другого.

При создании метафоры в качестве ведущего фактора выступает личность автора, так как процесс метафоризации включает в себя прежде всего мотив выбора того или иного выражения в зависимости от прагматичного замысла и погруженности этого выбора в некоторый прагматический интерес субъекта и определенную предметную область. Замысел метафоры - это интенция субъекта назвать осознаваемое, но еще «необдуманное» новое понятие или новую вещь, путь использования уже вербализованного понятия. На замысел влияет и та предметная область, о которой «думается», создавая ассоциативный комплекс энциклопедическое, национально-культурное знание или собственно личностное представление, а также «языковое чутье», т.е. осознание ассоциативного ореола значения и звучания.

При создании метафоры в мыслительном процессе основополагающими выступают также свойства мышления, как способность к выявлению разного рода соотношений в форме связей между различными представлениями и понятиями и их перенос-аналогизирование. А чтобы метафора была необычной и красивой, глубокой - необходимы оригинальность и восприимчивость.

Процесс метафоризации, опираясь на воображение, создает образы и смыслы, в реальности же существующие и, следовательно, при решении «смысловой» проблемы является интеллектуальной творческой деятельностью.

Говоря о метафоричности в структуре креативности, отметим, что целью метафорического творчества является решение с помощью метафоры проблемно-когнитивных «языковых» и познавательных ситуаций, для чего необходимо наличие креативных способностей.

Способность к созданию метафор выделяется как самостоятельный компонент в структуре креативных способностей. Показатель креативности «метафоричность» рассматривается как комплекс интеллектуальных свойств, проявляющихся в готовности работать в фантастическом, «невозможном» контексте, как склонность использовать символические, ассоциативные средства для выражений своих мыслей, умение в простом видеть сложное, в сложном - простое (Холодная М.А., 1997).

Исходя из структуры творческой деятельности, механизм конструирования метафоры включает в себя возникновение авторского замысла, поиск объекта, выбор вспомогательного объекта, который является образным компонентом. В выборе вспомогательного компонента важны такие свойства мышления, как ассоциативная беглость и оригинальность, чувствительность к нюансам. И последний этап - синтез: создание в воображении «идеальной реальности» с целью получить новый смысловой результат с многоплановыми ассоциациями. Создается новый объемный смыслодержательный образ, реализующий замысел автора метафоры.

Развитию творческого потенциала личности может способствовать изучение и использование семи основных духовных принципов Леонардо да Винчи.

Майкл Гелб, признанный новатор в области творческого мышления, быстрых форм обучения и развития качеств руководителя, президент международной тренинговой и консалтинговой фирмы «Высокорезультативное обучение», в своей книге «Научитесь мыслить и рисовать как Леонардо да Винчи» рассказывает о применении семи принципов знаменитого итальянца для развития творческого потенциала. Фигура Леонардо вдохновляет человеческий дух. Многие можно почерпнуть у него для развития собственного сознания и творческого начала.

Весьма интересно положение о том, что для целостности создания необходимо сочетать мужской и женский принципы. Необходимость интеграции мужского и женского принципов имеет научно подтвержденное

основание. Психологи Стэнфордского университета в ходе эпохального исследования выяснили, что интеллектуальная деятельность самого высокого уровня несовместима со стереотипами мужественности и женственности. Доктор Торранс пришел к выводу, что жесткая половая идентификация сдерживает творческое начало. Для творчества необходимо равновесие между чувствительностью, традиционно женской чертой, и независимостью, чертой, в большей степени характерной для мужчин.¹

Принцип «Создавайте равновесие: искусство/наука (*arte/scienza*)» подразумевает умение уравнивать работу правого и левого полушарий мозга до достижения полной гармонии. Личность Леонардо и его творчество - не просто пример равновесия между логическим и творческим мышлением, искусством и наукой, они выражают важное соотношение мужского и женского принципов мироздания.²

Чтобы противостоять «дегениализирующему» влиянию школы и общества и пробудить интерес к развитию своего творческого потенциала, можно обратиться к принципу «Берите на себя ответственность: доказательство» (*dimostrazione*). Леонардо поможет начать думать самостоятельно и брать на себя ответственность за открытость разума для изучения мира во всей его красоте.

Принцип «Ищите истину: любознательность (*curiosita*)» призывает встать на путь поисков смысла. Именно путь искателя, желание познавать являются «первым двигателем» духовного путешествия. Самонаблюдение - это ключевая дисциплина для развития духовной любознательности. Умение объективно себя оценивать высвобождает огромную энергию для внутреннего раскрепощения и преображения.³

Древняя латинская пословица «Amor vincit omnia» была одним из любимых девизов Леонардо и напоминанием о том, что «любовь - это величайшая сила на земле».

Принцип Леонардо «Исповедуйте любовь: связь (*connessione*)» раскрывает понимание того, что существует некий единый узор, который объединяет все живое и признает, что любовь - это космический импульс, который создает, поддерживает, направляет, наделяет информацией каждое живое существо.⁴

Педагогическая целесообразность использования духовных принципов Леонардо да Винчи в системе креативности вполне обоснована.

Креативность означает смелость. Все новое является неизвестным, некомфортным. Индивиду требуются внутренняя свобода и защищенность в его окружении, чтобы из надежного знакомого круга он мог вступить в неизвестное.

Креативность - это общая жизненная установка, образ жизни, а также способ выживания. Ведь креативность означает также умение жить со

¹ Гелб М.Дж. Расшифрованный код да Винчи / Пер. с англ. Н.В.Кемпо. - Мн.: ООО Попурри», 2005. С. 30.

² Ibidem. С. 55.

³ Ibidem. С. 69.

⁴ Ibidem. С. 180.

страхом и, преодолевая страх, неуверенность, активно жить, создавать отношения, несмотря на абсурд, на то, что все преходяще во времени и пространстве. Создавать отношения, быть творческим - это креативность человека. Мужество, смелость, активность - это бунт человека против абсурда, против смерти.

Креативность - это также напряжение, поскольку она включает в себя свободу и границы. Напряжение между этими двумя крайностями есть реальность, дающая креативности форму и смысл. Создавая свой порядок, свою форму, свой смысл, индивид становится личностью. *Creo ergo sum.*

НАЦИОНАЛЬНО-КУЛЬТУРНЫЙ КОМПОНЕНТ ЗНАЧЕНИЯ В РЕКЛАМНЫХ ТЕКСТАХ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ МЕЖКУЛЬТУРНОЙ КОММУНИКАЦИИ

Насретдинова Р.Р. – доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Стремление понять чужие культуры или их представителей, разобраться в культурных различиях и сходствах существует столько времени, сколько существует культурное и этническое разнообразие человечества. Столь же древним, как и желание постичь другие культуры, является стремление не принимать во внимание другие культуры или же рассматривать их как недостойные, оценивая при этом носителей этих культур как людей второго сорта, считая их варварами, у которых нет ни культуры, ни личностных качеств и вообще каких бы то ни было человеческих достоинств. Такого рода полярное отношение к другим культурам существовало на всем протяжении человеческой истории. В трансформированном виде эта дилемма сохраняется и сегодня и выражается в том, что само понятие межкультурной коммуникации вызывает множество споров и дискуссий в научной литературе и среди специалистов-практиков. Это понятие появилось на свет в результате компромисса. Синонимами его являются кросс-культурная, межэтническая коммуникация, а также понятие межкультурной интеракции.

Большинство специалистов считают, что говорить о межкультурной коммуникации (интеракции) можно лишь в том случае, если люди представляют разные культуры и осознают все, не принадлежащее к их культуре, как чужое. Отношения являются межкультурными, если их участники не прибегают к собственным традициям, обычаям, представлениям и способам поведения, а знакомятся с чужими правилами и нормами повседневного общения. При этом постоянно выявляются как характерные, так и незнакомые свойства, как тождество, так и инакомыслие, как привычное, так и новое в отношениях, представлениях и чувствах, возникающих у людей.

Понятие «межкультурная коммуникация» впервые было сформулировано в 1954 году в работе Г. Трейгера и Э. Холла «Культура и коммуникация. Модель анализа». В этой работе под межкультурной коммуникацией понималась идеальная цель, к которой должен стремиться человек в своем желании как можно лучше и эффективнее адаптироваться к окружающему миру. С тех пор исследователи продвинулись достаточно далеко в теоретической разработке этого феномена. В результате многочисленных исследований были определены наиболее характерные черты межкультурной коммуникации. Так, было отмечено, что для межкультурной коммуникации необходима принадлежность отправителя и получателя сообщения к разным культурам. Для нее также необходимо осознание участниками коммуникации культурных отличий друг друга. По своей сущности межкультурная коммуникация – это всегда межперсональная коммуникация в специальном контексте, когда один участник обнаруживает культурное отличие другого.

Действительно, не вызывает сомнений, что коммуникация будет межкультурной, если она происходит между носителями разных культур, а различия между этими культурами приводят к каким-либо трудностям в общении. Эти трудности связаны с разницей в ожиданиях и предубеждениях, свойственных каждому человеку, и, естественно, отличающихся в разных культурах. У представителей разных культур по-разному идет дешифровка полученных сообщений. Все это становится значимым только в акте коммуникации и приводит к непониманию и напряженности, трудности и невозможности общения.

И, наконец, межкультурная коммуникация основывается на процессе символического взаимодействия между индивидуумами и группами, культурные различия которых можно распознать. Восприятие и отношение к этим различиям влияют на вид, форму и результат контакта. Каждый участник культурного контакта располагает своей собственной системой правил, функционирующих таким образом, чтобы отосланные и полученные послания могли быть закодированы и декодированы. Признаки межкультурных различий могут быть интерпретированы как различия вербальных и невербальных кодов в специфическом контексте коммуникации. На процесс интерпретации, помимо культурных различий, влияют возраст, пол, профессия, социальный статус коммуниканта. Поэтому степень межкультурности каждого конкретного акта коммуникации зависит от толерантности, предприимчивости, личного опыта его участников.

На основании сказанного межкультурную коммуникацию следует рассматривать как совокупность разнообразных форм отношений и общения между индивидами и группами, принадлежащими к разным культурам.

Для данной работы интерес представляет проблема, каким образом межкультурная коммуникация помогает раскрыть отраженные в рекламных текстах национально-культурные особенности того или иного народа.

В различной научной и справочной литературе, а также литературе по рекламе и маркетингу имеется большое количество определений рекламы, однако единого, всеобъемлющего определения пока не существует. В многочисленных трактовках этого понятия учитываются различные аспекты рекламы. Она рассматривается как массовая информация, инструмент экономики, форма психологического воздействия, массовая культура, искусство и т.д.

Несмотря на расхождения в понимании сущности данного явления, все исследователи сходятся в одном: реклама – это вид информационной деятельности, и не важно, что является продуктом рекламы, и о какой сфере рекламной деятельности идет речь.

Воздействие в сфере массовой коммуникации нельзя назвать случайным или произвольным. Успех воздействия может быть достигнут лишь в том случае, если реципиент толкует основную идею сообщения в соответствии с замыслом коммуникатора.

Теоретически члены одного языкового общества обладают единой языковой ментальностью. Термином языковая ментальность (или языковое сознание) в отечественной лингвистике принято обозначать особый способ представления мира, отражаемый в языке. При межкультурной коммуникации возникает проблема создания общности структур языкового сознания у объекта и субъекта речевого воздействия, т.к. при контакте с незнакомой культурой реципиенту приходится сравнивать две лингвокультурные общности и результатом такого сравнения является полное или частичное непонимание.

Языковая личность определенной национальной культуры обладает комплексом знаний, накопленных в ходе социально-исторического развития общества и передаваемых из поколения в поколение с помощью социально-культурных средств и являющихся основой индивидуального и общественного познания. Эти знания могут быть отнесены к содержанию «социальной памяти», по мнению Я.К.Рибане.¹

Американские антропологи национальную культуру определяют как «образ жизни», набор стереотипных моделей поведения, при помощи которых члены единого национально-культурного общества вступают в различные отношения друг с другом. Эти правила поведения не являются универсальными или неизменными, но они являются обязательными и признаются всеми членами данного общества.

Культура, по мнению американских антропологов, – это не только то, что создано людьми в процессе творческой деятельности, но и их знания о правилах поведения и структуре общества, в котором они живут.

Общность правил поведения и образа мыслей позволяет людям чувствовать, что они принадлежат к единой национальной культуре (Levine, Raffer, Ehgle).

¹ Рибане Я.К. Принцип социальной памяти // Философские науки. № 5. 1977.

Культурными антропологами при определении культуры на первый план выдвигается понятие модели и структуры – «культура есть структурированная система моделированного поведения».¹ Исходя из того, что «все культурное поведение моделировано» (Sapir, 1949) элементы (или модели) культуры в этих определениях структурированы в систему или множество систем, которая, будучи исторически создаваемой, является открытой и подверженной изменениям. Вместе с тем, в культурной антропологии признается и важность знаний, регламентирующих поведение в обществе. Один из известных представителей культурной антропологии Гудинаф дает следующее определение культуры: «Культура общества состоит из того, что необходимо знать и во что необходимо верить, чтобы действовать приемлемо для членов данного общества и при этом выступать в любой роли, которую любой из членов общества считает приемлемой для себя».² Таким образом, культура, в отличие от биологического наследия, представляет собой продукт процесса познания – определенную сумму знаний в самом широком смысле этого слова. Культура, по словам Гудинафа, – это не материальный феномен, это не предметы, люди, поведение или эмоции. Культура – это модель интерпретации того, что говорят и делают люди, социальных структур и процессов. Отсюда делается вывод о том, что описание культуры не может сводиться к простому каталогу наблюдаемых фактов – поведения, социальных, психологических и иных явлений. Необходимо построение теории концептуальных моделей, репрезентируемых этими фактами.

Определение культуры как общности стереотипных моделей представляется нам слишком узким. Члены единого национально-культурного общества обладают общей основой для коммуникации, т. е. имеют общую социальную историю. Под социальной историей понимается система мировоззренческих взглядов, этических оценок, эстетических вкусов, социальных стереотипов, поведенческих норм и знаний, в которых отражается национально-культурная специфика данного языкового коллектива. Эти знания усваиваются индивидом в процессе социализации в рамках единого языкового общества и могут проявляться в большей или меньшей степени в его поведении.

В отечественной науке об обществе культура рассматривается расчлененно, в ее материальном и духовном аспектах. «Культура как общественное явление – это совокупность материальных и духовных ценностей, накопленных и накапливаемых определенной общностью людей. Культура – это продукт социальной активности человеческих коллективов, она имеет исторический генезис и, наконец, играет определяющую роль в становлении отдельной человеческой личности».³ А.Г. Халатян связывает понятие культуры не просто с небιологической активностью человека, а с

¹ Ладо Р. Лингвистика поверх границ культур // Новое в зарубежной лингвистике. Выпуск XXV – М., 1989. С. 50.

² Goodenough W.H. Cultural anthropology and linguistics – 1964. P. 36.

³ Верещагин Е.М., Костомаров В.Г. Язык и культура. – М., 1990. С. 35.

активностью социальной. Культура, таким образом, является порождением не видового (наследственного) или индивидуального опыта, а опыта социально-исторического.¹ В нашем понимании национальная культура- это накопленные народом знания, выраженные прежде всего в языке.

Конфронтация двух культур при межкультурной коммуникации неизбежна. Межкультурная коммуникация – это адекватное взаимопонимание участников коммуникативного акта, принадлежащих к разным национальным культурам. Непонимание между представителями различных межкультурных общностей нередко обусловлено не языковым барьером, а расхождением культурно-исторического наследия. Этот факт неоднократно подчеркивался в исследованиях так называемого межкультурного взаимопонимания (cross-cultural understanding).

Адресуя рекламный текст массовой или строго ограниченной аудитории, автор неизбежно исходит из некоего общего фонда знаний, которые он разделяет с адресатом. Наиболее наглядно эта черта языка рекламы проявляется в характере используемых в ней аллюзий, восприятие которых всегда зависит от определенного минимума фоновых знаний. Иными словами, успешная коммуникация невозможна без ориентации отправителя информации на фоновые знания реципиента. Без учета этих знаний аллюзия может быть непонятой. Вместе с тем фоновые знания являются переменной величиной, определяемой характером коммуникантов, их жизненным опытом, социальным и культурным уровнем. Создавая рекламный текст, автор исходит из определенной модели фоновых знаний реципиента, от которых зависит адекватная интерпретация аллюзий. Если же реципиент принадлежит к иной национальной культуре, задача автора значительно усложняется.

Just imagine that militia will find out it.

Dunkin' Donats

Представьте, что милиция узнает об этом...

Данкин Донатс

Для понимания этого рекламного текста, опубликованного в газете The Moscow Times, необходимо знание некоей языковой, за-текстовой социально-культурной реальности. В США донатсы очень любимы полицейскими, что служит поводом для многочисленных шуток о том, что во время совершения преступлений полицейские оказываются вблизи кафе, торгующих донатсами, и из-за этого не всегда вовремя прибывают на место преступления. Реклама адресована американцам (или иностранцам из других стран), в какой-то мере знакомым с русской культурой и с «особенностями» работы русской милиции. В журналах, газетах, телепрограммах широко освещаются факты, свидетельствующие о невыполнении работниками ОВД своих обязанностей. Возможно, DUNKIN DONUTS в скором времени будет представлять угрозу безопасности российских граждан. Данный пример

¹ Халатян А.Г. Национально-культурные компоненты в языке современной рекламы. Автореферат дисс. – М., 1996.

показывает, что фоновые знания могут быть выделены при сопоставлении двух различных культур.

При сопоставлении культур можно выделить культурные универсалии и культурные реалии. Сопоставление языков и культур вскрывает не только общее, универсальное, но и специфическое, национально-самобытное, обусловленное различиями в истории развития народов. Отражение социально-этнических и культурных особенностей в языке осложнено к тому же различными «языковыми картинками мира», порождаемыми имманентностью законов языка и относительной самостоятельностью «лингвистических картин мира», в процессе познания.

Несовпадение «языковых картин мира» и специфических особенностей сопоставляемых культур (реалий) является основным препятствием в достижении полного взаимопонимания между участниками коммуникативного акта.¹

Естественно, что культуры, далеко отстоящие друг от друга (например, русская и американская), имеют меньше точек соприкосновения и объем страноведческих фоновых знаний, подлежащих обработке, будет значительно больше, чем при родстве культур.

Фоновые знания способствуют более полному и образному восприятию языковых единиц.

Баунти – райское наслаждение!

Реклама шоколада Bounty

Bounty – фирменное название шоколадных батончиков, содержащих кокосовые орехи, которые производятся в Великобритании. Слово Bounty имеет лексическое значение, известное носителям английского языка – «щедрость», однако названию шоколада способствовала не только семантика слова, но и история, знание которой способствует воздействию на потребителей – представителей данной культуры.

Bounty – название британского военного корабля, получившего известность из-за происшедшего на нем в 1789 году мятежа во время его плавания в Тихом океане. Матросы высадились на одном из островов, где в изобилии произрастали кокосовые орехи, а туземные девушки отличались красотой. Попав в этот райский уголок, матросы с корабля Баунти действительно получили райское наслаждение. Эпизод этот, как и название корабля, и даже фамилия капитана (Уильям Блай – William Bligh) широко известны в странах английского языка, прежде всего из-за фильмов, посвященных этому событию. Однако русскоязычному потребителю все это неизвестно, рекламное название шоколада воспринимается на веру – Баунти – райское наслаждение.

Таким образом, реклама является формой массовой коммуникации. Цель рекламы – вызвать у потребителя желание купить и превратить это желание в необходимость. Эта цель достигается путем воздействия на

¹ Томахин Г.Д. От страноведения к фоновым знаниям носителей языка и национально-культурной семантике языковых единиц в их языковом сознании// Русский язык за рубежом. – М., 1995.

сознание потребителя. Для того, чтобы обеспечить эффективность сбыта продукции, рекламные тексты адаптируются с учетом фоновых знаний потребителей того общества, на которое осуществляется воздействие. Рекламные тексты апеллируют к фоновым знаниям реципиента с целью создания в его сознании положительного отношения к рекламируемому товару.

Структура рекламного сообщения включает в себя три компонента – вербальный текст, визуальный ряд и звучание. Вербальная сторона рекламы является важнейшей ее частью, позволяющей воздействовать на читателя, передавая более полную информацию о рекламируемом товаре.

Чтобы привлечь внимание, рекламное сообщение должно быть интересным и оригинальным именно для представителя той культуры, на кого оно рассчитано. Поэтому адресат не должен затрачивать усилий для понимания содержащейся в нем информации, текст должен быть максимально простым. Некоторые психологи отмечают даже, что «уровень понятности сообщения должен быть на 10 пунктов ниже среднего IQ того социального слоя, для которого оно предназначено».¹

Кроме того, чем короче текст, тем больше вероятность, что его примут во внимание. По рекомендации психологов, продолжительность аудио- или видеоролика не должна превышать 60-70 секунд, а печатный рекламный текст должен быть составлен таким образом, чтобы читатель за 6-8 секунд мог понять его суть, иначе внимание потенциального потребителя будет потеряно.²

Замечено также, что эффект от рекламы нарастает по мере увеличения числа повторений. Ощутимый сдвиг в действенности рекламного сообщения наступает чаще всего после 7-10 повторений. Действительно, одно и то же рекламное сообщение на одном и том же канале в течение часа можно увидеть до 10 раз. Раньше это явление было типично для американского телевидения, теперь оно стало обыденным и в России.

Повторением одной и той же информации о рекламируемом товаре можно считать и слоган данного товара, который согласно своей основной функции, сопровождает все рекламные сообщения о товаре в рамках целой рекламной компании.

Повторение слогана в рекламе определенной торговой марки или ключевой для данной компании фразы (например, заголовка) во всех рекламных сообщениях полностью отвечает одному из законов, выведенному известным американским специалистом по рекламе Р.Ривзом на основе изучения нескольких сотен примеров: «Потребитель склонен запоминать из рекламного объявления только что-то одно: либо один сильный довод, либо одну сильную мысль».³

¹ Шейнов В.П. Скрытое управление человеком (Психология манипулирования). – М., 2001. С. __

² Там же. С. __

³ Ривз Р. Реальность в рекламе. – М., 1969. С. __

В правила рекламной «игры» входит также и ломка привычек, традиций и в конечном счете культуры, расцениваемая рекламистами как позитивный сдвиг в отношениях потребителей к торговой марке и несомненный успех в ее развитии. Так, McDonalds – торговая марка № 2 во всем мире, – по словам Ж.-М.Дрю, достигла успеха во Франции совсем недавно. Столица изысканного вкуса, где обед с хорошим вином и тонким соусом в традиционном ресторане считался нормой, «презирала гамбургеры».¹ Кто мог представить, что количество ресторанов McDonalds во Франции вырастет с 20 до 1000 и то, что некогда воспринималось всего лишь как точка быстрого питания, превратится в семейный ресторан – излюбленное место развлечения 80 % французских детей?

Конечно, такие изменения произошли не только из-за рекламы. McDonalds известен хорошим и быстрым обслуживанием, внимательным отношением к детям, простотой и стабильностью ассортимента (можно заранее спланировать свое меню), однако первый имидж в глазах потребителя был сделан именно в рекламе, основными персонажами которой во Франции (да и в России) были дети. В одном из роликов умная не по годам девочка, находясь в классическом ресторане, делает замечания взрослым, нарушающим этикет поведения за столом: кто-то положил локти на стол, кто-то читает во время еды, отец потихоньку таскает жареную картошку у своего сына. В конце ролика девочка замечает: «Совсем как в McDonalds». Следовательно, McDonalds – место, где нет запретов, где можно чувствовать себя свободным.

Проблема учета национально-культурной специфики целевой аудитории встает и перед лингвистами, занимающимися проблемой эквивалентного перевода рекламы на иностранный язык. Исследования некоторых зарубежных специалистов в области межкультурной коммуникации, направленные на рассмотрение так называемых «межкультурных контрастов», могут в определенной мере способствовать решению задачи поиска путей оптимизации способов адекватной передачи рекламных сообщений с учетом именно этой национально-культурной специфики. Интересно, например, сопоставить некоторые особенности национального менталитета, типичные для жителей Германии и Франции, представляющих крайние точки на условно выделяемой шкале контекстуальности. Так, в одной из широко известных работ Э Холла отмечается, что для немцев, чья культура характеризуется низкой контекстуальностью, эффективность рекламного сообщения определяется количеством содержащихся в нем фактов, позволяющих создать максимально полное и разностороннее представление о рекламируемом продукте. Имея привычку делать покупки всецело полагаясь на рекламу из-за ограниченного времени работы магазинов, немецкий потребитель в своем выборе во многом зависит от достоверности информации рекламных объявлений. Он может при необходимости даже подать в суд при выявлении

¹ Дрю Ж.-М. Ломая стереотипы. – СПб., 2002. С. __

неточностей или искажений в рекламном сообщении и в случае правоты своего иска может рассчитывать на поддержку соответствующих государственных органов, призванных защищать его права и ограничивать конкуренцию в рекламе. Следует также отметить большую избирательность немцев в отношении использования рекламных паттернов (advertising patterns): они предпочитают использовать лишь слоганы и бренды, которые завоевали широкую мировую известность.

В отличие от немцев высококонтекстуальные французы в рекламе отдают предпочтение лаконизму и емкости и, ставя во главу угла зрительное восприятие, большое внимание уделяют эстетичности и образности – соответственно цвету и композиции. Для них эффективным и не нуждающимся в дополнительных комментариях может быть рекламное объявление, состоящее из одного слова, например названия популярного бренда. Французские покупатели, выбирая товары, не ориентируются на объявления, а сравнивают их непосредственно в магазинах (comparison shopping), которые, в отличие от немецких, рано не закрываются.

В связи со всеми выше изложенными моментами американским рекламодателям, с их ярко выраженной тенденцией ко всякого рода хвалебным преувеличениям с целью поддержания корпоративной репутации и создания имиджа, не всегда сопутствует успех на европейской почве. И основной совет в плане повышения эффективности рекламных сообщений американские культурологи основывают на изучении местных обычаев и сложившихся традиций, в данном случае касающихся национального менталитета потребителя, и формулируют его так: You must be very French in France and very German in Germany.¹

Таким образом, если речь идет об учете национально-культурного компонента значения в рекламных текстах, то можно выделить национально детерминированные доминанты эффективности рекламы: подробно детализированная информация – для немцев, ярко выраженное эмоциональное воздействие – для французов, гиперболизированный имидж – для американцев.

ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ КОНТЕКСТ КАК ОБЪЕКТ ЭКСПЕРТИЗЫ

Попов Е.Б. – зав. кафедрой иностранных языков, к.п.н., доцент

Образование как система описывается через совокупность следующих компонентов: а) образовательный контекст (внешние обстоятельства): факторы, определяющие отношение к образованию и образованности; этнокультурный фон осуществления образовательной деятельности (исторические и культурные события, информационная среда, ментальность);

¹ Hall E.T., Hall M.R. Understanding cultural differences. International Press Inc., 1990. P. __

мера социальной востребованности образования; б) институализация образования (временной и пространственный аспект; формальная, неформальная и информальная подструктуры); объем, содержание и структура доступных образовательных услуг; в) педагогическая теория (философия и методология образования, микропарадигмы и педагогические концепции); педагогическое сознание (событийное осмысление практики воспитания и обучения); педагогическая практика (осознанные действия субъектов образовательного процесса); педагогические обычаи (нерефлексируемое поведение, стереотипы взаимодействия и отношений обучающихся и обучаемых) и артефакты (оригинальные средства обучения).

В данной статье предлагается характеристика первого из выделяемых компонентов образовательной действительности - образовательный контекст. Контекст – это, с одной стороны, внешний объективный мир, в котором действует человек, а с другой стороны, информация, достаточная для обозначения роли и отношения совокупности объектов к субъективной реальности отдельного человека или определенной социальной группы. Чем глубже понимание контекста, в котором действуют люди, тем более целостно воспринимается картина соответствующего участка мира, тем более адекватными становятся поступки человека и функционирование социальных институтов в условиях данного контекста.

Современная социально-экономическая ситуация в стране в самом общем виде может быть представлена следующими обстоятельствами, которые предопределяют содержание и динамику изменений образовательного контекста, а именно:

- частичная демонополизация политической жизни, произошедшая в последнее десятилетие, проявилась в диверсификации политических институтов и в создании возможностей их выбора; наметилась постепенная переоценка социо-нормативных канонов человека (утверждение ценностей свободы, персонализации, ответственности, саморазвития); и как результат – относительная активизация общественной инициативы и создание движений, объединений, фондов по реализации определенных негосударственных программ и проектов;

- разнообразие и «делокализация» информации, получаемой по современным каналам массовой коммуникации, создание доступных банков глобальной сети ведет к ослаблению и снятию политических и культурных барьеров и «занавесов».

- динамизм общественной и культурной жизни последних 15 лет привел к снижению локального контроля старшими поколениями над той информацией, на базе которой формируется новое поколение (спутниковое транснациональное телевидение, интернет, новые формы и институты рекреации и досуга и т.п.);

- провозглашение опоры на эффективность и результативность индивидуальных усилий человека, на реализацию и самосовершенствование его способностей ориентирует социальные институты на активизацию

внутренних ресурсов человека и экономию, оптимизацию внешних (экономических) затрат. При этом, внесение рыночных отношений в повседневную жизнь Российского общества ориентирует на усиление конкуренции в сфере услуг, агрессивности по отношению к оппонентам, прагматизма, приоритета ближайших перспектив;

- динамичные изменения состояния рынка труда и социальной ситуации порождают необходимость подготовки людей к жизни в быстро меняющихся условиях; тем самым усиливается тенденция на увеличение сроков формального образования, реальностью становится непрерывность как новое его качество;

- происходит социальное расслоение и стратификация Российского общества по таким основаниям как образ и стиль жизни, социальная идентичность, позиция, статус, что порождает проблему перманентной бедности, то есть длительного отсутствия у людей достаточных материальных и культурных ресурсов для поддержания здорового существования. «Абсолютная» (первичная) бедность относится к недостатку основных условий для поддержания физической жизни - пропитания и крыши над головой. «Относительная» (вторичная) бедность используется для показа несоответствия определенной абсолютной, или первичной, бедности по отношению к культурным потребностям индивидуумов и семей в контексте остальной части общества. При этом переживание бедности в России широкими массами населения существенно отличается от переживания бедности в странах «золотого миллиарда», где бедные составляют незначительную и устойчивую часть населения. На Западе бедные отчуждены от остального общества и вырабатывают свою культуру. В современной России скорее не бедность является особой субкультурой, а богатство («новые русские»);

- отказ в государственной политике от принципов «общества всеобщего равенства», доминирующих в советский период, сказывается на дефиците действенных и общедоступных механизмов обеспечения и реализации личных прав и свобод граждан, начиная от правовой защиты их жизни, чести и достоинства и заканчивая финансовой защиты их личной собственности;

- переход от печатных материалов к аудио-, видео- и электронным каналам транслирования информации, ее обработки, хранения и воспроизведения приводит к утверждению «экранной культуры» и созданию эффекта «виртуализации» (порожденности и интерактивности) окружающего мира; современные факторы воздействия на сенсорные системы детей во многом отличаются от характеристик той информационной среды, в которой формировались старшие поколения, представители которого определяют содержание и методы обучения; активно развиваются формы детской и молодежной субкультуры со специфичными агентами социализации; происходит хронологическое удлинение периода детства и отрочества, сочетаемое с увеличением объема и значимости межпоколенных различий.

- пропаганда универсального образа жизни (широкое распространение английского языка; интернациональные издательства, мода, киноиндустрия, телевидение, музыка и развлечения), ориентированная на эталоны западной цивилизации, порождает скрытую или явную унификацию культурной жизни, постепенное вытеснение уникальных форм собственно Российской национальной культуры и языка;

- развитие современных СМИ связано с возможностью в относительно короткий срок эффективно влиять на общественное мнение населения, даже манипулировать им (так называемая «индокриная общества»); однако общественное мнение представляет собой лишь ситуативную реакцию социальных групп к событиям и фактам, представляющим общественных интерес, и выступает лишь проявлением общественного сознания на обыденном (эмпирическом) уровне; как социально-психологический феномен оно тесно коррелирует не только с ментальностью, но и с идеологией и наукой, обладая при этом относительной ситуативной самостоятельностью;

- формируются новые отношения между большими городами (столицами регионов) и малыми городами (периферийными социумами), где крупные города выступают в роли «силовых полей», концентрирующих цивилизационные факторы: науку, технику, технологию, т.е. все то, что выражает момент общности в социальном бытии людей, а малые города и поселки выступают как центры культуры, сохраняющие культурную самобытность, исторические традиции, традиционный уклад жизни, ценности и установки, так как весь уклад жизни в провинции располагает к консервации общественным сознанием традиционных духовных ценностей.

При анализе образовательного контекста следует учитывать тот факт, что система приоритетов образования выступает как форма вербализации архетипов национального самосознания, то есть национального менталитета. «Менталитет» как коллективно-личностное образование представляет собой устойчивые духовные ценности, глубинные аксиологические установки, рассматриваемые в определенных пространственно-временных границах, которые в своей совокупности выступают как некая интегральная характеристика людей конкретной культуры, определяющая своеобразие видения этими людьми окружающего мира и объясняющая специфику их реагирования на него. Через призму ментальных представлений происходит восприятие основных аспектов реальности: пространства, времени, искусства, образования, политики, экономики, религии, цивилизации.

Материальная культура, тем самым, является хранителем менталитета, его опорой. Запечатленный в культуре, опредмеченный в ней менталитет воспроизводится и развивается, воспроизводя и развивая культурный мир ценностей и смыслов бытия в социуме. Менталитет, таким образом, понимается как свернутый в устойчиво воспроизводимых когнитивных формах код (геном) культуры. Основной характерной чертой ментальных структур выступает устойчивость. Социальная дифференциация

ментальности отражает существующее в обществе разделение на социальные группы с присущими им материальными интересами, образом жизни и т.д.¹

Ментальные представления россиян в самом широком социальном плане могут быть представлены следующим образом.

- стержнем всей истории российской цивилизации стало присвоение государством неограниченных прав по отношению к обществу; это предопределило выбор пути социального развития, связанного с переводом общества в мобилизационное состояние, основу которого составили внеэкономические формы государственного хозяйствования, экстенсивное использование природных ресурсов, ставка на принудительный труд, внешнеполитическая экспансия; этот тип развития заключается в систематическом обращении в условиях кризиса к чрезвычайным мерам для достижения экстраординарных целей выживания цивилизации и ее структуры²;

- коллективистская (преобладание групповых интересов над индивидуальными), феминная (приоритет духовных ценностей над материальными, что проявляется в пренебрежении к частной жизни и частной собственности) ментальная культура, для которой характерно: большая дистанция власти (высокая степень неравномерности распределения власти с точки зрения членов данного общества, обладание властью в России является самоцелью и дает значительные преимущества обладающему ею), избегание неопределенности (высокая степень стремления людей избежать ситуаций, в которых они чувствуют себя неуверенно; чрезмерное многообразие санкций за нарушение социальных норм), низкий порог терпимости к «чужому», «иному», «отличающемуся» (жесткое, хотя порой и пассивное, противопоставление в оппозиции «свои – чужие») и патерналистские доминанты в семейной жизни (власть родителей и приверженность традициям);

- монокультурный контекст (high-context culture)³ Российской действительности проявляется в том, что: а) информация изначально содержится в самой среде взаимодействия и в качествах, поведении людей, и лишь как производная от этого – в речевой коммуникации; здесь люди взаимодействуют не только и не столько через вербальное воздействие, так как в объективном тексте сообщения содержится незначительное, усеченное количество информации. Эти особенности проявляются и в толковании знания; в России знания – это не только совокупность информации, которая может храниться и обрабатываться как база данных, но знания включают в себя эмоции, ценности и интуицию (озарение), то есть упор делается на «недоговариваемом», «молчаливом» знании; б) в организационной культуре

¹ Пивненко П. П. Теоретико-методологические основы развития Российской сельской школы /Автореф. дис. на соиск. уч. ст. докт. пед. наук. - Ростов-на-Дону, 2002. С. 28.

² Универсальные константы эволюции человека и общества. /А. С. Борщев и др. - Саратов: Саратовский государственный технический университет, 2003.С. 38.

³ Storeytelling: Transferring tacit corporate knowledge in different cultures. -<http://images.ecsocman.edu.ru/pubs> (25.12.2002).

характерным является авторитарный стиль общения «начальник-подчиненный», упор на создание «нужных связей», акцент на формальные показатели статуса человека в общении, восприятие вопросов как угрозы чувству авторитета, практика «косвенного» общения («ходить вокруг да около»), поиск консенсуса; в) зависимость индивида от референтной группы и соблюдение сложившихся «клановых» интересов сочетается с необходимостью экономической самостоятельности; при этом члены социальной группы в сельских районах страны подвержены контролю со стороны группы в большей степени, нежели в урбанизированных сообществах; но и этнокультурный фон в городских сообществах далеко не однороден, например, существует определенная предопределенность моно- или поликультурного контекста от количества населения: а) от 100 до 500 тысяч человек, б) от 500 тысяч до 1 миллиона, в) мегаполисы с населением свыше миллиона;

- наследственный социальный синдром «своего шестка», приобретенный россиянами как реакция на массовые убийства во время гражданской и Великой Отечественной войн, реанимирован военными действиями в Афганистане и Чечне, устрашающими акциями «международного терроризма»; этот иммунитет сводится к фатальному признанию, с одной стороны, ничтожности и незащитности большинства («пушечное мясо»), а с другой, ситуативного всевластия того, кто по воле случая облачается правом решать вопросы жизни и смерти таких же как и он людей;

- специфичное восприятие законов в России сводится к тому, что правовые нормы принимаются и интерпретируются зачастую лишь самими властными структурами, когда законы выступают либо в роли «ведомственных циркуляров» с ограниченным доступом, либо в качестве политических (но ничем не подкрепленных) деклараций. Такое положение обусловлено целым рядом факторов, среди которых можно назвать низкую правовую культуру населения; отсутствие эффективных процедур и механизмов реализации принимаемых законодательных решений; большие географические расстояния и социокультурные, экономические расхождения между столичными регионами, иницирующими очередные управленческие решения, и провинциальными регионами, в образовательном пространстве которых эти решения так же должны воплощаться; слабость общественных механизмов и институтов контроля за функционированием органов управления образованием и т.п.

Своеобразие ментальных архетипов россиян предопределяет специфику государственного влияния на цели, содержание и институализацию отечественного образования. Длительное время государство полностью доминировало в определении не только стратегии, но и тактики отечественного образования. Произошедшие на рубеже веков социально-экономические сдвиги существенно изменили подобное состояние вещей. В современной России государственные органы управления

образованием постепенно расширяют возможности социально-педагогической инициативы и упрощают те формальные преграды, которые до сих пор блокировали «несанкционированное» проявление педагогического поиска. Тем самым государство не только приспосабливается к потребностям рыночной экономики, но и постепенно разделяет свои административно-контролирующие функции с зарождающимися институтами гражданского общества, а так же соотносит их с требованиями современной педагогической науки.

Что касается пока еще слабых институтов гражданского общества, то в отличие от государства, которое заинтересовано в управляемости социальных структур за счет жесткой регламентации их функционирования, гражданское общество, напротив, призвано выступать как сфера проявления свободы частных лиц в отношениях друг с другом, в которой люди реализуют свои личные интересы и осуществляют свой собственный выбор.

Основным мотивом возрождения идеи гражданского общества в современной России выступает потребность противостоять чрезмерному влиянию и разрастанию роли государства в общественной жизни. Гражданское общество базируется на основе системы добровольно создаваемых негосударственных структур (объединения, организации, ассоциации, союзы, клубы, фонды и т.п.) и выражается через систему негосударственных отношений (экономических, политических, духовных, религиозных, и т.д.), поэтому гражданское общество невозможно представить без национальных, религиозных традиций, региональных стереотипов поведения, норм и ценностей.¹ При этом следует различать понятия «гражданское общество» и «демократия», если первое понятие описывает социальный феномен, то второе понятие характеризует феномен политический. Концепция гражданского общества переносит акцент и вектор социальных преобразований из области политической в неполитическую сферу общественной жизни - в мир социального общения, который составлен из сетей гражданского взаимодействия и скреплен культурой сотрудничества и общественного партнерства.

Идея гражданского общества исходит из дихотомии закрытого (с ограниченной социальной мобильностью, жесткой ценностной системой, препятствующей общественным и культурным инициативам) и открытого общества (со свободным движением информации, с высокой социальной мобильностью, способное к инновациям (innovation - введение новых элементов в социальную структуру).

В противопоставлении «открытое – закрытое» не следует отождествлять открытое общество с какой-либо политической или экономической системой. Так в интерпретации К. Поппера открытое общество значительно меньше относится к государству и его экономике, чем к личности и ее свободе. Государство должно существовать на благо его

¹ Волонтер и общество. Волонтер и власть: Научно-практический сборник / Сост. С.В. Тетерский.- М.: «ACADEMIA», 2000. С. 16.

свободных граждан и их свободной общественной жизни, т. е. ради свободного общества, а не наоборот. Именно поэтому К. Поппер ратовал за то, чтобы каждый гражданин сочетал свой долг преданности государству с определенной настороженностью, даже некоторым недоверием к государству и его чиновникам, в его обязанности входит наблюдать и следить за тем, чтобы государство не преступало пределов своих законных функций. Ведь институты государства могущественны, а там, где есть сила, всегда существует опасность злоупотребления ею - угроза свободе. Любая сила и власть имеют тенденцию к самовозрастанию и тенденцию к коррумпированности. В конце концов, только традиции свободного общества, в том числе традиция пристрастного контроля за властью со стороны граждан, могут уравновешивать силу государства за счет обеспечения соответствующих средств сдерживания и контроля, от которых зависит судьба всей свободы¹.

Подобная природа гражданского общества как открытой социальной системы позволяет утверждать, что именно его самоорганизующиеся институты создают условия, благодаря которым наиболее активные люди или объединения, формально не облеченные властными полномочиями, берут на себя ответственность озвучивать образовательные запросы и интересы людей из своего ближайшего окружения; при этом у общества появляется и новая ответственность – вознаграждать конструктивные инициативы своих граждан.

Эта проблема обретает актуальность в силу того, что наметившийся переход России к построению открытого общества ведет к осознанию потребности автономии педагога и обучаемых, а следовательно требует признания автономии учебных заведений, вообще системы образования, ее собственной политики в отношении к государственной. Тем самым можно говорить об усилении влияния педагогической общественности и педагогической науки как фактора, определяющего качество образовательной действительности.

По определению педагогическая теория выступает как совокупность знаний, лежащих в основе описания, анализа, проектирования и прогнозирования путей создания и преобразования педагогической практики. Практика нуждается в рефлексии, так как последняя позволяет не только сохранять и воспроизводить наиболее адекватные исторической ситуации формы и методы обучения и воспитания, но позволяет науке стать частью педагогической действительности, позволяя через воздействие на педагогическое сознание влиять на логику развития педагогической практики. Непрерывный рост является существенным для рационального и эмпирического характера педагогического знания. На основе этого роста можно проводить различие между существующими теориями, выбирать ту, которая удовлетворяет поставленной проблеме или выдвигать основание для отклонения всех имеющихся теорий, формулируя некоторые условия,

¹ Истина, рациональность и рост научного знания. <http://www.PHILOSOPHY.ru/library/popper>

которым должна удовлетворять приемлемая теория. Рациональность науки, по мнению К. Поппера, состоит в рациональном выборе новой теории, а не в дедуктивном развитии теорий. Реальной опасностью для прогресса науки является не возможность его прекращения, а такие вещи как отсутствие воображения (иногда являющееся следствием отсутствия реального интереса), неоправданная вера в формализацию и точность или авторитаризм в той или иной из его многочисленных форм.¹

К. Поппер отождествлял открытое общество с научным или же рационально организованным сообществом, отмечая, что открытое общество (то есть общество, базирующееся на идее не только толерантности к инаковым, непривычным мнениям, но и на уважении к ним) и демократия (то есть форма правления, полностью предназначенная для защиты открытого общества) не могут существовать и успешно развиваться, если наука станет исключительно собственностью узкого круга специалистов. Чтобы понять открытое общество как рациональное (и научное) сообщество, необходимо также понять науку и рациональность, как их понимал К. Поппер. Науку следует считать не институционализированной партийной иерархией знатоков-экспертов, а незавершенным процессом поиска решений (стоящих перед нами) проблем во время которого предлагаются промежуточные решения с дальнейшими попытками устранить выявляемые в решениях ошибки. Рациональность следует понимать не с точки зрения окончательного обоснования, а в плане критики. Критику же важно считать не оскорблением или проявлением презрения, либо пренебрежения, а одним из наибольших проявлений уважения, которое один интеллект выказывает другому.

В современной российской действительности педагогическая наука переживает «болезни роста», которыми охвачено все наше общество: это и рецидивы политической ангажированности при проведении очередных «компаний» по оптимизации, активизации и т.п., это и расширение практики «маркетингового продвижения» тех или иных методик, технологий и концепций при хроническом недофинансировании научных проектов, это и перенос финансовых и организационных затрат по научно-экспериментальной работе на плечи самих ученых. Все это в конечном итоге предполагает определенную зависимость научных работников от государственных структур или от рыночной конъюнктуры. Противовесом подобной практике могут служить механизмы социальной поддержки педагогических изысканий, позволяющие отстаивать достоинство и значение педагогики как гуманитарной науки, а так же представлять интересы и озвучивать потребности образования как автономной социальной практики.

Необходимость автономии образования в современном обществе исходит из того, что государство способствует развитию образования однобоко: прежде всего в интересах дисциплинарно-управленческих структур, а так же как фактора роста национальной экономики, валового продукта и т.д. И хотя именно через посредство государства образование

¹ Истина, рациональность и рост научного знания. <http://www.PHILOSOPHY.ru/library/popper>

стало массовым и оформилось как особая система институций, современный уровень развития общего образования с необходимостью предполагает правовую, экономическую и административную автономию образовательных учреждений.

Экономическая автономия институтов общего образования с необходимостью предполагает изучение и использование рыночных механизмов, задействованных в современной российской действительности. С одной стороны, в учебных заведениях стал возможным переход на договорные отношения менеджера, педагога и обучаемого, где договор выступает культурным механизмом, регулирующим отношения, возникающие между разными людьми (их установками, взглядами, предпочтениями, желаниями и возможностями) на принципах согласования прав и ответственности. С другой стороны, в ситуации тотального проникновения рыночных отношений во все сферы общественной жизни резко возрастает прагматическая заинтересованность обучаемых в результатах обучения, возникает «упрощение» образовательных курсов с позиций коммерческой ценности их содержания, в профессиональную педагогическую сферу внедряются технологии «деловой агрессивности» и «конкурентоспособности». Культивируется потребительский подход к образованию, который предполагает соблюдение следующих установок: внедрение в педагогический процесс технократических принципов (быстрее, больше, эффективнее, дешевле и пр.), модернизация содержания образования в соответствии с изменяющимися условиями рынка; проявление конкуренции технологий, содержания и базы учебной деятельности; содействие специализации и дифференцированию образования; содействие развитию системы дополнительных платных образовательных услуг и рекреации. Тем самым, рынок сам заставляет учиться, при этом создавая все новые формы и виды образовательных услуг. Однако следует трезво отдавать отчет в том, что движущим фактором всех этих изменений выступает отнюдь не ориентация на «саморазвитие обучаемого», а коммерческая выгода и рациональный расчет.

На индивидуальном уровне ментальные представления запечатлены в концептах. Концепт в рамках культурно-семиотического подхода (Степанов Ю. С., Проскурин С. Г., Успенский Б. А.) есть дискретная единица коллективного сознания, которая отражает предмет реального или идеального мира (от лат. «conceptus» - мысль, представление) и которая хранится в национальной памяти носителя языка в вербально обозначенном виде. Это некая информационная целостность, присутствующая в национальном коллективном сознании и воспринимаемая носителем языка как инвариантное значение семантического поля. В сознании человека эта концептуальная информация хранится в виде образов, ментальных картинок, сценариев, скриптов, фреймов и т.п., а в языке – в виде слов. При этом слово не может полностью передать все содержание концепта, оно лишь отражает в своем значении некоторые релевантные для сообщения признаки. Однако

именно слово остается основным средством доступа к концептуальному знанию, посредством которого можно выявить и другие концептуальные признаки, не названные данным словом непосредственно.

Тем самым, концепты - это ментальные образования, которые представляют собой хранящиеся в памяти человека значимые осознаваемые типизированные фрагменты опыта; типизируемость этих единиц закрепляет представления в виде различных стереотипов, их осознаваемость дает возможность передать информацию о них другим людям, их значимость закрепляет в индивидуальном и коллективном опыте важные (и поэтому эмоционально переживаемые) характеристики действительности; эти характеристики концептов представляют собой их образно-перцептивную, понятийную и ценностную стороны.¹

«Концепт» и «понятие» термины разных наук, если второе употребляется главным образом в логике и философии, то «концепт» является термином в культурологии. Концепт в отличие от понятия, помимо описательно-классификационных, включает также образно-эмпирические и чувственно-волевые характеристики. В отличие от понятий, концепты не только мыслятся, но переживаются. Они – предмет эмоций, симпатий и антипатий. Можно говорить о коммуникативном своеобразии концепта, которое отражает непрерывность, текучесть мира, проявляющегося в диалоге, общении. А понятие функционирует независимо от общения.

Подобные свойства концептов позволяют оценить значимость их контент-анализа как метода в социально-педагогическом исследовании и обосновать их использование при проведении гуманитарной экспертиза образовательного контекста. На основе проведенного контент-анализа материалов, отражающих цели, задачи и содержание образования в нашей стране, был следующим образом обозначен ассоциативный ряд концепта «образование»:

- «человек»: пространство, время, физическое состояние (здоровье или болезнь), возраст (ребенок, юноша, мужчина, старик), развитие, личность (позитивная или негативная оценка личности), свои – чужие, общение, дружба, социальная среда (профессиональная деятельность - семья – соседи и т.п.). Концепт «человек» представлен четырьмя подмножествами признаков, соответствующих индивидуальным свойствам (единичное природное существо, отличное от всех других форм живой материи, с такими индивидуально своеобразными чертами как строение тела, задатки, влечения и т.п.), личностным свойствам (определяющее значение здесь имеет выбор, принятие и исполнение человеком определенных социальных ролей и социальных действий, внутреннее отношение к ним, осознание возможных последствий и принятие всей полноты ответственности за их результаты), субъектным свойствам (структура типичных видов человеческой активности:

¹ Солохина А.С. Концепт «свобода» в английской и русской лингвокультурах. / Дис. на соиск. уч. ст. канд. филол. наук. - Волгоград, 2004. С. 22.

труд, общение, познание, игра) и индивидуальным свойствам (уникальная, неповторимая форма бытия отдельного человека);

- «развитие»: 1. развитость, кругозор; 2. формирование, становление, эволюция; 3. течение, ход, протекание, процесс; 4. поступательное движение, прогресс, продвижение вперед, совершенствование, рост, сдвиг, шаг вперед. В русском языке ядром концепта «развитие» выступает словосочетание «закономерный переход кого/чего-либо из одного состояния в другое, более сложное». Понятийное поле этого концепта объединяет следующие пять исходных положений: становление развитого целого из исходной, генетической клеточки, зерна; нацеленность человека в будущее; раздвигание «горизонта», «рамки возможного» в ситуации перехода «настоящее – будущее»; оформление и формирование человека, то есть охватывание некоей готовой формой «сырого материала»; овладение и освоение, которое предполагает самостоятельность человека, способность его нести в себе феномен развития; проектирование, то есть изменение в сторону более идеального результата, положенного как некий проект, некое будущее состояние человека как проектировщика, субъекта своего развития;

- «знание»: 1. знание земное, человеческое; знание о мире, окружающем человека, доступное органам чувств, зрению и слуху; знание, могущее быть передаваемым от человека к человеку, могущее быть истинным или ложным; например: практика, закономерность развития, закон, правило, принцип, суждение и т.п.; 2. знание о высшем мире, недоступном органам чувств, но доступном разуму; знание вневременное, всегда истинное, стоящее над различием «истины» и «лжи» в человеческом мире; 3. наука как совокупность текстов, сохраняющих социальный опыт или деятельность, направленная на добывание знания, то есть техника и средства добывания знания;

- «обучение»: 1. учитель, ученик; 2. грамотность, знание, умение, способность, навык; 3. преподавание, учение, упражнение, задача, учебник; 4. оценка, прогресс, успех, ошибка и т.п.;

- «школа»: 1. образовательное учреждение: урок, учитель, обучение, развитие, учеба, директор, мероприятие, воспитание, перемена, каникулы, «храм знаний», контрольная, экзамен, звонок, расписание, парта, портфель, учебник, тетрадь и т.п.; 2. школа жизни как непрерывная последовательность событий-испытаний, требующих от человека новых знаний и опыта: способность, склонность, становление, взросление, совершенствование, развитие, зрелость, мудрость и т.д.;

- «воспитание»: 1. воспитатель, воспитанник; 2. воздействие, убеждение, отношение; 3. ценность, норма, идеал, смысл, духовность, культура и т.п.

Произошедшие за последние пятнадцать лет социокультурные изменения в российской действительности наложили свой отпечаток на семантическое поле концепта «образование» в виде таких понятий и образов, как «стандарт», «региональный компонент», «ЕГЭ», «платные

образовательные услуги», «свобода выбора», «частное образование», «домашнее обучение», «репетитор», «гувернер», «спонсорская помощь», «попечительский совет», «вступительный взнос», «образовательный телеканал», «компьютерная грамотность», «образовательные Интернет-услуги», «досуговое образование».

Обозначенные в данной статье обстоятельства этнокультурного, социально-экономического и политического контекста современной России в конечном итоге определяют качество и вектор изменений, происходящих в отечественном образовании.

ФОРМИРОВАНИЕ КУЛЬТУРЫ ЗДОРОВЬЯ СТУДЕНТОВ

Тухватуллин М.К. – доцент кафедры общегуманитарных и социально-экономических наук, к.п.н.

Физическое воспитание в условиях гуманизации высшего профессионального образования становится актуальной педагогической проблемой. Теория и практика физического воспитания нуждается в поиске ответов на такие вопросы, как: Каким должно быть физическое воспитание в условиях преобразований в высшей школе? Можно ли за период обучения в вузе сформировать у молодых людей культуру здоровья, привить им здоровый образ жизни?

Здоровое поколение юристов может воспитать только хорошо структурированная организация физического воспитания в высшей школе.

Низкий уровень состояния здоровья молодых россиян напрямую связан с дисбалансом образа жизни.

Культура по определению Т.М. Дридзе, это прежде всего, те образцы поведения, деятельности и взаимодействия с другими людьми, которых придерживаются индивиды, населяющие общую территорию, погруженные в общую жизненную среду. Другими словами, культура – это система кодифицированных образцов, норм поведения, деятельности, общения и взаимодействия людей, несущих регулятивную и контрольную функцию в обществе.

Здоровье – особый объект культуры. Здоровье должно осознаваться как ценность и важнейший смысл личной жизни. Очень важно организовать деятельность, направленную на поддержание и совершенствование здоровья. Проблема формирования культуры здоровья студентов архиважные, так как у многих молодых россиян сложилось неправильное понятие здоровья.

Ю.П. Лисицын еще в 1973 году определил здоровье человека как гармоничное единство биологических и социальных качеств, обусловленных врожденными и приобретенными биологическими и социальными явлениями. Тогда под культурой здоровья можно понимать совокупность личностных качеств, позволяющих сохранить необходимое человеку состояние здоровья.

Заметное снижение интереса студентов к своему собственному здоровью, стремление многих из них найти способы и возможность уклонения от занятий физической культурой – следствие негативных социальных изменений в российском обществе.

Деканаты, кафедры, которые осуществляют профессиональную подготовку студентов по тем же специальностям основное внимание уделяют формированию профессиональных знаний и умений будущих специалистов. Что же касается состояния здоровья выпускников вузов, их работоспособности, культуры здоровья, то об этом практически не говорится на заседаниях учебно-вспомогательной структур в высшей школе. Хотя с точки зрения организаторов вузовской подготовки этот аспект имеет

приоритетное значение. Поскольку нашей задачей является усиление оздоровительной направленности учебного процесса то физическому воспитанию студентов, то необходимостью выучить валеологическое содержание физической культуры.

Когнитивного характера – знания об организме, физическом состоянии, о средствах воздействия на него и методах их использования для эффективного физического развития человека, закаливания, повышения умственной и физической работоспособности, повышение психоэмоциональной устойчивости и др.

Специального характера – умения и навыки двигательного характера, физическая работоспособность.

Личностного характера – информация и примеры бережного отношения человека к своему здоровью и возможностях физической культуры в этом.

Внешнего характера – одобряемые и реализуемые на практике образцы поведения (вплоть до идеала), связанные с заботой о своем теле и физическом состоянии.

В основу построения модели формирования культуры здоровья будущих специалистов средствами физической культуры в высшей школе были положены с одной стороны, положения личностного деятельного подхода, с другой – представления о здоровом образе жизни и его формировании.

Было установлено, что здоровый образ жизни является особой профилактики заболеваний. В этой связи в разработанной нами модели в качестве целевого компонента было выделено это направление. Здоровый образ жизни, по мнению ученых, это способ жизнедеятельности индивида во всей его целостности. Вот почему в качестве средства его формирования выступает самовоспитательный процесс, как производное организованного в вузе, процесса воспитания, направленного в том числе и на сосредоточении умений студентов по борьбе с факторами риска различных заболеваний, борьбу с вредными привычками, популяризацию гигиенических заболеваний – всего того, что способствует изменению отношения студента к себе и собственному здоровью.

Физическая культура как ведущее средство формирования культуры здоровья студентов должна рассматриваться с позиции задач нашего исследования. Главной целью физического воспитания, как составной части целостного процесса воспитания является воспитание творческой личности, способной к самоорганизации здорового образа жизни. Поскольку эта цель достигается совокупностью различных социально-педагогических факторов, то на схеме 1, в качестве этого выступает организация работы с духовным миром студента, его миропожеланиями.

Подключение психологической и медицинской служб – это необходимость, связанная с преодолением противоречия между обществом и личностью, приводящему к ущербной трансформации мотивационной сферы

здорового образа жизни и как следствие к низкому уровню психофизических кондиций и высокому уровню заболеваемости студенческой молодежи.

Блок «педагогическая поддержка» связан с внедрением в практику физического воспитания студентов современных педагогических технологий.

Высшая школа в соответствии с концепцией модернизации российского образования до 2010 года должна принципиально по новому построить свою деятельность. Ее целью является подготовка высококвалифицированных специалистов, способных конкурировать на рынке труда, вносить свою лепту в развитие науки.

Личностно-деятельностный подход к организации образовательного процесса в высшей школе позволяет обратить особое внимание на тех, кто учится и тех кто учит, причем важны все без исключения личностные характеристики субъектов образовательного процесса, в том числе и здоровье.

Снижения внимания и состояния здоровья будущих специалистов, обучающихся в вузе – это обретение кризисных явлений, происходящих в России. Изучаемое нами личностное образование, как и любое другое, интересует прежде всего потому, что без этого нельзя построить какую-либо модель его развития в условиях высшей школы.

Анализ психологических, педагогических, методических исследований посвященных формированию и развитию различных видов культур (культуры труда, культуры быта, культуры производства, культуры здоровья и т.п.) позволяет нам считать, что решение подобного рода задач требует определенных шагов. Во-первых, необходимо принять свою точку зрения в отношении понятия культура. Во-вторых, определиться с исходным понятием культура здоровья.

Обычно культура рассматривается как социально-прогрессивная творческая деятельность человечества во всех сферах бытия и сознания, являющиеся диалектическим единством процессов опредмечивания (создания ценностей, норм, знаковых систем и т.д.) и распределмечивания (освоения культурного наследия), направленное на преобразование деятельности, на превращение богатства человеческой истории во внутреннее богатство личности, на всемирное выявление и развитие сущности сил человека (И.Л. Луцкая) или как уровень развития чего-либо, степень соответствия образам в плане образованности, просветленности, воспитанности (Н.В.Кузьмина).

С точки зрения Э.Г. Юдина для того, чтобы исследовать феномен культуры здоровья будущего специалиста – выпускника вуза важно с одной стороны, достаточно четко определить границы объекта. С другой стороны, выявить и проанализировать системообразующие связи объекта и способ их реализации.

Понимая под культурой ряд свойств и качеств, характеризующие в активно-творческом плане, прежде всего человека как уникального субъекта общественно-исторического, созидательного процесса, можно и говорить о

некой личностной характеристике специалиста, его творческих способностях, сущностных силах. (Э.А. Баллер, М.Т. Новчук, Л.Н. Коган, Н.С. Злобин, Э.В. Соколов).

Н.Б. Крылова считает, что категория культуры, помимо суммы духовных достижений человечества, воплощает и особенности творческого самовыражения людей.

Деятельностный подход к рассмотрению культуры при котором она по мнению Э.С.Маркаряна, выступает как «специфический способ человеческой деятельности» как совокупность плодов и способов деятельности коллективного субъекта – человеческого общества (М.С.Коган) или как способ деятельности конкретного социального субъекта» (В.Е.Давыдова, Ю.А.Жданов) позволяет нам понимать под культурой здоровья будущего специалиста – владение им совокупностью способов формирования, сохранения и укрепления собственного здоровья, и также данных ему возможности систематического его поддержания в процессе самостоятельной практической деятельности.

Например, для будущего работника правоохранительных органов очень важно иметь особенное отношение к собственному здоровью, выступающее гарантом стабильности и высокого качества профессиональной деятельности.

Анализ специальной, медицинской, психологической, юридической и педагогической литературы позволяет нам прийти к выводу, что во-первых, молодого человека без специальной дополнительной работы в вузе нельзя самостоятельно заставить систематически укреплять и сохранять здоровье. Во-вторых, студенту нужно дать возможность самостоятельно определиться в количественной мере здоровья, получить более точное представление о том «сколько его будет нужно для нормальной практической деятельности».

В науке же до сих пор нет точного определения сущности и количественной меры здоровья.

Согласно определения здоровья, приведенное в большой медицинской энциклопедии оно означает такое состояние организма человека, когда функции всех его органов и систем уравновешены с внешней средой и отсутствуют какие-либо болезненные изменения. В понятие здоровья вкладывается не только качественные, но и количественные признаки, поскольку существует понятие о степени здоровья. В понятие здоровья входит и социальная компонента человека.

С точки зрения известного ученого Н.М. Амосова здоровье есть сумма резервных мощностей основных функциональных систем. То есть, условно посредством понятия «здоровье» фигурируют комплекс резервных возможностей организма, обеспечивающих социальную активность при максимальной продолжительности жизни (В.П. Казначеев).

Анализ исследований в области здоровья человека показывает, что ученые пытаются его определить пользуясь такими категориями, как:

- показатель качества человека и популяции людей (П.Л. Капица);

- совокупность физических и духовных способностей, которыми располагает организм, живая личность человека (Г.И. Царегородцев);
- мера реализации генетических потенциалов (В. Горячев);
- показатель культуры человека в целом (Г.П. Пастушек).

По мере того как человек относится к своему здоровью можно в какой-то степени судить об уровне развития его общей культуры. Малокультурный человек порой об этом не задумывается, т.к. у него практически не сформирована потребность в здоровом образе жизни. Он может не обращать внимания на те признаки, сигналы, которые не позволят культурному человеку это делать.

Здоровье, с точки зрения И.И.Брехмана позволяет человеку сохранить соответствующую возрасту устойчивость в условиях резких изменений количественных и качественных параметров триединого потока вербальной, структурной и сенсорной информации¹.

Для нашего исследования важно не столько разобраться более точно в том, что из себя представляет этот феномен. Это дело ученых – медиков. Теория и методика профессионального образования нуждается с одной стороны, в наличии практико-ориентированных педагогических технологиях, направленных на формирование и развитие культуры здоровья. С другой стороны, как и любая наука, педагогика, а тем более профессиональная должна иметь ответы на вопросы дидактического характера: как учить студентов, чтобы они при этом были здоровы и знали как поддерживать здоровье, и главное правильно к нему относиться.

Социальная сторона изученной проблемы понятна. Чем более здоровыми будут люди, тем более здоровым будет отечество, в котором они живут. Дело в том, что именно внешняя среда, окружающая человека другими людьми, их нравственный уровень, коммуникативная культура оказывает влияние на здоровье человека, как и образ жизнедеятельности, наследственность.

В научном плане важно зафиксировать структуру и содержание здоровья как педагогической единицы.

В социальном аспекте исследуемая проблема важна тем, что здоровье является мерой социальной адаптации. Биологический аспект связан с изучением саморегуляции организма, психологический – исследованием специфики и моделей преодоления человеком имеющихся болезней (А.Я.Иванюшкин).

Придерживаясь точки зрения А.Г.Щедриной, мы считаем, что здоровье есть целостное многомерное состояние, которое определяет пять основных факторов (рис. 1):

¹ Брехман И.И. Введение в валеологию – науку о здоровье. - Л., 1987. С. 25.



Рис. 1 Факторное представление здоровья (по А.Г.Щедринной) – показатели здоровья.

Вышеуказанные на рис. 1. показатели здоровья, характер проявления каждого из них, зависит прежде всего от личностных качеств студента, осознанности профессионального («учебного») поведения, приносящего либо укрепление либо ущерб здоровью (Э.М. Казин).

Такое понимание здоровья позволяет нам придти как к пониманию культуры здоровья, так и способов ее формирования и развития в условиях высшей школы.

Здравотворчество по мнению ученых – это модель личности, основанная на критериях здорового образа жизни и реализуемая в процессе активного долголетия.¹

Значит речь должна идти о поколении принципиально иных людей, воспитанных в духе здорового образа жизни. Модель личности, основанная на базовых компонентах культуры здоровья и представляет особый интерес для страны, ориентированной на гуманное отношение к каждому конкретному ее жителю.

Здоровье выступает как базовая ценность, так как остальные общечеловеческие ценности являются средствами обеспечения здоровья человека.

С позиции личностно-деятельностного подхода к решению исследуемой проблемы убеждение человека в том, что главная ценность в жизни – это здоровье, является основой его личностного и профессионального поведения. Личность студента в этом случае структурируется таким образом, что благодаря тому, что находясь в центре образовательного процесса, существенно изменяется в лучшую сторону в

¹ Шульгин Е.А. Валеологический подход к образованию. – Волгоград, 1999. С. 6-9.

* Функциональное состояние организма – наличие резервных возможностей основных физиологических систем.

** Уровень М-В и Ц-М установок – уровень морально-волевых и целостно-мотивационных установок.

контексте здорового образа жизни «меняя характер учебной деятельности и общения с профессорско-преподавательским составом.

Личностные качества конкретного студента определяют во многом характер проявления каждого из пяти, указанных на рис. 1 показателей здоровья. Поведение студента в процессе обучения в вузе («учебное») во многом определяет либо укрепление, либо ущерб здоровья. То есть, студент лично сам индивидуально или с помощью друзей может так организовать свое время (свободное и рабочее (учебное)), что посвятить его, целиком, овладению профессией или материальному обеспечению себя любыми средствами и т.п. Режим рабочего дня и отдыха составляется им самим на обыденном уровне понимания вышеуказанных показателей здоровья. Вот почему создание новой модели личности в обществе, опирается на критерии здорового образа жизни – это одна из первостепенных задач, решение которой во многом определяет качество жизни населения страны.

Особо актуально это становится во второй половине XX века – начале XXI века, когда налицо снижение общего запаса здоровья нашего населения России. По данным исследований ученых-медиков многие виды нездорового поведения воспринимаются как нормальные и обычной, а здоровое поведение часто рассматривается как «отклоняющееся» от нормы¹, поскольку нездоровое, здоровье разрушающее поведение всегда заразительно².

В последнее время здоровьесберегающее поведение стало непопулярным среди студентов, у которых сформировалось явно мифическое представление о собственном здоровье. По мнению ученых, истинное здоровое состояние – это не всегда отсутствие заболевания, но всегда – высокая сопротивляемость организма студента негативным воздействиям психического, физического и социального характера³.

Можно перечислить мифы, которые испытывают студенты в период своего вузовского обучения.

миф первый – «абсолютное здоровье – это недоступная химера»;

миф второй – истинное здоровье – это всегда только отсутствие заболеваний»;

миф третий – зачем быть абсолютно здоровым, это мало на что влияет. Иногда даже болеть лучше. (Меньший спрос).

миф четвертый – нездоровое поведение – это норма студенческой жизни;

миф пятый – здоровое поведение (не выпивать много и часто, не курить, заниматься спортом) – это отклонение от нормы в студенческом сообществе;

¹ Shearet D.R. / Strane clin proc - 1983, vol. 48, № 1, p. 18-20.

² Levy Gooldbery Retai / I med educ – 1984, vol. 59, № 7.

³ Квартовкина Л.К. Гигиенические проблемы здоровья. – Волгоград, 1998. С. 37.

миф шестой – от занятий физической культурой, а тем более в спортивных секциях один вред и лишние заботы: много и попусту тратиться время, нужно всегда быть трезвым, в хорошей спортивной форме.

Степень понимания студентом негативных воздействий психического, физического и социального характера – это один из важных объектов воспитания студенческой молодежи, которое должно перерасти в самовоспитательное.

Анализ медицинских исследований позволил нам представить здоровье будущего специалиста как проявление целостности (здоровье от англ. health – целый) всех элементов, составляющих благополучие личности: психическое, физическое, чувственное, профессиональное (Н.М. Амосов, И.И. Брехман, Э.Н. Вайнер, В.П. Казначеев и др.)

По нашему мнению под культурой здоровья можно понимать целостный процесс и результат непрерывного становления и совершенствования у личности всех интегрированных в нее рядом культур: культура движения, питания, психологические, эмоциональные, коммуникативные, антистрессовые, сексуальные и др. (С.Ю. Лебедченко).
Рис. 2.



Рис. 2 Структура культуры здоровья (по С.Ю. Лебедченко)

С точки зрения личностно-деятельностного подхода под культурой здоровья личности студента следует понимать совокупность базовых ее компонентов, которые позволят значительно повышать защиту будущего специалиста от влияния негативных воздействий психического, физического и социального характера. Можно принять пошаговый механизм развития культуры здоровья личности¹:

1 шаг – научное понимание сущности здоровья

2 шаг – самопознание

¹ Зайцев Г.К. Валеологические проблемы педагогической деятельности. – М., 1997. С. 55.

* - Мы в психическую культуру включили коммуникативную, сексуальную и все то, что было связано с развитием у студента психических процессов.

3 шаг – создание условий для обоснованного психического и физиического саморазвития.

Общая задача воспитания культуры здоровья личности заключается в оптимальном фигурировании всех компонентов здоровья посредством здравотворчества¹.

Поскольку поведение средств в процессе обучения в высшей школе имеет особое значение для конечного результата, то становится понятным, что целесообразно в качестве базового компонента культуры здоровья считать динамический стереотип поведения, способствующий здоровому образу жизни и определяющий бережное отношение к здоровью окружающих людей (Т.А.Береснева, В.В.Колбанов).

Личностно-деятельностный подход к физической культуре здоровья будущих специалистов преподавателей (Л.С.Ватотский, А.Н.Леонтьев, С.Л.Рубинштейн и др.):

I. Использование принципов развития профессионального образовательного учреждения, разработанных А.М.Новиковым на базе личностно-деятельностного подхода.

II. Принципиально иное построение образовательного процесса в вузе.

О необходимости формирования у обучающихся самостоятельности высказывались еще в XIX веке. Однако в практике работы высшей школы до сих пор сохраняется традиционный подход к организации профессиональной подготовки студентов в вузе, когда большая часть времени отводится преподавательской деятельности в аудитории. Это сказывается на состоянии здоровья студентов, так как применяемые педагогические технологии не являются здоровьесберегающими. Наиболее дисциплинированные студенты, посещающие все аудиторские занятия испытывают большие перегрузки и переутомление от однообразия в существующем характере учебного труда, требующего записи усваиваемого учебного материала, слушания речи преподавателей и т.п. При таком подходе отсутствует возможность включения в учебную деятельность всех внутренних механизмов, отвечающих за процесс условия в рамках обязательной сохранности имеющегося состояния здоровья. Студенты вынуждены зачастую работать в условиях противопоказанных нормам учебного труда, поэтому внеаудиторная работа студентов под руководством преподавателей должна быть организована с учетом понимания влияния выполняемой учебным нагрузкам на состояние здоровья будущих специалистов. В этом случае особую роль играет как режим учебного труда и отдыха, так и возможность самостоятельной работы, использования при этом проверенных на практике здоровьесберегающих процессов и методов профессионального самообразования и самовоспитания.

Степень здорового состояния – это показатель сопротивляемости организма человека негативным воздействиям психического, физического и социального характера.

¹ Соломин В.П. и др. К вопросу о концепции воспитания здорового человека. – СПб., 1994. С. 78.

В зависимости от приобретаемой профессии – учителя, врача, юриста, будущий специалист осознает какие конкретные отклонения от абсолютного здоровья он может иметь. У учителя, например, работа стоя на ногах, требующая хорошего произношения не позволяет иметь какие-либо серьезные отклонения от нормального состояния двигательного и речевого аппаратов и т.п. Юрист должен обладать абсолютным здоровьем, так как его работа требует высокой сопротивляемости организма негативным воздействиям как физического, психического, так и социального характера.

Если например обозначить сопротивляемость организма юриста буквой R, то степень здорового состояния можно определять величиной R, которое стремится к единице, но всегда меньше 1,0. Тогда у юриста обладающего абсолютным состоянием здоровья по мнению экспертов, $R=0,75-1,0$. Если $R=0,4-0,74$ – средним, а $R=0,1/0,39$ – низким.

Динамичный стереотип поведения, соответствующий здоровому образу жизни (30) и определяющий бережное отношение к здоровью окружающих людей можно понимать под культурой здоровья. (В.В.Колбанов, Т.А.Берсенева).

В свою очередь динамический стереотип поведения (ДСП), способствующий здоровому образу жизни – ДСП во многом определяется сформированной культурой здоровья, представляющий собой совокупность представлений об абсолютном здоровом человеке, опыт здравотворческой деятельности, направленности личности на систематическое укрепление и сохранение здоровья.

Общая задача воспитания культуры здоровья личности, здорового человека заключается в оптимальном формировании всех базовых ее компонентов посредством здравотворческой деятельности. В этом случае условием эффективного формирования культуры здоровья является единство валеологического образования студентов и профессиональной валеологической деятельности профессорско-преподавательского состава вуза.

Культура здоровья будущего юриста – это целенаправленная деятельность в области индивидуального здоровья, представленного на двух уровнях: философско-мировоззренческом, рассматривающим валеологическую культуру как часть общей культуры и нормативно-поведенческом – как характеристику профессиональной юридической деятельности (целеполагание, валеологические стратегия и тактика).

Можно видимо трактовать культуру здоровья как индивидуальное и социальное интегрированное личностное качество, отражающее с одной стороны, характер заинтересованного личного отношения к здоровому образу жизни и окружающей среде. С другой стороны, - проявляющееся в процессе индивидуального участия в духовно-практической деятельности познания, освоения, преобразованию и сохранению собственного здоровья, как личного энергокапитала успешной профессиональной деятельности.

Целью формирования культуры здоровья будущего юриста является обеспечение сохранности здоровья молодого человека и укрепление его. Дело в том, что надо в максимальной степени сохранить ту природную степень здоровья, которая имеется у человека посредством приобщения его к обширным валеологическим знаниям, творческому осмыслению принципов здорового образа жизни, раскрытию своих потенциальных способностей и возможностей (М.Г.Маринина), систематическое оздоровление собственного организма, реализация собственной программы самосовершенствования и здорового образа жизни.

Несмотря на то, что существуют различные подходы к пониманию сущности культуры здоровья в исследованиях недостаточно, на наш взгляд, уделяется внимание этому феномену. Дело в том, что если изначально здоровье человека принять за целое – *hal*, то смысл формирования культуры здоровья в том, чтобы сохранить его. Однако для этого важно ответить на вопрос: каков необходимый и достаточный состав частей этого целого. Только в этом случае можно понять и выявить степень утраты и потери имеющегося целого, данного нам природой, здоровьем отца и матери, их родственников. Другими словами – это сохранение того целого, которое получено изначально, а не приобретено собственными усилиями, то, что дано сверху, прежде всего усилиями семьи, в которой родился и воспитывался будущий специалист, до поступления в юридический вуз.

Важно выяснить точный состав этих частей целого и тогда можно говорить об обоснованной структуре культуры здоровья юриста. Можно предположить, что она включает следующие компоненты:

- комплекс представлений молодого человека – будущего юриста об абсолютном здоровье человека (здравотворческое сознание);
- опыт здравотворческой деятельности;
- направленность личности будущего юриста на систематическое укрепление и сохранение здоровья.

Формирование и развитие культуры здоровья будущего юриста связано с необходимостью повышать уровень готовности студента и здравотворческой деятельности. В свою очередь готовность студента к здравотворческой деятельности может быть структурирована следующим образом. Поскольку здравотворческая деятельность специалиста включает в себя прежде всего желание сохранять и укреплять собственное здоровье, то обязательно в структуру формируемой нами готовности следует включить мотивационный компонент. Без валеологических знаний, творческого осмысления принципов здорового образа жизни, обоснованности содержания систематической оздоровительной работы, поэтому важен когнитивный компонент готовности к здравотворческой деятельности. Мало знать как действовать в создавшейся ситуации. Надо уметь начать оздоровление собственного организма, осуществлять здравотворческую деятельность, поэтому операционный компонент формируемой нами готовности к здравотворческой деятельности очень важен.

Любая оздоровительная работа требует развитой воли, смелости и решительности, поэтому волевой компонент готовности к здравотворческой деятельности особый, требующий внимания. Способность будущего юриста выполнять самоанализ состояния собственного здоровья должен быть развит, так как без него невозможно успешное выполнение им профессиональных задач. То есть, в состав готовности к здравотворческой деятельности следует включить рефлексивный компонент.

Ведущим компонентом является мотивационный компонент, ибо мотивация как двожущая сила человеческого поведения, пронизывает все остальные структурные образования личности: ее направленность, характер, эмоции, способности, деятельность и психические процессы (Б.Г.Ананьев, 1977). Она не только пронизывает эти структурные образования, а играет важнейшую роль в становлении внутреннего единства целостности этих сторон, «цементирует» личность (В.С.Ильин).

Культура здоровья базовая составная часть общей культуры личности. Она является культурой особого труда, спецификой деятельности, направленной на сохранение и укрепление того целого (hal), которое было дано человеку природой. Это определенный уровень отношения будущего юриста к собственному здоровью, а значит к себе, выраженного в результатах здравотворческой деятельности, в регулировании программы укрепления и сохранения.

Поведение студентов в период вузовского обучения во многом, по мнению ученых, влияет на состояние здоровья будущих специалистов, сформированности базовых компонентов культуры здоровья.

Анализ учебного и свободного времени будущих специалистов показывает, что непосредственное выполнение учебных заданий, выданных руководителями факультетов, кафедр и преподавателями, а также самостоятельная работа студентов занимает до 60-65 часов в неделю. От того, каким образом осуществляется учебный труд будущих специалистов зависит многое. Важно зафиксировать такие способы учебной деятельности и профессионального самообразования, которые приводят к негативным последствиям в отношении состояния здоровья будущих специалистов. Другими словами важно проанализировать из чего складывается учебная деятельность студентов и как она влияет на состояние здоровья, сформированность его культуры.

Важно изучить прежде всего внутренний мир студента, его мотивы, интересы, склонности. По мнению психологов без управления мотивационной сферой будущих специалистов невозможно достижение существенных сдвигов в повышении культуры здоровья студентов, поэтому мотивация¹ здорового образа жизни является одним из основных средств ее формирования и развития.

¹ Мотивация – это, с точки зрения ученых, процесс побуждения студента к какой-либо деятельности. В нашем случае – физкультурно-оздоровительной.

Мотив – внутреннее побуждение к активности, деятельности, вызванное потребностью студента. Именно в мотивах конкретизируются, «опредмечиваются» (по А.Н.Леонтьеву) потребности, которые не только определяют собой мотивы, но в свою очередь, изменяются и обогащаются вместе с изменением и расширением круга объектов, служащих их их удовлетворению и способов их удовлетворения.

У студента можно выделить ведущий мотив и подчинение. Именно ведущий мотив побуждая и направляя личность придает оздоровительно-функциональную деятельность, личностный смысл. Вот почему изучение мотивационной среды составляет одну из подзадач нашего исследования.

С учетом принятых в психологии уровней мотивации можно условно считать, что исходный ее уровень отражает базовая категория «потребности». Второй уровень мотивации связан с интересом, а третий – с ценностными ориентациями.

Эти выявленные нами объекты формирования и являются особо значимыми при формировании культуры здоровья студентов юридического вуза.

ОСОБЕННОСТИ РЕЧЕВОГО ОБЩЕНИЯ НА ЗАНЯТИИ ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА

Феоктистова Е.М. - доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Какие бы вопросы не задавал бы себе преподаватель иностранного языка, они, в сущности, сводятся к следующему: Как сделать так, чтобы студенты запомнили правила функционирования языковых единиц и научились понимать и употреблять их в свободном устном и письменном общении? Поэтому для преподавателя-практика естественно проявлять интерес к механизмам, регулирующим речевое общение. Таким образом, преподаватель обращается к данным психологии, лингвистики и других наук. Именно они подсказывают, как задействовать дословную или логическую память, как помочь студенту перейти от мысли к ее словесному выражению, как меняется высказывание в связи с условиями, в которых люди общаются, как постепенно переключать внимание студента с формы высказывания на содержание.

Применение данных от смежных наук зависит от теории, определяющей основу метода преподавания. Концепцией данного метода является теория деятельности. Для педагогики проблема деятельности является важнейшей основой формирования личности подрастающих поколений. Вне деятельности невозможно решать задачи воспитания, обучения, образования и развития.

Деятельность состоит из иерархии действий. Но самое главное – не количество составляющих ее действий, а наличие единой цели, а также

мотива, на удовлетворение которого деятельность направлена. Под действием понимается компонент деятельности, связанный с достижением минимальной осознаваемой цели, не членимой на более мелкие цели в составе данной деятельности. Так, участвуя в споре, человек соглашается или не соглашается с чужой точкой зрения, формулирует собственную позицию, приводит аргументы в ее пользу и т.д. Все это отдельные действия. При этом он осознает необходимость каждого действия для достижения результата. Каждое действие имеет собственную цель, но она является промежуточной и направлена на достижение основной цели. Однако и основная, и промежуточные цели находятся в центре внимания субъекта, т.е. соответствуют, в терминах теории деятельности, уровню «актуального осознания».

В отличие от деятельности и действия, операции выступают как способ достижения цели. Они не имеют собственной цели, которую субъект осознает. Так, понимание или употребление языковых единиц в процессе реального общения (выбор артикля, расположение слов в предложении и т.п.) – это совокупность операций. Ведь в быту мы никогда не вступаем в общение ради употребления будущего времени или сослагательного наклонения. А из этого следует, что в естественном общении навык соотносится со способностью осуществлять операции, а умение – со способностью осуществлять речевые действия.

Степень сформированности навыка или умения во многом зависит от того, как они вырабатывались. И здесь уместно вспомнить, как в принципе может осознаваться тот или иной компонент деятельности. А.А.Леонтьев, развивая идею А.Н.Леонтьева, выделяет четыре уровня осознания: 1) актуальное осознание; 2) сознательный контроль; 3) бессознательный контроль; 4) неосознанность.¹

Теория уровней осознания помогает описать два принципиально различных подхода к формированию навыков и умений: «снизу» и «сверху». Процесс формирования навыков и умений «сверху» предполагает в начале осознание правила, а затем тренировку в его употреблении. Формирование навыков и умений «снизу» означает овладение ими путем «прилаживания», имитации, методом «проб и ошибок». В этом случае бывает так, что правило, хотя и дается, но с большим опозданием.

Разница между двумя подходами проявляется особенно ярко при исправлении ошибок (в языке, в логике, в адекватности речевого поведения в коммуникативной ситуации). Если навык или умение вырабатываются «сверху», то студенту легче исправить ошибку, припомнив правило. Во втором же случае он либо вовсе не замечает неправильности, либо пытается устранить ошибку, перебирая ряд вариантов и пытаясь интуитивно установить, какой из них звучит правильнее.

Итак, на уровне актуального осознания находится то, что занимает структурное место цели. Так, в начале становления навыка или умения на

¹ Леонтьев А.А. Некоторые проблемы обучения русскому языку как иностранному. – М., 1970.

уровне актуального осознания находится осмысление правил. Актуальное осознание – необходимая основа формирования коммуникативной компетенции «сверху»; однако только этого уровня недостаточно. Студент может уметь объяснить правило, но не уметь связать двух слов в живом общении. Значит, правила так и остались для него самоцелью, т.е. материал прошел только через уровень актуального осознания.

Поэтому, сознательно-коммуникативный метод предполагает постепенный переход к следующему уровню – сознательному контролю. Этот уровень характерен не для процесса осмысления правил, а для процесса естественного общения. Воспринимая или строя высказывание, человек в основном не задумывается над способами декодирования или использования языковых единиц. Его внимание сосредоточено на содержании речи, которое и находится в поле актуального осознания. Но он все же осознает форму высказывания, которая находится как бы «на периферии» сознания. И в случае затруднения или ошибки он временно переключает внимание на форму, припоминая нужное правило и тем самым «вынося» ее на уровень актуального осознания. Так, употребив *say* вместо *tell* или *speak*, студент может сам поправить себя, припомнив алгоритм выбора глагола говорения:

- а) сообщается что-то или о чем-то;
- б) в прямой речи или в косвенной;
- в) упомянут ли слушающий.

Бессознательный контроль отличается от сознательного не степенью автоматизированности операций и не беглостью речи, а характером самоконтроля и самокоррекции. Бессознательно контролируются те компоненты деятельности, которые в процессе их освоения не попадали в поле актуального осознания, не были целью специального действия. Иначе говоря, бессознательно контролируются операции, формировавшиеся путем «прилаживания», методом проб и ошибок.

Уровень неосознанности, в отличие от предыдущего уровня, не предполагает контроля. Но это вовсе не свидетельствует о совершенном владении языком. Напротив, человек не способен даже на коррекцию путем проб и ошибок, так как он не ощущает неправильности собственной речи и не понимает, чем она отличается от речи образованных носителей языка. Неосознанность может проявляться в любом языковом аспекте. Так, человек не замечает в своей речи большого количества слов-паразитов и т.д.

Итак, при сознательно-коммуникативном методе в большинстве случаев каждая учебная трудность вначале преодолевается «сверху» и составляет цель отдельного действия. Затем, отдельное действие включается в цепочку действий, имеющих одну общую цель. При этом оно утрачивает собственную цель и становится средством: действие «сворачивается» в операцию.

Естественно, не каждое действие может быть «свернуто» в операцию. Коммуникативные действия должны сохранить свою цель в сознании коммуниканта. Как бы ни был отработан частный речевой акт, он всегда

занимает в речевой деятельности структурное место цели. «Свертыванию» подлежат только учебные действия с языковым материалом. Превращаясь в операции, такие действия автоматизируются.

Однако не следует абсолютизировать роль автоматизации. Действительно, говоря на родном языке, мы не задумываемся над тем, какой падеж, предлог или вид глагола следует употребить и как образовать прошедшее время от инфинитива. Но, в сущности, и на родном языке далеко не все операции у нас достаточно автоматизированы. То, что легко используется в устном общении с семьей или друзьями, вызывает затруднения в официальном (особенно письменном) общении. Сложность проблемы и ответственность за глубину и точность содержания вызывает подчас ошибки даже у хорошо образованных людей при чтении лекций или в ходе парламентских дебатов.

Поэтому, с одной стороны, важно добиться максимальной автоматизации операций с языковым материалом в бытовом общении, а с другой стороны, учить осознанному поиску эффективного оформления мысли, в зависимости от письменного или устного характера общения, от социального статуса собеседников и т.д.

Относительность автоматизации использования языковых явлений наталкивает и на другой вывод. Если в процессе общения часть внимания отвлекается на форму высказывания, значит, надо помогать студентам гибко распределять внимание между формой и содержанием, и делать это надо не только в речевой практике, но и в ходе тренировки. Чтобы при выполнении однотипных заданий по модели внимание студентов действительно распределялось, условно-коммуникативных заданий, как правило, недостаточно: зачем вдумываться в содержание, если инструкция навязывает вид ответной реплики? Поэтому еще раз подчеркнем, что тренировка в использовании активного словаря и языковых структур должна по возможности сочетаться с наличием смысловой задачи, решение которой представляет интерес. Так, например, реплики простого согласия/несогласия можно усложнить, предложив выбор из таких фраз: *There is no denying that...; It's doubtful whether...; It still remains to be proved whether...; It's a mere hypothesis that...; it's a widely-spread misconception that...* и т.д. Тем самым студент оценивает объективность суждения, вероятность того, что оно справедливо, способность современной науки решить проблему. При этом языковая задача ограничивается имитацией, но вырабатывается психологическая готовность к общению. Здесь особенно важно, что процесс речепорождения всегда мотивирован.

Наличие мотива и речевой интенции подчеркивается в психолингвистике при описании схемы порождения высказывания. В наиболее развернутом варианте дается следующая цепочка ступеней речепорождения: мотив – мысль(=речевая интенция) – внутреннее программирование – смысловая структура (лексическая развертка) и

грамматическое структурирование – кинетическая программа – внешняя речь.¹

Для преподавателя-практика это еще раз говорит о том, что цель задания надо ставить в коммуникативных терминах и что задания типа *Составьте ситуацию со следующими выражениями* представляют собой не столько практику в говорении, хотя они полезны для развития воображения, сколько тренировку в употреблении отдельных языковых явлений.

Фазовый характер речепорождения свидетельствует о необходимости эффективного планирования высказывания в соответствии с речевой интенцией. Это означает, что не следует преувеличивать роль «неподготовленных» высказываний. Наряду с целенаправленным обучением собственно неподготовленной речи, как инициативной, так и реактивной, следует не меньше, а возможно и больше внимания уделять обучению планированию высказывания с учетом разнообразных факторов, определяющих общение.

Например, пересказ традиционного тематического учебного текста (о себе, о путешествиях, об институте и т.п.) может учитывать:

- а) информированность и интересы предполагаемого слушателя;
- б) временную ограниченность;
- в) личное отношение к объекту высказывания.

Примеры показывают, что воспроизведение исходного текста может потребовать минимальных или максимальных изменений, но в любом случае активность переработки текста связана с осознанием конкретных факторов коммуникативной ситуации и требует определенного предварительного планирования.

Кроме того, для методики преподавания существенно, что переход от мотива и речевой интенции к оформлению мысли во внешней речи всегда проходит через ступень внутренней речи, т.е. «речи для себя», представленной смысловыми вехами разной степени обобщенности. Поскольку переход от внутренней речи к внешней представляет собой не простую вокализацию внутренней речи, а переструктурирование, необходимо обучать студентов парафразу на уровне словосочетания, предложения и сверхфразового единства, учить их устанавливать соотношения между видовыми и родовыми понятиями, давать иноязычные объяснения значения слов, отбирать из списка или припоминать те слова, словосочетания, фразеологические обороты, которые пригодились бы для решения конкретной речевой задачи, предвосхищать вероятность появления тех или иных слов в одной синтагме с заданным и т.д.

Что же касается этапа грамматического конструирования в порождении высказывания, то он предполагает подсознательное принятие на себя «грамматических обязательств», т.е., начав предложение определенным образом, говорящий имеет в своем распоряжении конечное число вариантов

¹ Исследование речевого мышления в психолингвистике / Сост. Т.В.Ахутина, И.Н.Горелов, А.А. Залевская и др.; Отв. ред. Е.Ф.Тарасов. – М., 1985.

завершения. Даже на родном языке соблюдение «грамматических обязательств» представляет трудность в условиях неподготовленной речи. Это трудность вызывается как длиной предложения, так и сложностью смысловой задачи, препятствующей распределению внимания между содержанием и формой.

Для соблюдения «грамматических обязательств» на иностранном языке нужны специальные упражнения, связанные с упреждением грамматического завершения предложения. Этой цели могут служить подстановочные таблицы, где начало предложений близки по лексике, но различны по структуре.

Одним из основных механизмов речи является осмысление. Именно этот механизм помогает нам связать отдельные слова в прочитанном или прослушанном предложении в единую мысль. Осмысление предполагает целый комплекс операций по установлению лексических и грамматических связей внутри предложения. Осмысление работает не только на уровне предложения. Оно помогает связать отдельные предложения в единое повествование, описание и т.д.

С другой стороны, осмысление представляет интерес для преподавателя и как процесс, предполагающий выполнение внутренних (умственных, мыслительных, интеллектуальных) операций. Хотя психологи не пришли к единому мнению о конечном перечне операций, сведения, которые имеются в настоящее время, позволяют утверждать, что мыслительные операции – явление иерархически сложное. Трудность определения перечня операций состоит в том, что внутренние операции могут и не выявляться в актах поведения. Суждения об операциях осуществляются на основе результата (сформированного понятия, решения задачи, количества и качества ошибок и т.д.), а между результатом и приводящим к нему процессом могут быть и неоднозначные соответствия.

В различных работах по психологии приводится примерно следующий перечень интеллектуальных операций: анализ, синтез, сравнение, обобщение, классификация, абстракция, опознавание, выбор (отбор), набор (составление), комбинирование (сочетание), перестановка, подстановка (замена), принятие решения, структурирование, построение и варианты по аналогии.

Определенная операция или сочетание реализуется в каждом речевом навыке или умении. Поэтому, логично предположить, что, формируя одну речевую способность, мы тем самым способствуем развитию других навыков и умений, которые, на первый взгляд, имеют мало общего, но связаны одинаковыми внутренними операциями (например, сопоставление слов по объему значений и сопоставление текстов по проблематике). Чем сложнее навык или умение, тем больше задействуется интеллектуальных операций. Поэтому чаще всего одна из них выполняет ведущую роль, а остальные выступают как вспомогательные. При этом ведущая операция обязательно проявляется внешне, а не остается скрытой. Дополнительные же операции

могут и не иметь внешнего выражения. Например, в задании *Найдите слово, не принадлежащее ряду: бежать, лежать, прыгать, идти, скакать* внешне реализуется операция выбора: мы выбираем слово «лежать» как лишнее в ряду. Но на самом деле выбор – это результат сопоставления объектов по их признакам и результат обобщения объектов, имеющих общий признак (в данном случае признак движения).

Сопоставление и обобщение здесь так и остаются внутренними операциями. Зато подобное задание помогает студентам в дальнейшем справиться с логическими задачами, где эти внутренние операции найдут свое внешнее проявление в качестве ведущих. Например:

С какой точки зрения характеризуется человек в каждом случае: как надежный друг, как хороший юрист, как идеальный муж? Какие качества вы добавили бы к каждой группе, чтобы получить непротиворечивую общую характеристику?

Helpful, calm, resourceful, considerate, faithful, kind

Resolute, reserved, competent, polite, energetic, strict

(Здесь обобщение внешне выражается в принятии решения о социальной роли, для которой этот набор качеств особенно необходим).

А теперь подумаем, в каком весьма распространенном задании пригодятся результаты обоих следующих заданий:

а) отберите из текста все факты, которые касаются... (допустим относительно юрисдикции мировых судов).

б) объедините группы из двух-трех предложений в одно, пользуясь следующими средствами связи: "having done something., because of, in spite of the fact that... etc."

Сами по себе эти задания не имеют почти ничего общего: первое основано на операции отбора, второе – на операции структурирования. Но и то и другое одинаково помогают в кратком пересказе текста, где требуется не только отобрать самую важную информацию, но и сжать текст, пользуясь разными языковыми способами компрессии.

Процесс осмысления непосредственно связан с работой еще одного важнейшего механизма – механизма предвосхищения. Когда мы пытаемся угадать, что мы прочитаем или услышим дальше, такое предвосхищение называется «вероятностным прогнозированием»; когда же человек предвосхищает то, что он сам собирается сказать, мы имеем дело с так называемым «упреждающим синтезом».

Процесс прогнозирования соприкасается и с механизмами памяти, и с мыслительными операциями. Когда мы пытаемся предугадать конец текста, мы руководствуемся не только уже услышанной (прочитанной) частью текста – за что отвечает оперативная память, – но и всем своим опытом общения, который хранится в постоянной памяти и подсказывает, как может идти развитие мысли.

Ввиду важности механизма предвосхищения надо целенаправленно управлять его совершенствованием. И хотя вряд ли могут быть задания,

развивающие прогнозирование «в чистом виде», многие задания помогают развить его в обоих планах: и как «вероятностное прогнозирование» (в чтении и аудировании), и как «упреждающий синтез» (в собственных высказываниях).

Механизмы речепорождения и речевосприятия приводятся в движение совокупностью факторов, которую можно назвать «мотивационно-побудительным комплексом».

К основным единицам мотивационно-побудительного комплекса относятся мотив, цель, коммуникативное намерение. Под целью в психологии общения обычно понимается стремление добиться определенного воздействия на собеседника, т.е. убедить его в чем-либо, вызвать то или иное впечатление и т.п. Мотив – это та причина, которая побуждает коммуниканта добиваться данной цели. Добиваться одной и той же цели можно, руководствуясь разными мотивами; и напротив, один и тот же мотив может реализоваться в различных целях. Коммуникативное намерение – это намеренно избираемая тактика достижения цели, обусловленная как самой целью, так и коммуникативной ситуацией.

Имея в своем распоряжении даже самый ограниченный языковой материал, можно использовать его с разнообразными коммуникативными намерениями. Например, такая цель, как побуждение слушающего к выполнению конкретного действия, может соответствовать примерно следующим типам коммуникативного намерения.

отдать распоряжение и уточнить способ его выполнения: *Make supper, please. Make strong coffee and sandwiches. I prefer cheese sandwiches;*

попросить собеседника выполнить действие и предложить ответную услугу или помощь: *Make breakfast, please. And I can wash the dishes;*

побудить собеседника к действию, не навязывая его, но восхищаясь тем, как он умеет его выполнять: *You make very good cakes. I can't make them. It's a pity. I like cakes;*

попросить собеседника выполнить действие, объяснив, почему вы не можете сделать этого сами: *Please go and buy bread and milk. Mother is ill, father is absent, and I am busy.*

Помимо цели, мотива и коммуникативного намерения, важно учитывать и дополнительные факторы, также входящие в мотивационно-побудительный комплекс, которые опосредованно влияют на развитие замысла высказывания. К ним относятся: точка зрения, форма выражения мыслей, объект высказывания и его основные характеристики, а также способы детализации мысли.

Точка зрения может быть как отношением (мнением), так и физическим ракурсом: пространственным или временным.

Выбор формы выражения мыслей определяется целью пишущего или говорящего. Основные формы выражения мыслей – описание, повествование, объяснение, полемика. Кроме того, часто выделяются такие формы, как рассуждение, комментирование, побуждение, выяснение.

Объект высказывания – это основной признак предмета или явления, о котором идет речь. Выбор объекта – это наиболее существенные признаки основного признака. Именно на них необходимо опираться при выявлении основного объекта высказывания. На объект высказывания необходимо опираться при формулировании речевой задачи вместо так называемой «темы». Сравните: «тема» - «кино»; возможные объекты высказывания – «Выразительные средства кино по сравнению с театром», «Кино как источник информации», «Лучшие фильмы последних лет», и т.п. вычленение преподавателем объектов внутри общей темы позволяет уточнять цели конкретных занятий. Преподаватель решает, какова должна быть ведущая форма выражения мыслей и какие именно умения будут развиваться. Выделяются и основные характеристики объекта, как «Выразительные средства кино», включают сочетание крупных и мелких планов, возможность комбинированных съемок, использование массовых сцен и т.д.

К способам детализации мысли относятся: перечисление, порядок во времени и пространстве, определение, классификация, сопоставление, т.е. все те способы, которыми автор развивает свою мысль.

Рассмотрим теперь, как на высказывание влияют особенности коммуникантов. Отношение собеседника к объекту высказывания проявляется в его желании или нежелании общаться на данную тему. Если данная проблема не интересует вашего собеседника, вам вряд ли удастся поддержать разговор. Если ваш собеседник не располагает никакой информацией по проблеме, вы можете описывать объект или объяснять что-либо, а он может вас спрашивать, но полемика здесь невозможна, так как оба спорящих должны располагать определенной информацией. Владение информацией может влиять и на точку зрения говорящего. Получив дополнительные сведения, собеседник может изменить свое мнение. Недостаток информации часто заставляет нас сужать пространственный или временный ракурс. Этот фактор ярко проявляется при пересказе сюжета от лица одного из героев: ведь герой не может знать всего, он зачастую и понятия не имеет, что происходило без его участия, в другое время и в другом месте.

Ракурс может сознательно сужаться говорящим, если он намеренно избегает упоминания каких-то повествовательных или описательных деталей. Здесь можно, например, предложить такое задание.

Прослушайте, как я перескажу один из эпизодов от лица такого-то героя, и постарайтесь заметить, какие детали герой не упомянет «по забывчивости» как несущественные, а какие он намеренно скроет.

Это одновременно задание и на аудирование, и на изучающее чтение, в котором проверяется не только умение понять все детали текста, но и интерпретировать их значимость.

Настроение говорящего может также повлиять на временной ракурс. Например, будучи в мрачном, подавленном состоянии духа, человек может оценивать приятное событие как отстоящее далеко в прошлом, в то время как

оптимистически настроенный коммуникант оценивает то же событие как принадлежащее к сфере его опыта в настоящем. Такое различие в точке зрения, в частности, может предопределить выбор видо-временной формы Past Simple или Present Perfect.

Форма выражения мыслей, как уже было сказано, не зависит от условий общения, а определяется целью, коммуникативным намерением и точкой зрения, а также характеристиками общающихся. Правда, социальный статус собеседника не является решающим в выборе формы. Но он может налагать на нее некоторые ограничения: так, далеко не во всех случаях допустимо спорить, вместо того чтобы беспрекословно выполнить инструкцию.

Объективнее всего можно проследить зависимость формы выражения мыслей от наличия информации у собеседников, так как варианты коммуникативной ситуации в этом плане ограничены.

Наиболее зависимы от коммуникативной ситуации такие компоненты мотивационно-побудительного комплекса, как характеристики объекта высказывания и способы детализации мысли. При непосредственном устном общении некоторые характеристики объекта высказывания можно вообще не упоминать, передавая их смысл с помощью жестов и мимики. Настроение и отношение к объекту предопределяют сам отбор характеристик. Например, человека, настойчиво добивающегося своей цели, можно охарактеризовать благожелательно как «целеустремленного, волевого» или неблагожелательно как «настырного» и т.п. Это позволяет давать задания в классификации лексики, ориентированные на конкретную ситуацию общения.

Официальность общения влияет на соотношение объективных и субъективных характеристик, как *a nice lady, an unpleasant person*.

При эмоциональном восприятии объекта высказывания коммуникант часто прибегает к сопоставлению по аналогии или по контрасту, в то время как интеллектуальная оценка объекта чаще диктует более объективные способы детализации мысли: определение, классификацию, перечисление.

Особенности коммуникативной ситуации влияют непосредственно на выбор языковых средств. Официальное общение диктует выбор средств либо стилистически нейтральных, либо маркированных как принадлежащих к деловому стилю. Требуется более тщательное планирование и оформление высказывания. Ограниченность во времени, напротив, препятствует подробному планированию, если требуется немедленная реакция; но иногда этот же фактор может требовать как раз особенной продуманности, если коммуникант знает, что от итогов общения многое зависит.

Из-за ограниченности во времени высказывание может быть незавершенным. Нехватка времени обуславливает сжатое изложение мыслей за счет опущения отдельных логических звеньев. Но одновременно острая нехватка времени стимулирует поиск наиболее емких характеристик объекта. Выбор языковых средств обусловлен и настроением коммуникантов, а также их социальным статусом.

Из всех упомянутых особенностей общения можно сделать следующие методические выводы:

Каждое высказывание должно быть мотивировано. В тех случаях, когда нет реальной потребности что-то сказать, студент ставится в «предлагаемые обстоятельства», т.е. играет роль. В таких заданиях обязательно должна оговариваться цель общения. Мотив может и не формулироваться, так как в реальном общении мы тоже не всегда осознаем мотивы своих высказываний. Коммуникативное намерение может быть задано, но может и оставаться на усмотрение студента. Намерение обязательно задается в чисто тренировочных заданиях, что стимулирует употребление конкретного языкового материала. Задавая цель и коммуникативное намерение, преподаватель должен учитывать, насколько они соответствуют языковым возможностям обучаемых. Языковой материал может подсказываться, но не навязываться как обязательный для употребления. Можно предложить и модель развертки высказывания, например в виде цепочки ключевых слов, дающих хронологическую последовательность, или в виде связной серии вопросов. Но рамки замысла не должны быть слишком жесткими, чтобы порождение высказывания не сводилось к воспроизведению смысловых вех или переводу на иностранный язык.

Чем сложнее и непривычнее коммуникативная задача, тем важнее приводить пример реализации коммуникативного намерения с показом возможных вариантов, чтобы высказывание-образец не копировалось слепо.

Требование мотивации высказывания относится не только к достаточно сложным речевым актам, но и к высказываниям на уровне набора слов (например, при перечислении или логической перестановке).

Речевые задания, предлагающие новый тип смысловой задачи, желательно предварять рецептивными заданиями, направленными на выяснение цели, мотива, коммуникативных намерений и других компонентов мотивационно-побудительного комплекса. Студенты должны осознавать, что одна и та же речевая цель может достигаться несколькими путями, а одно и то же начало высказывания может преследовать разные цели, в зависимости от того, как оно будет продолжено. Здесь полезно предлагать рецептивные и рецептивно-репродуктивные задания.

Таким образом, психология, психолингвистика помогают определить преподавателю конкретные объекты обучения в плане коммуникативных умений, набор которых диктуется компонентами мотивационно-побудительного комплекса и ситуацией общения.

РЕЧЕВАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК СРЕДСТВО ФОРМИРОВАНИЯ СУБЪЕКТНОЙ ПОЗИЦИИ СТУДЕНТА

*Халюшева Г.Р. – ст. преподаватель кафедры иностранных языков,
к.п.н.*

Актуальность исследования проблемы формирования субъектной позиции студента обусловлена противоречием между потребностью современного общества в личности с высоким уровнем сформированности субъектной позиции и неразработанностью общих основ конструирования педагогического процесса, ориентированного на актуализацию субъектных сил студенческой молодежи.

Необходимо переосмысление возможностей гуманитарных дисциплин в этом процессе, изучение субъектной позиции студента в речевой деятельности, исследование закономерностей становления субъектной позиции студента в речевой деятельности и связанных с ними технологических особенностей проведения занятий в системе высшего образования.

Выявление и реализация педагогических условий, направленных на формирование субъектной позиции студента, обеспечивают развитие личности, способной к эффективной коммуникации, интерактивному взаимодействию, выстраиванию собственного мира ценностей, владеющей творческими способами решения научных и жизненных проблем, рефлексии и обеспечивают повышение эффективности образовательного процесса в целом.

Проанализируем возможности речевой деятельности как фактора формирования субъектной позиции студента.

Теории Дж. Брунера, Ж. Пиаже, Л.С. Выготского подтверждают существование непосредственной связи между речью человека и его развитием в целом.

В общем контексте теории деятельности (А.Н. Леонтьев, С.Л. Рубинштейн) и определения «речи как специфической деятельности» (А.Н. Леонтьев) А.А. Леонтьевым были сформулированы основы теории речевой деятельности, где она определяется как «основной вид знаковой деятельности, логически и генетически предшествующий основным ее видам».

Опираясь на вышеизложенные идеи о речевой деятельности как фундаментальной деятельности человека, представляющей богатейшие возможности для развития личности, сознания, всех познавательных процессов человека, а также на педагогическую теорию речевой деятельности, разработанной А.Н. Ксенофонтовой, Г.И. Щукиной, мы считаем, что речевая деятельность является фактором формирования субъектной позиции студентов.

Речевая деятельность – это форма жизнедеятельности человека, проникающая в его образ жизни, поведение и в любую деятельность.

Речевая деятельность осуществляется в течение всей жизни человека. Вне речевой деятельности невозможно себе представить ни одной сферы

человеческой деятельности, общение людей. Она органично входит в любую деятельность людей, принимает участие в ее построении, организации.

И.А. Зимняя определяет речевую деятельность как активный, целенаправленный, мотивированный, предметный (содержательный) процесс выдачи и (или) приема сформированной и сформулированной посредством языка мысли (волеизъявления, выражения чувств), направленный на удовлетворение коммуникативно-познавательной потребности человека в процессе общения.

Мы исходим из определения, предложенного А.Н. Ксенофонтовой, согласно которому речевая деятельность – это совокупность процессов ее восприятия, выражения и воздействия, обеспечивающих познание и общение, способствующих выражению отношений, участвующих в становлении студента как ее субъекта и определяющих позицию участников деятельности.

Согласно результатам исследований А.Н. Ксенофонтовой, речь преподавателя и студентов на занятиях чаще всего выступает в качестве самостоятельной деятельности, и ее роль в образовательном процессе трудно переоценить. В то же время речевая деятельность органично включена в процесс любой деятельности, а, значит, представляет собой деятельностьную основу для формирования субъектной позиции человека, для его субъектного развития.

Педагогическая сущность речевой деятельности как основы для формирования субъектной позиции студента заключается в ценностно-смысловом восприятии речи, адекватном выражении своих знаний, суждений, оценок и направленном воздействии на другого участника общения при помощи системы логики, доказательств, экспрессивных сторон речевой деятельности.

Для включения студентов в активную речевую деятельность на занятиях важно целенаправленно создавать речевые ситуации, способные вызвать интерес у студентов и потребность высказаться, выразить свое мнение.

Под речевой ситуацией А.Н. Ксенофонтова понимает такое стечение обстоятельств, которое побуждает к речевому действию; такую ситуацию актуального активизирующего незнания, целью которой является обеспечение рождения студентами личного образовательного результата в ходе специально организованной деятельности.

Опираясь на определение, предложенное А.Н. Ксенофонтовой, под речевой образовательной ситуацией мы понимаем ситуацию образовательного напряжения, возникающую спонтанно или организуемую преподавателем, требующую своего разрешения через речевую деятельность всех ее участников.

А.Н. Ксенофонтова называет речевую образовательную ситуацию ключевым технологическим элементом конструирования речевой деятельности. При этом отмечает, что эти ситуации не обособлены, они

содействуют также формированию познавательной деятельности студентов, общению между преподавателями и студентами и повышению эффективности любой деятельности, включенной в процесс обучения.

Мы считаем, что вовлечение студентов в активную речевую деятельность посредством конструирования речевых ситуаций содействует успешному формированию их субъектной позиции (таблица 1).

Таблица 1

Формирование субъектной позиции студента в речевых ситуациях

№	Виды речевых ситуаций (по А.Н. Ксенофоновой)	Их возможности в формировании субъектной позиции студента
1.	2.	3.
1.	Проблемные ситуации	<ul style="list-style-type: none"> - ставят студентов перед противоречиями и необходимостью самостоятельного поиска выхода из них; - имеют значительную ценность для развития мыслительных возможностей студентов, для развития речевой деятельности; - способствуют поиску наиболее совершенных форм выражения как самих противоречий, так и тех решений, которые необходимо предельно ясно и доказательно выразить (И.Я. Лернер, В.Н. Максимова, А.М. Матюшкин, М.И. Махмутов).
2.	Дискуссии	<ul style="list-style-type: none"> - охватывают вопросы, не имеющие единого решения; - обнаруживают различные взгляды, вызывают различные суждения; - требуют выражения собственной точки зрения, умения ее обосновать; - рассчитаны на воздействие речевой деятельности на других.
3.	Ситуации с разными вариантами решений	<ul style="list-style-type: none"> - активизируют мыслительные процессы, требуют рассуждений по поводу критериев выбора решений; - требуют доказательства, построения логичной системы аргументов.
4.	Ситуации воздействия на слушателей или собеседников	<ul style="list-style-type: none"> - требуют выразительности речевых форм, поиска наиболее впечатляющих средств воздействия на чувства, переживания слушателей или собеседников; - наполняют речевую деятельность студентов живыми, яркими, запоминающимися сравнениями, образами, нейтрализуют штампы, формализм, схематизм, бытующие в их языке.
5.	Игровые ситуации	<ul style="list-style-type: none"> - обеспечивают мотивацию студентов; - создают возможность моделирования любой жизненной ситуации, выполнения студентами различных ролей с присущими им формами речевого выражения; - ставят студентов перед проблемой выбора; - способствуют проявлению реальных ценностей студентов.

6.	Ситуации речевой деятельности в общении	<ul style="list-style-type: none"> - возникают стихийно или требуют специальной организации (рецензирование ответов других студентов, взаимопроверка сочинений, письменных работ); - требуют не только положительных суждений, но и критической оценки; - развивают тактичность выражения, не вызывающая обиды, негативных эмоций, переживаний у того, чей ответ оценивается; - развивают критичность мышления, способность к объективному оцениванию.
7.	Ситуации совместной деятельности студентов	<ul style="list-style-type: none"> - нейтрализуют недружелюбные отношения между студентами, выстраивают отношения между субъектами (ситуации совместной подготовки сообщений, выступлений, мероприятий); - требуют от студентов совместного поиска выразительных средств речевой деятельности; - способствуют взаимодополнению студентов, их взаимообогащению опытом своих товарищей.

В речевых ситуациях, которые содействуют развитию активных самостоятельных проявлений, студент должен аргументированно защищать свое мнение, задавать вопросы преподавателю, сокурсникам, выяснять непонятное, рецензировать ответы, вносить коррективы, давать советы, выполнять речевые задания. В этих ситуациях студенты находят не единственное решение, а несколько самостоятельно предпринятых; практикуется свободный выбор заданий, преимущественно поисковых, творческих. Создается заинтересованность коллективной деятельностью, на основе которой и происходит формирование активной позиции участников деятельности.

Речевая практика равна не у всех студентов. У активных, сильных студентов она, естественно, значительно больше и, поэтому, продуктивней. У слабых студентов, особо не нуждающихся в ней, она значительно меньше, что усугубляет их отставание в речевой деятельности, и, следовательно, мешает занять позицию субъекта.

В своем исследовании мы ставили своей задачей активизировать речевую деятельность студентов, а значит выделить ей больше места, больше времени на занятии. Важно активизировать речевую деятельность студентов вообще, а в частности тех, кто менее других вовлечен в эту форму речевой деятельности, кто владеет ею слабее других.

Изучение литературы по проблеме исследования, а также результаты опытно-экспериментальной деятельности помогли нам определить ряд требований к речевым ситуациям, направленным на формирование субъектной позиции студента в речевой деятельности:

1. Речевые ситуации должны быть максимально приближены к реальной жизни и действительно значимы для студентов. Если цель деятельности не имеет смысла для студента, если ее необходимость не

осознается им до конца, то и деятельность студента может быть нейтральна для его развития как субъекта деятельности. Поэтому в ее организации совершенно необходим перевод, трансформация поставленных целей в побуждение самой личности, в ее внутренние устремления, мотивы, которые и побуждают деятельность, и умножают ценность ее для формирования субъектной позиции студента.

Превращение цели в мотив деятельности является значительной ценностью учебного процесса, поскольку, по мнению Г.И. Щукиной, в подобном случае объективно значимая цель становится личностно значимой, и принимается студентами как субъектами образовательной деятельности.

Бразильский педагог Пауло Фрейре придерживается мнения, что надо заменить традиционное «накопительное» образование на «проблемно-постановочное», когда студенты занимаются реальными, взятыми из жизни проблемами. Учение, считает он, пойдет гораздо успешнее, если студенты будут формулировать проблемы – в том числе экономические, общественные и политические – на основе собственного жизненного опыта и затем решать их, используя при этом все возможности, которые ему предоставляются.

Американский философ и педагог Джон Дьюи считает, что субъектное становление студентов происходит тогда, когда они начинают заниматься конкретной проблемой. «Главный вопрос, который должен быть задан по поводу ситуации или явления, взятого за отправную точку процесса обучения, есть вопрос о том, какого рода проблемы это явление порождает». По мнению Дьюи, фокусирование на проблемах стимулирует природную любознательность студентов и побуждает их к самореализации в деятельности. «Только сражаясь с конкретной проблемой, отыскивая собственный выход из сложной ситуации, [студент] действительно думает».

Джон Дьюи был убежден, что образование терпело неудачи в силу одной весьма существенной ошибки; смешения очищенных, законченных, итоговых результатов исследования с сырым, грубым предметом исследования. Оно пыталось заставить студентов изучать выводы, а не исследовать проблемы, вовлекая их в эту деятельность. Ученые применяют научные методы для исследования проблемных ситуаций, студентам тоже следует делать то же самое, если мы хотим в итоге научить их думать самостоятельно. Мы же, напротив, толкаем их на изучение конечных продуктов открытий ученых; отбрасываем сам процесс и фиксируем только результаты. Когда проблема не прощупывается самостоятельно, не включаются какие-либо интересы или мотивация, так называемое образование превращается в шараду и пародию.

Из этого следует, что при подготовке к занятиям преподаватель должен определить круг стоящих перед студентами проблем, а в дальнейшем, когда студенты будут к этому готовы, помочь им сформулировать эти проблемы самостоятельно. Благодаря этому учение из рутинной «школярской» работы превращается в целенаправленную, содержательную деятельность, в ходе которой студенты проделывают реальную интеллектуальную работу и

приходят к решению реальных жизненных проблем. Собирая данные, анализируя тексты, сопоставляя альтернативные точки зрения и используя возможности коллективного обсуждения, они ищут и находят ответы на волнующие их вопросы.

2. Для включения в речевую деятельность всех студентов, независимо от уровня развития речевой деятельности, ситуации должны носить разноуровневый характер, способствуя переходу студента от деятельного исполнителя, воспринимающего информацию, через активное оперирование речевой деятельностью совместно с преподавателем к полной самостоятельности в речевом выражении.

Так, назначение первого этапа опытно-экспериментальной деятельности заключалось в организации активного восприятия студентом речевой деятельности преподавателя и адекватного выражения в речи студента. Студент на этом этапе выступал, с одной стороны, в роли деятельного исполнителя, воспринимающего информацию, с другой – выражал и свое отношение к содержанию речевой деятельности преподавателя, к самому преподавателю. У студентов появлялись элементы самоанализа, самонаблюдения в речевой деятельности.

На первом этапе возникал процесс активного соразмышления, в результате которого формировалась определенная позиция студентов.

Второй этап опытно-поисковой работы включал студентов в активное оперирование речевой деятельностью совместно с преподавателем, для этого использовались все типы ситуаций. Особенно ценной на данном этапе была работа по совершенствованию умения выразить свое отношение к происходящему.

Если на предыдущем этапе опережающие субъектные проявления фиксировались как единичные, то на данном этапе субъектная позиция студентов проявлялась в форме конструктивных предложений и верного самостоятельного выполнения заданий, требующих речевого выражения. Здесь стало возможным усложнение речевой деятельности, побуждаемое студентами, в ситуациях, которые предоставляли студентам самим выдвигать свои встречные пожелания, ставить задачи, вслед за предложенными преподавателем.

Процесс взаимоотношения преподавателя и студентов на 3 этапе строился на основе полного взаимообщения участников совместной деятельности, что позволяло преподавателю видеть в студентах активных соучастников образовательного процесса, подлинных субъектов, располагающих самостоятельными суждениями, самосознанием, самовыражением, имеющих право свободного выбора. Третий этап требовал использования студентами речевых умений воздействующего плана.

Таким образом, разноуровневость речевых ситуаций способствовала изменению позиции студента на занятиях: в начале это деятельный исполнитель, воспринимающий информацию. Затем происходит оперирование значениями в более совершенных формах речи, перенос

активных речевых действий из одной деятельности в другую; появляется возможность выдвигать встречные пожелания, ставить свои задачи. И, наконец, за счет достижения высокого уровня речевой деятельности студент – активный соучастник образовательного процесса, располагающий самостоятельными суждениями, самосознанием, имеющий право выбора.

Разноуровневость речевых ситуаций способствует и постепенному обогащению самой речи, и ее последовательному переходу от восприятия речи других участников речевого общения к активному воздействию на них и на самого себя.

3. Речевые ситуации должны обеспечивать каждому студенту, независимо от уровня владения речевой деятельностью, переживание успеха. По мнению Е.И. Казаковой, А.П. Тряпицыной, самореализация личности возможна лишь в том случае, если он будет ориентироваться на достижение успеха.

Для того чтобы свободно проявлять себя, студент должен быть уверен в своих способностях. Ему помогает переживание успеха в собственной деятельности. Успех в деятельности вызывает у студента удовлетворение, формирует положительные отношения к занятиям, придает ему уверенность в себе и желание идти вперед, к новым достижениям.

Здесь нужно разделить понятия "успех" и "ситуация успеха".

Ситуация - это сочетание условий, которые обеспечивают успех, а сам успех - результат подобной ситуации. Ситуация - это то, что способен организовать преподаватель; переживание же радости, успеха – нечто более субъективное, скрытое в значительной мере от взгляда со стороны. Задача в том и состоит, чтобы дать возможность пережить радость достижения, осознать свои возможности, поверить в себя.

Под успехом мы понимаем переживание состояния радости, удовлетворения от того, что результат деятельности либо совпал с уровнем притязаний (ожиданий, надежд) студента, либо превзошел их.

Ситуация успеха - это такое целенаправленное, организованное сочетание условий, при котором создается возможность достичь значительных результатов в деятельности, это результат продуманной, подготовленной стратегии, тактики.

Все зависит от того, как ситуация успеха закреплена, продолжается, что лежит в ее основе. Важно то, что даже разовое переживание успеха может изменить ритм и стиль деятельности, взаимоотношений с окружающими. Ситуация успеха является своего рода спусковым механизмом дальнейшего движения субъекта, его развития. На базе этого состояния формируются новые, более сильные мотивы деятельности, меняется уровень самооценки, самоуважения. В том случае, когда успех делается устойчивым, постоянным, может начаться цепная реакция, высвобождающая огромные, скрытые до поры возможности личности.

Различается успех и ожидания личности, А.С. Белкин выделяет три вида:

- Предвосхищаемый успех. В основе его ожидания могут быть и обоснованные надежды, и упование на какое-то чудо. На пустом месте успех родиться не может, но может повезти, если зоркий взгляд умного, наблюдательного заметит надежду и не даст повода для разочарования: поддержит, подготовит, убедит.

- Констатируемый успех. Фиксирует достижение, радуется ему. Важно, что он состоялся, что он сделал отличное настроение, дал возможность пережить радость признания, ощущение своих возможностей, веру в завтрашний день.

- Обобщающий успех. Ожидание успеха становится постепенно устойчивой потребностью. С одной стороны, это благо. Это - состояние уверенности, защищенности, опоры на самого себя. С другой - опасность переоценить свои возможности, успокоиться.

Помимо сугубо индивидуального переживания радости, успех имеет для студента и другую, не менее важную сторону - коллективную оценку достижений личности, отношение окружающих к успеху члена коллектива, группы. Это не может не способствовать гармонизации межсубъектных отношений.

При создании ситуации успеха на занятиях следует учитывать такие ее составляющие, как:

- личность учителя;
- эмоциональный комфорт, творческая атмосфера на занятиях;
- опора на положительное стимулирование;
- отрицание внешнего принуждения;
- отношения сотрудничества;
- ценностно-смысловое равенство всех участников;
- право каждого на ошибку (самостоятельное преодоление ошибки — путь к истине);
- безоценочная деятельность: (отсутствие критических замечаний в адрес любого участника) - оценка заменяется самооценкой и самокоррекцией;
- предоставление свободы в рамках принятых правил;
- диалоговость как главный принцип взаимодействия, сотрудничества, сотворчества - не спор, даже не дискуссия, а диалог участников, отдельных групп, диалог с самим собой — необходимое условие восхождения к новым истинам. Диалог создает атмосферу постижения любого явления с разных позиций, в разных «цветах», которые лишь совместно дают ощущение «радуги» мира. Рождается истинная коммуникативная культура;
- дифференцированный подход к определению содержания деятельности и характеру помощи студентам при ее осуществлении;
- словесные поощрения, подбадривание студента, вызывающие у него уверенность в своих силах, стремление соответствовать оценке преподавателя;

- общая морально-психологическая атмосфера выполнения тех или иных заданий, поскольку это в значительной мере снимает чувство неуверенности, боязни приступить к внешне сложным заданиям.

При конструировании речевых образовательных ситуаций важно, чтобы своего успеха добивался каждый студент, независимо от его уровня владения речевой деятельностью. Для этого условия речевой деятельности в образовательных ситуациях должны быть такими, чтобы студенты не боялись ошибиться, не боялись выглядеть смешными. Основные усилия студента необходимо направить на само-творение себя, сделать его креативным автором своей собственной жизни, используя ту ситуацию и те ресурсы, в которых он находится в каждый момент своего бытия.

4. При создании речевых ситуаций, направленных на формирование субъектной позиции студентов, оптимально использование приемов технологии развития критического мышления.

Результаты экспериментальной деятельности показали, что технология развития критического мышления оптимально подходит для формирования субъектной позиции студентов, поскольку она помогает решать следующие задачи: развитие самостоятельности, независимости суждений от каких-либо догм и авторитетов; способности к рефлексии, творчеству; готовности к постановке целей и планированию своей деятельности, направленной на их достижение; способности видеть и решать проблемы; готовности к сотрудничеству, терпимости к точкам зрения, отличным от собственной; умения строить логические выводы, аргументированно выражать свое мнение, отстаивать его.

Применение данной технологии на занятиях позволяет преподавателю видеть каждого студента в процессе деятельности, способствует возникновению устойчивых связей между всеми присутствующими, стимулирует процессы глубокого осмысления деятельности, облегчает диагностику результативности процесса.

Она также активизирует мыслительную и речевую деятельность студентов, вовлекая их в различные ее формы, которые и способствуют развитию их критического мышления и субъектной позиции в целом.

Структура данной педагогической технологии состоит из трех фаз и соответствует закономерным этапам деятельности субъекта. На начальном этапе – фазе вызова – происходит принятие студентами целей преподавателя, или постановка их собственных, создающих необходимые внутренние мотивы к процессу обучения. Таким образом, на данном этапе студенты осваивают навыки целеполагания, умения конструирования своей деятельности, определяют наиболее оптимальные способы решения проблемы, исходя из анализа уже имеющейся информации. Тем более что, предоставляя студенту проанализировать то, что он уже знает об изучаемой теме, мы создаем дополнительный стимул для формулировки им собственных целей мотивов.

На этой же стадии решается задача активизации студентов. Важно, чтобы на фазе вызова каждый смог принять участие в работе, ставящей своей целью актуализацию собственного опыта.

Преподавателю необходимо также уделить внимание систематизации всей информации, которая появилась в результате свободных высказываний студентов. Это позволит увидеть противоречия, которые и определяют направления дальнейшего поиска в ходе изучения новой информации. Причем для каждого из студентов эти направления могут быть индивидуальными, каждый студент определит для себя, на каком аспекте изучаемой темы он должен заострить свое внимание.

Роль преподавателя на этом этапе работы состоит в том, чтобы стимулировать студентов к вспоминанию того, что они уже знают по изучаемой теме, способствовать бесконфликтному обмену мнениями в группах, фиксации и систематизации информации, полученной от студентов. При этом важно не критиковать их ответы, даже если они неточны или неправильны. На данном этапе важно ценить любое мнение студента.

На втором этапе - фазе осмысления содержания – основной акцент следует делать на отслеживание студентами своего понимания при работе с изучаемым материалом. Здесь важным моментом является получение новой информации по теме. Организация работы на данном этапе может быть различной. Это может быть режим лекции, индивидуальное, парное или групповое чтение и просмотр видеоматериала. В любом случае это будет индивидуальное принятие и отслеживание информации. В процессе реализации смысловой стадии главная задача состоит в том, чтобы поддерживать активность студентов, их интерес и инерцию движения, созданную во время фазы вызова. В этом смысле важное значение следует придавать качеству отобранного материала.

На смысловой стадии студенты самостоятельно продолжают активно конструировать цели своего учения. Постановка целей в процессе знакомства с новой информацией осуществляется при ее наложении на уже имеющиеся знания. Студенты могут найти ответы на ранее заданные вопросы, решить возникшие на начальном этапе работы затруднения. При этом важно, чтобы преподаватель стимулировал студентов к постановке новых вопросов, инициировал поиск ответов через контекст той информации, с которой студенты работают.

В задачи преподавателя на данном этапе входит ясное и привлекательное изложение, отслеживание степени активности работы, внимательности, применение различных приемов для размышления о новой информации.

По сути, рефлексивный анализ и оценка пронизывают все этапы работы в рамках данной технологии. Вместе с тем рефлексия на стадиях вызова и реализации имеет несколько другие формы и функции. На третьей же стадии рефлексия процесса становится основной целью деятельности студентов и преподавателя.

Важно отметить, что рефлексия в обучении не может проводиться спонтанно. Она требует систематичности на всех этапах работы, а также регулярности и методической последовательности.

Рефлексивный анализ направлен на прояснение смысла нового материала, построение дальнейшего маршрута обучения. Но этот анализ мало полезен, если он не обращен в словесную или письменную форму. Именно в процессе речевой деятельности тот хаос мыслей, который был в сознании студента в процессе самостоятельного осмысления, структурируется, превращаясь в новое знание. Кроме того, в процессе обмена мнениями по поводу прочитанного или услышанного студенты имеют возможность осознать, что одно и то же высказывание может вызывать различные оценки, которые отличаются по форме и по содержанию. Некоторые из суждений других студентов могут оказаться вполне приемлемыми для принятия в качестве своих собственных. Другие суждения вызывают потребность в дискуссии. В любом случае этап рефлексии активно способствует формированию субъектной позиции студентов.

При этом на данном этапе наиболее целесообразным является сочетание индивидуальной и групповой работы. В процессе индивидуальной работы (различные виды письма: эссе, ключевые слова, графическая организация материала) студенты, с одной стороны, производят отбор информации, наиболее значимой для понимания сути изучаемой темы, а также наиболее значимой для реализации поставленных ранее индивидуально целей. С другой стороны, они выражают новые идеи и информацию собственными словами, самостоятельно выстраивают причинно-следственные связи.

Наряду с письменными формами, не менее важной является устная рефлексия. Побуждая к диалогу на стадии рефлексии, преподаватель дает возможность рассмотреть различные варианты мнений по поводу одного и того же вопроса.

Важно, чтобы в процессе рефлексии студенты самостоятельно могли оценить свой путь от представления к пониманию. Еще более важно, чтобы этот процесс осуществлялся без принуждения со стороны преподавателя.

На данном этапе важной задачей преподавателя является побуждение студентов к постановке вопросов. Вопросы самого преподавателя при этом не просто стимулируют процесс рефлексии, но и показывают студентам путь к самостоятельной рефлексии, без помощи извне.

Еще одним стимулом активизации рефлексии являются субъективные суждения самого преподавателя по поводу происходящего на занятии. Это предполагает не только оценочные суждения о действиях студентов, но и оценку своих ощущений, выражение собственных сомнений. Искренность и позиция партнерства позволяет сделать атмосферу обсуждения более открытой, а результаты более плодотворными.

Соответствие речевых ситуаций совокупности всех выделенных нами требований позволяет преподавателю успешно формировать субъектную

позицию студента, учитывая его интересы, склонности и возможности, поддерживая его мотивацию и активность, и тем самым способствовать развитию студента как субъекта, как личности.

Информационные технологии

СИСТЕМА ЗАЩИТЫ ЭЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТООБОРОТА ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ СТРУКТУР

*Беляков Д.В. – доцент курса правовой информатики, кандидат
военных наук*

Защита юридически значимого обмена документами в электронном виде (первичной бухгалтерской и налоговой документацией, счетов-фактуры, договоров, соглашений и др.) может быть осуществлена на основе средств криптографической защиты информации (СКЗИ).

Особое значение в основе криптографических решений придается понятиям «шифрование» и «электронная цифровая подпись (ЭЦП)».

Шифрование информации — это способ предотвращения неавторизованного просмотра или использования информации. Для осуществления шифрования используются специальные математические алгоритмы (криптоалгоритмы). Шифрование гарантирует защиту секретной информации от несанкционированного доступа со стороны третьих лиц. Для восстановления зашифрованной информации осуществляется обратное преобразование — расшифрование. Для расшифрования информации необходимо наличие соответствующего секретного (закрытого) ключа.

Электронная цифровая подпись (ЭЦП) это реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе.

В соответствии с действующим законодательством РФ (ФЗ РФ «Об электронной цифровой подписи») использование не сертифицированных средств ЭЦП и созданных ими ключей электронных цифровых подписей в корпоративных информационных системах федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления не допускается.

Тем самым защищенный юридически значимый электронный документооборот для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления должен обеспечиваться за счет использования сертифицированных средств криптографической защиты информации.

Электронная цифровая подпись (ЭЦП) представляет собой средство, позволяющее надежно установить авторство и подлинность электронного документа. Она позволяет заменить при безбумажном документообороте

традиционные печать и подпись. Проставление подписи под документом не меняет самого документа, она только дает возможность проверить подлинность и авторство полученной информации.

Статьей 5 Федерального закона Российской Федерации от 20.02.95 № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» установлено, что юридическая сила документа, хранимого, обрабатываемого и передаваемого с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем, может подтверждаться электронной цифровой подписью. При этом юридическая сила электронной цифровой подписи признается при наличии в автоматизированной информационной системе программно-технических средств, обеспечивающих идентификацию подписи, и соблюдении установленного режима их использования.

Появление Федерального закона Российской Федерации от 10.01.02 № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» обеспечило правовые условия использования электронной цифровой подписи в электронных документах, при соблюдении которых электронная цифровая подпись в электронном документе признается равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе.

Электронная цифровая подпись формируется с помощью закрытого ключа, который может храниться на дискете, в системном реестре, на смарт-картах и т.д.

ЭЦП может быть проверена с помощью открытого ключа, парного тому закрытому ключу, с помощью которого формировалась эта ЭЦП. Таким образом, зная открытый ключ пользователя, можно с точностью установить, он или не он подписывал данный документ.

Согласно ст.6 ФЗ РФ «Об электронной цифровой подписи» в Российской Федерации предусматривается создание удостоверяющих центров, в которых будут храниться сертификаты правообладателей электронной цифровой подписи.

Федеральное агентство по информационным технологиям «Росинформтехнологии», является на сегодня уполномоченным федеральным органом в области использования ЭЦП. Федеральное агенство открыло корневой (он же — головной) удостоверяющий центр.

По данным «Росинформтехнологии», сегодня насчитываются 150 локальных удостоверяющих центров по всей России, однако эффективность использования ЭЦП, выдаваемых ими, так и не развита. Некоторые частные компании использовали ЭЦП для своих нужд, однако на уровне взаимодействия с органами власти эти подписи не работали, так как не было единого реестра.

По словам руководителя Федерального агентства «Росинформтехнологии», большинство из имеющихся сегодня удостоверяющих центров будут объединены в общую систему. Это позволит сформировать в стране единую национальную инфраструктуру открытых ключей (разновидность ЭЦП). Развитие же такой инфраструктуры, а также

удостоверяющих центров является одним из приоритетных направлений государственной политики. (www.lenta.ru, www.CNews.ru).

Примерный механизм проверки подлинности электронной цифровой подписи (ЭЦП) Клиента

ЭЦП - вид аналога собственноручной подписи Клиента, является средством криптографической защиты информации, использующим систему секретного и открытого ключа.

Секретный ключ подписи - самостоятельно изготавливаемый Клиентом файл с помощью переданного Удостоверяющим центром программного обеспечения (ПО) и предназначенный для формирования Клиентом ЭЦП документов, подготавливаемых на средствах вычислительной техники.

Открытый ключ подписи - файл, автоматически формируемый при изготовлении Клиентом секретного ключа подписи и однозначно зависящий от него. Открытый ключ предназначен для проверки корректности ЭЦП документа. Открытый ключ считается принадлежащим Клиенту, если он был зарегистрирован в Удостоверяющем центре.

ЭЦП обладает двумя основными свойствами:

- воспроизводима только лицом, обладающим секретным ключом;
- неразрывно связана с содержанием конкретного электронного документа и только с ним.

Таким образом, ЭЦП жестко увязывает в одно целое содержание документа и секретный ключ подписавшего лица. Такой механизм делает невозможным изменение документа без нарушения подлинности данной подписи.

Процедура проверки подлинности ЭЦП — это процедура, выполняемая средствами программного обеспечения Удостоверяющего центра с использованием открытого ключа подписи Клиента. Она позволяет установить тот факт, что после создания электронного документа, заверения его электронной цифровой подписью и посылкой по каналам связи в содержание документа не было внесено никаких изменений. Верной считается ЭЦП, если программа проверки подтвердила ее правильность сообщением: «Подписал клиент: ДД.ММ.ГГГГ ЧЧ.ММ.СС NNNNNNNN - НАЗВАНИЕ КЛИЕНТА», где:

ДД.ММ.ГГГГ - дата в формате день, месяц, год;

ЧЧ.ММ.СС - время в формате часы, минуты, секунды;

NNNNNNNN -идентификатор клиента (до 8 латинских символов), открытый ключ которого зарегистрирован в базе данных удостоверяющего центра;

НАЗВАНИЕ КЛИЕНТА - полное название клиента соответствующее сертификату.

Применение ЭЦП способствует решению задач в области защиты информации и направлено на:

улучшение взаимодействия организаций государственного и коммерческого секторов в условиях полного электронного обмена документами по всем видам информации на территории РФ;

повышение эффективности внедрения государственной программы «Электронная Россия»;

выработку удобного централизованного механизма совместной работы вышеназванных структур при электронном документообороте;

обеспечение безопасности и юридической значимости электронного документооборота в деятельности государственных и коммерческих структур РФ.

В качестве программных продуктов, реализующих вариант защиты информации для государственных организаций, предлагается использовать:

КриптоПро CSP (от компании «Крипто-Про») сертифицированное средство криптографической защиты информации, получившее широкое распространение на российском рынке. Криптопровайдер предназначен для авторизации и обеспечения юридической значимости электронных документов при обмене ими между пользователями, обеспечения конфиденциальности и контроля целостности информации и др.

КриптоАРМ программа, позволяющая удобно работать с КриптоПРО CSP — шифровать данные, подписывать их и проверять корректность ЭЦП.

Trusted vDrive защищенное хранилище электронных документов с предоставлением доступа к ним на основе ролей в документообороте. Решение предназначено для безопасного и удобного хранения внутренних и внешних документов организации, разграничения прав доступа к информации и ее криптографической защиты.

Правовые основы использования ЭЦП в системах электронного документооборота:

Вид нормативного акта, дата и номер его регистрации	Название нормативного акта
Федеральный закон Российской Федерации от 20 февраля 1995г. № 24-ФЗ	«Об информации, информатизации и защите информации»
Федеральный закон Российской Федерации от 10.января 2002г. № 1-ФЗ	«Об электронной цифровой подписи»
Указ Президента Российской Федерации от 06 марта 1997г. № 188	«Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера»
Указ Президента Российской Федерации от 06 марта 1997г. № 188	«О мерах по соблюдению законности в области разработки производства, реализации и эксплуатации шифровальных средств, а также предоставления услуг в области шифрования информации»
Постановление Правительства Российской Федерации от 29 марта 1999г. № 342	«О внесении дополнения в Положение о сертификации средств защиты информации»
Постановление Правительства РСФСР от 05 декабря 1991г. № 35	«О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну»
Постановление Правительства Российской Федерации от 05 декабря 1991г. № 35	«О сертификации средств защиты информации»

Федерации от 26 июня 1995г. № 608	информации»
Приказ Федерального Агентства Правительственной связи и информации при Президенте Российской Федерации от 13 июня 2001г. № 152	«Об утверждении Инструкции об организации и обеспечении безопасности хранения, обработки и передачи по каналам связи с использованием средств криптографической защиты информации с ограниченным доступом, не содержащей сведений, составляющих государственную тайну»
Приказ Федерального Агентства Правительственной связи и информации при Президенте Российской Федерации от 23 сентября 1999г. № 158	«Об утверждении Положения о порядке разработки, производства, реализации и использования средств криптографической защиты информации с ограниченным доступом, не содержащей сведений, составляющих государственную тайну»
Утверждена Президентом Российской Федерации 9 сентября 2000 г. № Пр-1895	«Доктрина информационной безопасности Российской Федерации»

В целях обеспечения обмена электронными документами по каналам связи между организациями и ведомствами предполагается составление соглашения, об обмене электронными документами в системе электронного документооборота. Составление соглашения позволит урегулировать правовые отношения в сфере использования электронного документооборота, разрешить порядок использования технических и программных средств, определить ответственность сторон. Предлагается примерный вариант соглашения.

СОГЛАШЕНИЕ ОБ ОБМЕНЕ ЭЛЕКТРОННЫМИ ДОКУМЕНТАМИ В СИСТЕМЕ ЭЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТООБОРОТА

г. _____ “ ___ ” _____ 200__ г.

Стороны: _____, в лице управляющего _____, действующего на основании Устава, именуемое в дальнейшем «Абонент-1», с одной стороны и _____ в лице _____, действующего на основании Учредительного договора, именуемая в дальнейшем «Абонент-2», с другой стороны заключили настоящее Соглашение о нижеследующем:

1. ПРЕДМЕТ СОГЛАШЕНИЯ

1.1. Абонент-1 и Абонет-2 осуществляют обмен документами в соответствии с действующим законодательством РФ и настоящим соглашением.

1.2. Стороны признают, что полученные ими электронные документы, заверенные электронной цифровой подписью уполномоченных лиц, юридически эквивалентны полученным документам на бумажных носителях, заверенных соответствующими подписями и оттиском печатей сторон.

1.3. Стороны признают, что использование в документах средств криптографической защиты информации, которые реализуют шифрование и электронную цифровую подпись, достаточно для обеспечения конфиденциальности информационного взаимодействия сторон, а также для подтверждения того, что:

электронный документ исходит от стороны, его передавшей (подтверждение авторства документа);

электронный документ не претерпел изменений при информационном взаимодействии сторон (подтверждение целостности и подлинности документа);

электронный документ юридически эквивалентен документу на бумажном носителе.

2. ТЕХНИЧЕСКИЕ УСЛОВИЯ

2.1. Стороны за свой счет приобретают, устанавливают и обеспечивают работоспособность аппаратных, аппаратно-программных средств защиты информации от несанкционированного доступа и средств криптографической защиты информации.

2.2. При передаче электронных документов по каналам связи Сторона оплачивает средства и каналы связи, используемые им для работы.

2.3. Поставку Стороне средств криптографической защиты информации, в том числе ключей шифрования и электронной цифровой подписи, осуществляет официальный представитель _____, _____ осуществляет поставку ключей шифрования и электронной цифровой подписи только один раз на этапе подключения к системе электронного документооборота.

3. ПОРЯДОК ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ОБМЕНА ЭЛЕКТРОННЫМИ ДОКУМЕНТАМИ

3.1. Каждая сторона имеет право в электронной форме передавать другой стороне следующие электронные документы: (указывается перечень документов)

3.2. В процессе осуществления информационного обмена сторона, получившая электронный документ, обязана:

произвести расшифрование и проверку электронной цифровой подписи лица, подписавшего документ;

в случае успешного расшифрования и проверки электронной цифровой подписи, принять решение - оформлен или не оформлен передающей стороной электронный документ надлежащим образом.

3.3. Расшифрованный электронный документ, оформленный надлежащим образом, с успешно проверенными электронными цифровыми подписями, необходимыми для данного типа электронного документа, должен быть принят.

Свидетельством того, что электронный документ принят, является получение одной из сторон оформленной надлежащим образом квитанции о принятии электронного документа в обработку, либо того же самого электронного документа, подписанного электронной цифровой подписью принявшей стороны.

4. ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН

4.1. Абонент-1 принимает на себя следующие права и обязанности:

обеспечить функционирование всего необходимого оборудования со стороны _____, необходимого для обмена электронными документами с абонентом системы;

немедленно приостанавливать обмен электронными документами с Абонентом-2 при получении от него сообщения о компрометации его ключей шифрования и электронной цифровой подписи;

при изменении требований к передаваемым электронным документам Абонент-1 обязуется известить Абонента-2 об этих изменениях в установленные законами Российской Федерации сроки;

немедленно информировать Абонента-2 о компрометации ключей шифрования и электронной цифровой подписи _____;

привлекать разработчика средств криптографической защиты информации при возникновении конфликтных ситуаций, связанных с работой программного обеспечения средств криптографической защиты информации.

в течение первого со времени заключения настоящего Соглашения отчетного периода требовать подтверждения электронных документов предоставлением документов в бумажной форме. После отработки возникших неполадок, начиная со следующего отчетного периода электронные документы принимаются без подтверждения их документами в бумажной форме.

4.2. Абонент-2 принимает на себя следующие права и обязанности:

обеспечить доступ уполномоченных лиц _____ к ПЭВМ, на которых будет производиться установка и дальнейшее сопровождение средств криптографической защиты информации;

соблюдать правила работы в сети и требования эксплуатационной документации на средства криптографической защиты информации;

содержать в исправном состоянии компьютеры, которые подключены к сети, принимать организационные меры для предотвращения несанкционированного доступа к данным компьютерам и установленному на них программному обеспечению и средствам криптографической защиты информации, а также в помещения, в которых они установлены;

не допускать появления в компьютерной среде, где функционирует программный продукт, компьютерных вирусов и программ, направленных на ее разрушение;

без согласования с Абонентом-1 не вносить никаких изменений в технические и программные средства программного продукта, установленного у Абонента-2;

прекращать использование скомпрометированного ключа шифрования и электронной цифровой подписи и немедленно информировать Абонента-1 о факте компрометации ключа. Факт признания ключей шифрования или электронной

цифровой подписи скомпрометированными должен быть оформлен протоколом в течение 1 рабочего дня с момента установления факта компрометации;

немедленно сообщать Абоненту-2 обо всех случаях, свидетельствующих о попытках несанкционированного доступа к компьютерам с установленными средствами криптографической защиты информации, а также о любой, даже кратковременной, потере контроля над закрытым ключом;

в связи с тем, что эксплуатируемые по настоящему Соглашению программы и технологии, а также данные, образующиеся в результате работы программного обеспечения, содержат конфиденциальную информацию, абонент системы обязуется всеми доступными ему способами предотвращать ее разглашение;

не уничтожать и (или) не модифицировать архивы открытых ключей электронной цифровой подписи, электронных документов (в том числе электронные квитанции и журналы), состоящие из электронных документов в том виде, в котором они передавались или принимались от Абонента-2.

Срок поддержания архивов определяется законодательством Российской Федерации, а в случае возникновения споров - до их разрешения. Стороны несут ответственность за целостность и достоверность своих электронных архивов.

4.3. Стороны обязуются при осуществлении передачи электронных документов по сети при использовании программного продукта руководствоваться правилами и техническими требованиями, установленными действующим законодательством Российской Федерации и другими нормативными актами.

4.4. Сторона, для которой создалась невозможность исполнения обязательств по настоящему Соглашению, должна о наступлении и прекращении обстоятельств, препятствующих исполнению обязательств, немедленно извещать другую сторону, обмен электронными документами на время действия этих обстоятельств приостанавливается.

4.5. При возникновении споров, связанных с принятием или непринятием и (или) с исполнением или неисполнением электронного документа, стороны обязаны соблюдать порядок согласования разногласий, предусмотренный настоящим Соглашением.

5. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ СТОРОН

5.1. Стороны несут ответственность за использование информации в соответствии с законодательством Российской Федерации.

5.2. Абонент-1 не несет ответственности за ущерб, возникший вследствие принятия электронных документов к исполнению со скомпрометированной электронной цифровой подписью абонента системы, в случае получения информации о компрометации электронной цифровой подписи после принятия электронного документа к исполнению.

5.3. Абонент-1 не несет ответственности за ущерб, возникший в результате:

неправильного заполнения Абонентом-2 электронных документов в программном продукте;

разглашения Абонентом-2 паролей или доступности третьим лицам ключей шифрования и электронной цифровой подписи.

5.4. Абонент-2 несет ответственность за сохранность программного обеспечения системы, архивов открытых ключей электронной цифровой подписи и электронных документов, размещенных на своих компьютерах.

5.5. Если одна из сторон предъявляет другой стороне претензии по электронному документу при наличии подтверждения другой стороны о получении такого документа, а другая сторона не может представить архивную копию спорного электронного документа вследствие нарушения требований к хранению архива, которые оговорены в пункте 4.2. настоящего Соглашения, виновной признается сторона, не представившая архивную копию спорного документа.

6. ПОРЯДОК СМЕНЫ КЛЮЧЕЙ ШИФРОВАНИЯ И ЭЛЕКТРОННОЙ ЦИФРОВОЙ ПОДПИСИ

6.1. Порядок выдачи, смены, уничтожения ключей, в том числе в случаях их компрометации, определяется Абонентом-1.

6.2. Порядок обмена открытыми ключами сторон определяется Абонентом-1.

7. ПОРЯДОК СОГЛАСОВАНИЯ РАЗНОГЛАСИЙ

7.1. Стороны на основе взаимного согласия принимают следующий порядок разрешения возможных споров по обязательствам, вытекающим из содержания электронного документа, и споров о наличии электронного документа:

в случаях, когда одна из сторон оспаривает подлинность, целостность или авторство электронного документа, стороны создают экспертную комиссию для определения подлинности, целостности или авторства электронного документа, а также для выявления причин, приведших к появлению данного случая;

при получении одной из сторон электронного документа, электронная цифровая подпись которого не получила положительного результата проверки, а другая сторона настаивает на его подлинности, стороны после проверки целостности программного обеспечения своего средства криптографической защиты информации назначают экспертную комиссию из представителей сторон и экспертов, признаваемых сторонами, от других организаций;

результаты проверок и выводы экспертной комиссии оформляются актом в течение одного месяца с момента подписания сторонами акта согласования состава экспертной комиссии.

экспертная комиссия в своей работе руководствуется порядком разрешения конфликтных ситуаций, являющимся приложением данного соглашения;

составленный экспертной комиссией акт является основанием для выработки окончательного решения между сторонами.

7.2. Стороны обязуются принимать все возможные усилия для разрешения споров путем переговоров. Если в результате переговоров стороны не придут к согласию, спор выносится на рассмотрение суда.

8. СРОК ДЕЙСТВИЯ СОГЛАШЕНИЯ

8.1. Настоящее Соглашение вступает в силу с момента его подписания.

8.2. Изменения и дополнения в настоящее Соглашение могут вноситься только в письменном виде по взаимному согласию сторон.

8.3. В случае нарушения одной из сторон обязательств, предусмотренных данным Соглашением, другая сторона вправе в одностороннем порядке расторгнуть настоящее Соглашение, уведомив об этом в письменном виде другую сторону.

8.4. Настоящее Соглашение составляется в трех экземплярах, имеющих одинаковую юридическую силу, первый экземпляр находится в регистрационном центре, второй экземпляр находится у Абонента-1, третий экземпляр находится у Абонента-2.

9. ЮРИДИЧЕСКИЕ АДРЕСА И РЕКВИЗИТЫ СТОРОН

ПРОЕКТ ЗАКОНА РФ «О ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ». ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Черняев С.В. – зав. курсом правовой информатики, к.т.н., доцент

В конце сентября 2003 года Правительством Российской Федерации в Государственную Думу был внесен пакет законопроектов, включающий проекты Федеральных законов «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных», «О персональных данных» и «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» и Федерального закона «О персональных данных». На данный момент времени данный пакет законопроектов прошел первое и готовится ко второму чтению.

Стоит отметить что в соответствии с Конституцией Российской Федерации и Федеральным законом «Об информации информатизации и защите информации» условия и порядок обращения персональных данных должны регулироваться специальным законом. Попытки разработать и принять соответствующий закон предпринимались и предыдущими созывами Государственной Думы, однако дальше разработки законопроектов профильными комитетами и инициативными группами законодатели продвинуться не смогли¹. Теперь, по прошествии 11 лет после принятия

¹ Проект Федерального закона «Об информации персонального характера» (Внесен депутатами Государственной Думы Ветровым К.В., Шубиным А.В., Финько О.А., Коваленко П.И., Лебедевым И.В., Мартыновым Б.А., Клинецвичем Ф.А., Кравцом А.А.). // <http://www.infoforum.ru/detail.php?pagedetail=341>

Закона «Об информации, информатизации и защите информации», у нас есть шанс получить полноценный пакет законов закрывающий значительный пробел в праве. Конвенция Совета Европы «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» от 28 января 1981 года была подписана Российской Федерацией еще в 2001 году, однако так и не ратифицирована, в связи с необходимостью внесения изменений во внутреннее законодательство страны. Более того, еще в 1999 году Межпарламентской ассамблеей государств — участников СНГ был принят Модельный закон «О персональных данных»¹. Предполагается, что содержащиеся в нем принципы и нормы подлежат включению тем или иным образом в национальное законодательство.

Поэтому представляется весьма насущным провести анализ соответствия норм обсуждаемого в Государственной Думе проекта Закона мировой практике защиты персональных данных.

Несомненно что в эпоху бурного развития средств хранения и обработки информации, которые практически снимают ограничения на объемы информации хранящейся в базах данных и делают возможной обработки по любым как четко, так и нечетко заданным критериям, сбор персональных данных позволяет узнать практически любую информацию о законопослушном гражданине. Достаточно сказать что, базы данных крупнейших в США сетей супермаркетов Wal-Mart Stores Inc. и Kmart Corp. содержат 100 терабайт информации обо всем, начиная с продаж и заканчивая учетом, хранением и доставкой. Это примерно 200 миллиардов документов -- в 100 раз больше, чем в коммерческой базе данных службы по налогам и сборам (Internal Revenue Service). «Это настоящие склады данных, которые поглощают информацию почти в режиме реального времени, обрабатывают ее и поднимают тревогу в считанные секунды или минуты», - свидетельствует Ричард Уинтер (Richard Winter), независимый эксперт по крупным базам данных².

Конституция устанавливает ограничения на сбор, хранение и распространение информации о частной жизни граждан. В качестве механизма обеспечения этого права устанавливается особый режим обращения с персональными данными. Такая информация находится под особой защитой государства и отнесена к сведениям конфиденциального характера, поскольку их распространение создает угрозу для нарушения права на неприкосновенность частной жизни и конституционного принципа о запрете сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни, без согласия лица.

«Информация о частной жизни» - понятие более широкое, чем «персональные данные». В российском законодательстве под персональными данными понимаются сведения о фактах и событиях жизни человека, которые позволяют идентифицировать его личность. Данные – «это

¹ <http://www.medialaw.ru/exussrlaw/1/sng/25.htm>

² Профиль. № 41. 11/2001.

результат языковой фиксации единичного наблюдения, эксперимента, факта или ситуации ... для того, чтобы данное, содержащее объективную информацию, могло быть использовано человеком, оно должно быть включено в контекст знаний, определенным образом соотнесено с ними, и только в этом случае оно может эффективно использоваться как фактор деятельности или получения новой информации» Под такими сведениями понимаются, как правило, анкетные данные: Ф.И.О., адрес, данные паспорта, ИНН, различные сведения о месте работы, семейном положении, увлечениях, перенесенных болезнях и любая другая информация. Проект Закона «Об информации персонального характера» дает следующее определение: зафиксированная на материальном носителе информация о конкретном человеке, отождествленная с конкретным человеком или которая может быть отождествлена с конкретным человеком, позволяющая идентифицировать этого человека прямо или косвенно, в частности посредством ссылки на идентификационный номер или на один или несколько факторов, или на один или несколько факторов, специфичных для его физической, психологической, ментальной, экономической, культурной или социальной идентичности.

Персональные данные - это лишь информация позволяющая идентифицировать личность, само по себе распространение персональных данных не столько наносит ущерб личности, сколько создает возможность для причинения такого ущерба. Защита персональных данных - это норма, своего рода, подстраховывающая от возможных нарушений и злоупотреблений, так как отдельные данные о человеке могут сложиться в описательную картину его личности. Такие сведения пользуются спросом у маркетинговых агентств и спецслужб, а также банков, страховых фирм и работодателей, желающих убедиться в «благонадежности» своих клиентов или работников.

Зарубежное и международное законодательство очень внимательно относится к защите персональных данных, особенно с развитием средств сбора и обработки информации. Первые законы о защите данных были приняты в Германии в земле Гессен в 1970 г., в Швеции (1973), Соединенных Штатах (1974), Германии (1977) и Франции (1978). Данные законы стали основой для двух важных международных инструментов: Конвенция Совета Европы о защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных 1981 г., и Рекомендации Организации по экономическому сотрудничеству и развитию (ОСЭР) о защите неприкосновенности частной жизни и международных обменов персональными данными 1980 г. Положения двух упомянутых документов сформировали сущность законов о защите данных в десятках стран. Эти положения определяют персональную информацию как данные, которые нуждаются в защите на каждом этапе от сбора до хранения и распространения. Право граждан на доступ к своим данным и внесение в них изменений стало главной составляющей этих правил. Позднее в 1995 и 1997

годах Европейский Союз ввел в действие несколько указаний, которые не только способствовали усилению текущего законодательства в области защиты данных, но и установили ряд новых прав. В частности Европейским Союзом были приняты: Директива ЕС 95/46/ЕС о защите прав частных лиц применительно личных данных и о свободном движении таких данных, ставшая примером для национальных законов, которые должны были быть созвучными во всех странах Европейского Союза и Директива ЕС 97/66/ЕС об использовании персональных данных и защиты неприкосновенности частной жизни в сфере телекоммуникаций, которая установила особые гарантии для телефонных переговоров, цифрового телевидения, мобильных телесистем и других телекоммуникаций.

Какие же принципы устанавливает современное международное законодательство в области защиты персональных данных и насколько данные принципы имплементированы в предлагаемый проект закона?

В 1980 году принята Конвенция Совета Европы «О защите индивидуумов (частных лиц) по отношению к автоматизированной обработке персональных данных»¹. Данный документ заложил основу для согласования позиций государств-членов Совета Европы по вопросам защиты персональных данных при трансграничных обменах информацией. Государства, присоединившиеся к Конвенции, должны обеспечить адекватный уровень защиты путем дополнения и изменения своего национального законодательства (ст. 4) и «особенно его права на личную жизнь в аспекте автоматизированной обработки данных личного характера» (ст. 1). При этом, правовой режим защиты, предоставляемый национальным законодательством может быть жестче, чем определяется Конвенцией. Так, например, он может распространяться не только на порядок автоматизированной, но и «ручной» обработки персональных данных на традиционных бумажных носителях, или в соответствии со ст. 11 может быть расширен перечень «особой категории» данных, требующих усиленной защиты.

Как и любой другой рамочный документ, Конвенция не конкретизирует саму процедуру защиты информации, а лишь устанавливает наиболее общие принципы такого рода процедуры, поэтому вполне логичным кажется и само расширенное толкование термина «данные личного характера», где им обозначают любую информацию, относящуюся к физическому лицу, идентифицированному или которое может быть идентифицировано («информационный субъект»); (ст. 2 п. а). Конкретизация данного понятия должна проводиться в национальном законодательстве.

Основные принципы защиты изложены в статье 5 Конвенции:

Принцип законности и достоверности источников информации.

«а) полученные и обработанные законным путем;»

¹ Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. - М: Спарк, 1998.

Принцип соответствия целей сбора целям использования информации. Не допускается использование массивов персональной информации для других целей, кроме как заявленных. Данная норма фактически ограничивает действия по обобщению персональных данных из различных источников.

«b) зарегистрированные с определенной и законной целью и не используемые вразрез с этой целью;»

Принцип ограничения времени использования:

«e) сохраняемые в такой форме, которая позволяет идентифицировать необходимых лиц, и в течение такого срока, который не превышает срок регистрации поставленной цели».

Различные типы персональных данных требуют неодинаковых сроков хранения информации. От нескольких месяцев, например, при хранении, расшифровки времени и длительности телефонных переговоров, до пожизненного хранения, скажем налоговой истории гражданина и медицинской информации.

Принцип ограничения и прямого запрета на обработку чувствительной (деликатной) информации закреплен в статье 6 Конвенции. К такого рода информации относят данные о расовом происхождении, политических убеждениях, религиозных верованиях, а также информацию о здоровье или сексуальной жизни, уголовном осуждении.

Статья 5 Проекта Закона «О персональных данных» устанавливает принципы сбора и обработки такого рода информации в Российской Федерации.

«1. Сбор и обработка персональных данных должны осуществляться добросовестным и законным способом.»

Законность в правовых нормах предполагает следование известной формуле «все что не запрещено, то разрешено», однако для сбора персональных данных разумнее было бы следовать четкому определению всех разрешенных способов сбора персональных данных. Поскольку из-за непрерывного совершенствования технических средств сбора информации, сбор данных может осуществляться самыми неожиданными для граждан способами и включать в себя самые неожиданные для граждан данные в любых сочетаниях. Достаточно привести в пример технологии связанные с развитием RFID меток и средств распознавания образов.

«2. Персональные данные должны собираться для законных, предварительно определенных и заявленных целей и в дальнейшем не обрабатываться каким-либо образом, не совместимым с указанными целями. Цель обработки персональных данных должна соответствовать полномочиям и компетенции оператора. Обработка персональных данных для статистических, научных и иных аналогичных целей является допустимой при соблюдении гарантий по обеспечению прав субъектов персональных данных на неприкосновенность частной жизни.»

Законность целей, как и в предыдущей части статьи вовсе не означает, что цели сбора информации устанавливаются законом, автор имел ввиду лишь соблюдение установленных законом ограничений. Здесь надо учесть, что специфика создания подобных систем практически исключает возможность их создания на основании закона – речь может идти лишь о

соответствии закону. Однако цели сбора, равно как порядок и способы сбора данных вполне могут и должны устанавливаться законом, в то время как системы учета, способы обработки и объем данных не могут устанавливаться законом (хотя вполне могут быть узаконены уже после создания этих систем). Точно также (в соответствии с законом, но не на основании закона) создавались все известные системы учета населения (трудовые книжки, прописка, воинский учет, учет социальных номеров в США и т.д.).

Это еще одна опасная особенность систем учета населения – создание и работа подобных систем неминуемо сопряжены с нарушением конституционного принципа разделения властей. Воля законодателя всегда будет вторичной, а первичной становится даже не воля исполнительной власти, а функциональные требования самих систем учета.

3. Объем и характер обрабатываемых персональных данных, а также способ обработки должны соответствовать целям, для которых они обрабатываются. Персональные данные не должны быть избыточными для достижения целей обработки. Оператор вправе получать от субъекта персональных данных только те персональные данные, которые необходимы для достижения цели их обработки.

Если учесть, что согласно п.5 ч.1 ст.1 законопроекта оператор самостоятельно определяет цели, объем и способы сбора персональных данных, то получается, что фактически оператор может делать все, что ему будет нужно, включая изменение и дополнение целей сбора и обработки персональных данных. Таким образом, опять таки из-за отсутствия четкого законодательного ограничения целей обработки персональных данных при помощи закрытого списка, приводит к полной свободе действий оператора по поводу собранной в системе информации.

5. Персональные данные должны храниться в форме, позволяющей осуществлять идентификацию субъектов персональных данных, не дольше, чем этого требуют цели, для которых они накапливались, и подлежат уничтожению по достижении целей или утраты необходимости в их достижении.

Собранные в подобных системах учета данные практически неуничтожимы до той поры, пока существуют сами системы, для которых собирались эти данные, в противном случае информационная система будет настолько нестабильной и создающей предпосылки для нарушения прав граждан, что ее невозможно будет использовать в административных целях.

6. Принципы сбора и обработки персональных данных, установленные настоящей статьей, в полном объеме распространяются на сбор и обработку сведений, характеризующих физиологические особенности организма человека, на основе которых его можно однозначно идентифицировать: отпечатки пальцев, отпечатки ладони, результаты анализа ДНК, цифровой образ лица, сетчатки глаза и другие (биометрические персональные данные).

Представляется что это одно из наиболее спорных мест законопроекта законопроекта, поскольку:

Во-первых, человека можно идентифицировать на основе любых физиологических особенностей, однако такая идентификация возможна лишь после создания системы учета данных, содержащих достоверные результаты первичной идентификации. В случае же если такой системы нет, идентификация возможна лишь при участии самого человека. Таким образом, распространяя действие законопроекта на физиологические

особенности человека, авторы предполагают обязательность добровольного или принудительного участия человека в создании такой базы, либо возможность негласного сбора данных о гражданах без их ведома и согласия. В обоих случаях исполнение такого закона будет заведомо нарушать конституционные права граждан.

Во-вторых, сбор, хранение и обработка данных о результатах анализа ДНК настолько глубоко затрагивают права граждан, включая право на семейную тайну, тайну усыновления, медицинскую тайну, неприкосновенность личности и т.д. что не только нельзя распространять на эти данные «обычные» правила сбора, обработки, хранения и использования персональных данных, но напротив следует жестко запретить создание каких бы то ни было баз данных содержащих результаты анализов ДНК. Надо учесть, что база данных ДНК заведомо включает ДНК хотя бы двух человек, т.е. ни при каких обстоятельствах не может быть личной. Также следует жестко локализовать в пределах хотя бы одной клиники каждую базу данных ДНК, создаваемую в медицинских целях, а подобные базы создаваемые в криминалистических целях должны быть локализованы до уровня конкретных уголовных дел без возможности законного использования данных из одного дела в другом деле. Достаточно отметить, что подобная база данных анализов ДНК фактически позволит автоматически формировать списки потенциальных доноров для пересадки органов или использовать эти данные в криминалистических целях, что само по себе спровоцирует изменение методик расследования преступлений (порядок формирования круга подозреваемых в уголовных преступлениях) и, как следствие, элементарное подкидывание преступниками биологических материалов (волос, окурков и т.д.) невиновных лиц с целью запутывания следствия. Особую тревогу вызывает относительная «легкость» раскрытия преступлений при использовании подобных методик и невероятная сложность доказывания непричастности к совершенному преступлению, в случае обнаружения на месте преступления любого биологического материала подозреваемого.

Во всех случаях, создание баз биометрических данных неминуемо сопряжено с нарушением целого ряда конституционных прав, включая предусмотренное ст.28 Конституции право гражданина иметь убеждения и действовать в соответствии с ними. Именно это конституционное право позволяет человеку не служить в вооруженных силах, если это противоречит его убеждениям. Следует отметить, что убеждения могут быть и не религиозными, например, если человек считает для себя унизительным сдавать отпечатки пальцев, то никто его заставить не может.

Есть еще некоторые положения проекта Закона которые на взгляд автора серьезно ограничивают, а иногда и прямо нарушают права и свободы граждан.

Статья 10. Передача персональных данных

2. *Согласие субъекта персональных данных на передачу его персональных данных не требуется, если:...*

3) персональными данными обмениваются органы государственной власти и (или) органы местного самоуправления для выполнения возложенных на них функций при соблюдении требований, установленных настоящим Федеральным законом к информационным системам персональных данных указанных органов;

Категорически неприемлемая норма, поскольку такое вторжение в частную жизнь со стороны органов государственной власти и органов местного самоуправления в целях, не предусмотренных ст.55 Конституции было бы недопустимым нарушением Конституции России. В большинстве случаев такой обмен не является необходимым. Например пенсионное и социальное обеспечение не требует централизованного обмена персональными данными между органами государственной власти. Для адресного предоставления социальной и пенсионной поддержки уполномоченным органам государственной власти достаточно обеспечить сбор и обработку персональных данных только в пределах данного ведомства и только на локальном уровне, т.е. без обмена персональными данными между органами власти. Точно также, для обеспечения собираемости налогов у налоговых органов нет никакой необходимости передавать персональные данные налогоплательщиков другим государственным службам.

Однако положения ст. 23, 24 предлагаемого проекта Закона четко указывают на то, что государство планирует создание обобщенной интегрированной системы персонального учета. Многие эксперты справедливо полагают, что подобная интегрированная система только лишь ухудшит управляемость государства, поскольку возможности принятия решения будут жестко завязаны на логику функционирования системы и хотя законодательные ограничения для принятия определенного решения могут отсутствовать, на практике именно программные ограничения введенные в систему будут являться решающими. В результате весь запас гибкости законодательства, все допуски и люфты будут использованы в целях обеспечения стандартов системы, т.е. стандартизации правоотношений граждан. Очевидно что логика функционирования любой сколько угодно сложной информационной системы не будет способна учесть все нюансы реальных правоотношений.

Отдельного комментария заслуживает предлагаемая система государственного контроля за обращением персональных данных.

Об Уполномоченном органе по защите прав субъектов персональных данных подробно говорится в статье 21 законопроекта, а в некоторых других статьях законопроекта есть на него ссылки.

Представляется весьма важным введение института Уполномоченного по правам субъектов персональных данных. Положительный опыт работы данных Уполномоченных имеется, например, в ФРГ, где доверие к нему подкреплено серьезными государственными гарантиями независимости: он подчиняется только закону, имеет право отказываться от свидетельских показаний в суде и не показывать рабочие документы третьим лицам. Каждое предприятие, на котором занято минимум пять человек на автоматизированной или двадцать на ручной обработке данных, обязано

иметь собственного уполномоченного по защите данных. Этот уполномоченный подчиняется только руководству, свободен от указаний и может быть уволен только по решению суда из-за серьезных промахов в работе¹.

К сожалению, из проекта российского Закона «О персональных данных» исключены положения, касающиеся данного должностного лица. Вместо этого предложено определить Уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных. Это представляется неоправданным, поскольку в данной области должен существовать механизм независимого контроля и возможность прямого обращения граждан к специальному должностному лицу для внесудебной защиты своих прав.

Уполномоченный по защите субъектов персональных данных мог бы служить координатором и консультантом тех должностных лиц в государственных органах и частных компаниях, кто отвечает за защиту персональных данных. Без независимого контроля и оперативной реакции на обращения субъектов персональных данных нормативная база в данной области будет малоэффективной.

Во многих странах мира существуют уполномоченные по защите персональных данных и частной жизни или соответствующие комиссии/комитеты. Их главная задача – контроль над исполнением законодательства в этой области. Статус, структура и компетенция уполномоченных органов определяются в тех же законах о персональных данных и частной жизни. В большинстве законов (например, в Чехии, Дании, Австрии, Словакии, Польше и др.) это сделано подробно, в некоторых лишь закреплены общие положения (как, например, в Швеции). Российский законопроект близок ко второму варианту, однако, то, что касается Уполномоченного органа по защите прав субъектов персональных данных, написано слишком кратко и расплывчато. Между тем, в финансово-экономическом обосновании к законопроекту сказано, что штат Уполномоченного органа составит 50 человек, и дана оценка бюджетным расходам на его функционирование. Отсюда видно намерение создать Уполномоченный орган непосредственно после принятия закона о персональных данных. Однако главное – статус, структура и компетенция Уполномоченного органа – почти не описаны. Было бы логично и последовательно конкретизировать их в законодательстве (как, например, в случае Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации). Представляется возможным и вариант при котором Уполномоченного органа по защите прав субъектов персональных данных мог бы стать частью структуры Уполномоченного по правам человека. Это сделает более реальными и прозрачными контрольно-надзорные, просветительские и иные функции Уполномоченного органа.

¹ Хорсткотте Х. Защита данных в Германии // Basis-info. Внутренняя политика. № 26. 1999.

Базовым свойством, определяющим статус Уполномоченного органа, является его независимость. Это свойство вытекает из самого смысла деятельности Уполномоченного органа, призванного способствовать устранению и предупреждению нарушений законодательства о частной жизни, допускаемых, в том числе, и государственными структурами. Есть естественные и понятные различия в подходах к защите прав человека органа, созданного и функционирующего в рамках исполнительной власти, и независимой структуры, например, такой как Уполномоченный по правам человека. Опираясь и в том и в другом случае на закон, правительственный орган не может избежать влияния «своего» министерства и других органов власти, в то время как независимый уполномоченный орган исходит, прежде всего, из неотъемлемых прав человека. Поскольку основной функцией Уполномоченного органа является защита прав субъектов данных (то есть, работа с обращениями и жалобами конкретных лиц), а одним из нарушителей прав граждан и норм закона неизбежно будут государственные структуры, Уполномоченный орган должен быть независимой структурой. В противном случае, он не сможет выполнять свою миссию. Заметим, что и Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации «при осуществлении своих полномочий независим и неподотчетен каким-либо государственным органам и должностным лицам».¹

Требования Европейского Союза относительно соблюдения персональных данных в странах-членах ЕС включают создание надзорных органов по соблюдению законодательства о защите частной жизни. Особо подчеркивается независимый статус создаваемых органов.² Так что создание такого органа под «патронажем» Уполномоченного по правам человека представляется оправданным и рациональным.

¹ Ст. 2 Федерального конституционного закона «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации».

² П.1 статьи 28 Директивы 95/46/ЕС о защите прав частных лиц применительно личных данных и о свободном движении таких данных, 24 октября 1995 г.