

**МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ
ОРЕНБУРГСКИЙ ИНСТИТУТ**

ТРУДЫ ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА

(выпуск шестой)

Оренбург, 2005

Рекомендовано к печати Редакционным Советом института.

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

Редакционный совет:

Полшков 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.

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) Московской государственной юридической академии (выпуск шестой) – Оренбург, 2005 – 532 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 и экологического законодательства; вопросы трудового, предпринимательского права и права социального обеспечения; страницы отечественной и зарубежной истории государства и права; педагогика в высшей школе; 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.

© Московская государственная юридическая академия Оренбургский институт (филиал)

Оглавление

РАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ.....	7
ВОПРОСЫ ГОСУДАРСТВА, ПРАВА, ОБЩЕСТВА И ПОЛИТИКИ.....	7
АРХИРЕЙСКАЯ Т.Ю. Научная экспертиза в парламентской деятельности субъекта Российской Федерации (на примере Законодательного Собрания Оренбургской области).....	7
ГОНЧАРОВ Д.В., УДОВИЧЕНКО И.А. Социокультурные и политические предпосылки российского авторитаризма.....	15
КОЛОДИНА М.В. Налогово-бюджетная реформа: централизация и финансовая самостоятельность субъектов Российской Федерации.....	28
КОНОВАЛОВ В.А. Бюрократизм как свойство государственного аппарата и пути его преодоления.....	36
НАЛЬВАДОВ А.Ю. Аспекты реализации конституционных прав граждан избирать и быть избранными в органы местного самоуправления.....	48
НЕДОРЕЗОВ В.Г. Техническая проективность социального действия.....	61
СОЛОДКАЯ М.С. Ответственность: «точки напряжения» современного американского философского дискурса.....	68
РАЗДЕЛ ВТОРОЙ.....	78
ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА.....	78
ЗАЛАВСКАЯ О.М. Содержание принципа достоверности осуществления оценочной деятельности.....	78
КОВАЛЕВ М.В. Предпринимательский договор как юридическое выражение конкуренции.....	98
МАРЧЕНКО Т.В. Особенности эмиссии жилищных сертификатов.....	115
САТТАРОВА З.З. Понятие признания иностранного судебного решения.....	129
СТРОЙКИНА Ю.В. Развитие и современное толкование понятия гражданского правоотношения.....	137
ТОМИНА А.П. Действие принципа состязательности в арбитражном суде апелляционной и кассационной инстанции.....	149
РАЗДЕЛ ТРЕТИЙ.....	164
УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ.....	164
БЕССОНОВА И.В. Исторический аспект развития уголовной ответственности за нарушение правил охраны труда.....	164
ВЕЛИКИЙ Д.П. Дознание: история и современность.....	170

ДАШКОВА Г.Г. Особенности уголовно-правовой охраны рынка ценных бумаг в странах СНГ	180
ЖОВНИР С.А. Чем объясняется новая редакция статьи о хулиганстве.....	190
ЖУРАВЛЕВ Ю.Г. Проблемы криминалистической характеристики преступления как структурного элемента частной методики расследования.....	198
ПЛОТНИКОВ А.И. Объективные и субъективные признаки наказания.....	209
СМИРНОВА О.Н. Аспекты применения алгоритмов при расследовании преступлений, совершенных этническими группами	219
ХМЕЛЕВСКАЯ Т.А. Правовые основы деятельности общественных объединений в уголовно-исполнительной системе	231
ЧИКАВА И.В. Использование цифровых технологий при фиксации доказательственной информации	237
ШАМАРДИН А.А. Проблемы обеспечения гарантий прав личности при особом порядке судебного разбирательства.....	244
ШНИТЕНКОВ А.В. Наказания за служебные преступления по УК некоторых стран СНГ	254
ЯГОФАРОВ Ф.М. Основания и порядок вступления прокурора в производство по делам частного обвинения.....	261
РАЗДЕЛ ЧЕТВЕРТЫЙ	272
ВОПРОСЫ ЗЕМЕЛЬНОЙ РЕФОРМЫ И ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.....	272
ЛОПИНА И.М. Возникновение и развитие теории и законодательства о сельскохозяйственной кооперации зарубежных стран и России	272
МИХАЙЛОВА Е.С. Административная ответственность за нарушение законодательства об охране атмосферного воздуха	279
ЧЕРЕПАНЦЕВА Н.Б. Особенности правового статуса граждан в зонах чрезвычайных ситуаций природного характера	291
ЧАШКИН П.В. Международная торговля редкими и исчезающими растениями и животными: правовой аспект.....	298
РАЗДЕЛ ПЯТЫЙ	312
ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА И ПРАВА СОЦОБЕСПЕЧЕНИЯ.....	312
БИКСИТОВА Ж.А. Проблемы профилактики детской безнадзорности в Российской Федерации.....	312
ГОРЛОВА И.В., ШАДРИНА Т.В. Сравнительный анализ договора возмездного поручения и коммерческого представительства	322

ЗАЙЦЕВА О.Б. Содержание института охраны труда и защиты трудовых прав работников в российском трудовом праве	331
КУРЛАЕВ О.А. Некоторые проблемы правового регулирования использования исключительного права на товарный знак (знак обслуживания)	345
ЧЕРЕПАНЦЕВА Ю.С. Детские пособия как специфический вид социального обеспечения	362
ШАДРИНА Т.В. Объект инновационной деятельности: понятие и основные черты	375
РАЗДЕЛ ШЕСТОЙ	389
СТРАНИЦЫ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ И ЗАРУБЕЖНОЙ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА	389
ЖИЛЯЕВ П.И. Начало конца российской государственности или конец ее начала? (К 100-летию первой русской революции)	389
КСЕНОФОНТОВА М.В. Координация международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации: проблемы терминологии	398
КСЕНОФОНТОВА М.В., КСЕНОФОНТОВ В.В. Участие России в Римском статуте Международного уголовного суда: проблемы уголовного и уголовно-процессуального законодательства	404
ПУШЕЧНИКОВА Е.А. История становления института судебного контроля над органами политической власти Европейского Союза	417
ЧЕМЕРИНСКАЯ В.В. Греко-римские источники Уголовных законов Уложения 1649 года: сравнительный анализ	425
РАЗДЕЛ СЕДЬМОЙ	443
ПЕДАГОГИКА В ВЫСШЕЙ ШКОЛЕ	443
КОРОВИНА С.В. Особенности перевода на русский язык газетно-информационного материала	443
МОИСЕЕВА Л.В. О творчестве, педагогической эвристике и творческом саморазвитии... ..	450
МУЛЮКОВА Е.Э. К вопросу о становлении жизненных планов студентов... ..	458
ПОПОВ Е.Б. Инфраструктура общего образования: особенности Оренбургского региона ..	463
ТУХВАТУЛЛИН М.К. Психолого-педагогические основы профессионального самовоспитания студенческой молодежи	478
ФЕОКТИСТОВА Е.М. Возможности учебной опоры в речевой деятельности	493
ХАЛЮШЕВА Г.Р. Влияние технологии развития критического мышления на субъектную позицию студентов	497
РАЗДЕЛ ВОСЬМОЙ	511
ИНФОРМАЦИОННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ	511

БЕЛЯКОВ Д.В. Режим коммерческой тайны как составляющей системы информационной безопасности.....	511
ЧЕРНЯЕВ С.В. Современные технологии обнаружения сетевых атак	525

Раздел первый

Вопросы государства, права, общества и политики

НАУЧНАЯ ЭКСПЕРТИЗА В ПАРЛАМЕНТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО СОБРАНИЯ ОРЕНБУРГСКОЙ ОБЛАСТИ)

Архирейская Т.Ю. – доцент кафедры конституционного и международного права

В современном механизме правового регулирования важную роль играет научная экспертиза нормативных правовых актов. К сожалению, оценка роли, значения и эффективности научной экспертизы – проблема недостаточно разработанная и «несправедливо» обделенная вниманием ученых-юристов.

Исторические корни экспертного права были заложены еще в римской практике, точнее, в решении императора Августа предоставить экспертизам выдающихся юристов императорскую санкцию и авторитет. Кроме того, для возникновения экспертного права исключительно важную роль сыграли авторитет экспертов и доверие адресатов заключений.

Экспертное право было признано и активно развивалось в российской дореволюционной науке¹.

Так, Л.И. Петражицкий утверждал, что право юридической экспертизы может иметь статус источника права. Он указывал, что экспертные заключения имеют силу, пропорциональную научному авторитету автора и удачности их содержания. При этом автор выделял два этапа в формировании экспертного права. Первый состоял в признании экспертизы, данной по конкретному делу, для его решения. Второй этап – в применении экспертного заключения для разрешения других аналогичных дел².

Советская юридическая наука не придавала научной правовой экспертизе существенного значения, видя в ней исключительно прикладной, «вспомогательный характер» для правотворческой деятельности социалистических законодательных органов³.

Современные авторы признают значение научной экспертизы как неотъемлемого инструмента эффективной правотворческой деятельности

1 Алексеев А.А. Законодательный почин по русскому государственному праву. - С-Пб., 1913; Коркунов Н.М. Указ и закон. - С-Пб., 1894.

2 Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т.2. - С-Пб., 1910. С. 585-591.

3 Подробнее см.: Законодательство и законодательная деятельность в СССР / Под ред. П.П. Гуреева, П.И. Седугина. - М., 1972; Зивс С.Л. Источники права. - М., 1981; Ковачев Д.А. Механизм правотворчества социалистического государства. Вопросы теории. - М., 1977; Понтович Э.Э. Понятие и значение закона в Советском государстве // Советское строительство. 1928. № 7.

парламента¹, которому, по мнению С.В. Бошко, отведена «судьба непризнанной формы права»².

Вместе с тем, глубокие и разносторонние исследования теоретико-правовой экспертизы отсутствуют, а имеющийся исследовательский потенциал не выходит за рамки характеристики правового статуса парламента. При этом основное внимание уделяется исключительно *дозаконодательной экспертизе*, то есть экспертизе проектов законов на разных стадиях их прохождения. Именно заключения, предшествующие собственно законодательному процессу, признаются учеными наиболее эффективными.

Дозаконодательная экспертиза, включающая в себя экспертизу правовую и лингвистическую, предусмотрена во всех без исключения регламентах законодательных органов Российской Федерации – как в регламентах палат Федерального Собрания, так и в регламентах парламентов субъектов РФ, куда в качестве экспертов приглашаются ученые и специалисты.

Юридические экспертизы законопроектов осуществляются подразделениями аппаратов палат законодательного органа, могут затребоваться и независимые экспертизы. Существуют признанные экспертные центры, некоторые ученые являются авторитетными экспертами в определенных отраслях права.

Что касается вопроса о *послезаконодательной экспертизе* уже принятых законов, то унифицировать ее роль и значение в парламентской практике весьма затруднительно – в научных исследованиях она не получила ни особого признания, ни особого «недоверия». Такое положение, на наш взгляд, ни в коей мере не умаляет ее важности, а, наоборот, говорит, о новом направлении в развитии парламентской деятельности, особенно в настоящее время, когда происходит динамичное обновление многих сфер общественных отношений, нуждающихся в правовом регулировании.

Похвально, что широкую востребованность послезаконодательная экспертиза получает в субъектах РФ, получивших после принятия Конституции 1993 года большие правотворческие полномочия и теперь выстраивающих, подчас методом проб и ошибок, собственную систему законодательства. При этом парламентам субъектов РФ «законодательствовать» гораздо сложнее, нежели Федеральному Собранию. Ведь при принятии законов им необходимо, с одной стороны, учитывать специфику своего региона, с другой – не выходить за рамки «соответствия» федеральным источникам, а с третьей – постоянно обновлять и «выверять» свое законодательство, выполняя задачи, ставящиеся федеральным центром. Это особенно трудно в свете последних общегосударственных реформ.

На наш взгляд, послезаконодательная экспертиза нормативных правовых актов субъектов РФ позволяет решать следующие задачи:

1 Законодательный процесс. Понятие, институты, стадии / Отв. ред. Р.Ф. Васильев. - М., 2000; Законодательная техника / Под ред. Ю.А. Тихомирова. - М., 2000; Лобанчук А.В. Специфика подготовки и принятия законов в Федеральном Собрании Российской Федерации. - М., 1996; Калинина Н.А. Лингвистическая экспертиза законопроектов: проблемы и перспективы. - М., 1997.

2 Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. № 1, январь 2003. С. 12.

- 1) устранение механического «переписывания» норм соответствующего федерального законодательства;
- 2) устранение противоречий между региональным и федеральным законодательством;
- 3) устранение коллизий внутри законодательных и подзаконных актов субъектов РФ;
- 4) разрешение спорных и конфликтных ситуаций;
- 5) повышение уровня правовой культуры депутатов.

Как эти задачи решаются на практике, рассмотрим на конкретных примерах парламентской деятельности Законодательного Собрания Оренбургской области, где послезаконодательная экспертиза уверенно набирает силу.

Парламентские комиссии, депутатские объединения или отдельные депутаты Законодательного Собрания нередко обращаются к экспертам и специалистам в различных отраслях права с запросом провести независимую научную экспертизу уже принятых законов. Большую роль играют заключения, подготавливаемые преподавателями Оренбургского института Московской государственной юридической академии.

Так, в 2004 году депутатом Законодательного Собрания В.Н. Кидановым в Оренбургский институт МГЮА был направлен запрос о правомерности передачи права своего голоса другому депутату в случае его отсутствия на пленарном заседании палаты. Проведя соответствующие научные оценки ряда процедурных норм, эксперты представили следующее заключение.

Право депутата передавать свой голос при голосовании было впервые закреплено в Регламенте Государственной Думы от 22 января 1998 г., статья 85 которого устанавливает, что в период отсутствия на заседании палаты депутат составляет на имя Председателя заявление о передаче своего голоса другому депутату с указанием причины отсутствия, времени, на которое передается голос, а также с указанием того, как распорядиться голосом при голосовании по вопросам, рассматриваемым палатой. Заявление о передаче своего голоса в период отсутствия на заседании палаты депутат вправе также направить телеграммой.

Таким образом, Государственная Дума предусмотрела возможность для депутата, находящегося вне Государственной Думы по уважительным причинам, выразить свою волю путем передачи своего голоса другому депутату.

Что касается законодательства Оренбургской области, то в нем вообще не предусмотрен институт передачи депутатом Законодательного Собрания своего голоса. Парламент области базирует свою деятельность исключительно на принципе личного участия депутата в голосовании.

Так, Закон Оренбургской области от 20 июня 2001 г. «О статусе депутата Законодательного Собрания Оренбургской области» (ст. 9) и Регламент Законодательного Собрания от 16 июня 1999 г. (ст. 24) предусматривают, что депутат обязан присутствовать на заседании Законодательного Собрания. О невозможности присутствовать на заседании по уважительной причине депутат

заблаговременно информирует председателя Законодательного Собрания, председателя комитета (комиссии), а в их отсутствие - руководителя аппарата Законодательного Собрания. Какие-либо другие положения, в том числе, о передаче голоса и о распоряжении им отсутствуют.

Как видим, в случае неучастия депутата в заседании Законодательного Собрания его голос просто пропадает. Удачны ли подобные сдержанность и неурегулированность вопроса о передаче депутатского голоса в оренбургском законодательстве? Ответ на этот вопрос неоднозначен.

С одной стороны, «голосование за другого» - это, к сожалению, укоренившаяся во многих государствах парламентская «квазитрадиция» злоупотребления правом передачи голоса, которая сильно бьет по авторитету депутатов, снижает престиж парламента в общественном мнении.

Однако с другой стороны следует иметь в виду, что мы имеем дело с проблемой, с которой сталкивается практически каждый парламент. У депутата множество дел. В день голосования у него может быть назначен депутатский прием, острые, неотложные события могут позвать его в избирательный округ, он может быть членом делегации для поездки за рубеж и т.д. Наконец, каждый может просто заболеть.

Такие проблемы есть в любом парламенте, и со временем находятся традиционные, проверенные временем пути их решения.

Полагаем, что в законодательстве Оренбургской области также можно найти цивилизованные способы решения данной проблемы, не нарушая при этом принцип личного участия депутата в голосовании. При этом можно использовать один из двух вариантов.

1 вариант. Поскольку нормы Регламента Законодательного Собрания не регулируют процедуру передачи депутатского голоса, однако и не запрещают их, то по аналогии с процедурой, принятой в Государственной Думе, депутат Законодательного Собрания может обратиться к председателю палаты с заявлением о передаче своего голоса другому депутату с указанием причины отсутствия, времени, на которое передается голос, а также с указанием того, как распорядиться голосом при голосовании. В российском праве подобное применение «анalogии» норм допускается и используется.

Таким образом, только председатель Законодательного Собрания может решить вопрос о допустимости «заочного голосования», так как в соответствии с Законом Оренбургской области от 19 июля 1994 г. (в ред. 31 декабря 2002 г.) «О Законодательном Собрании Оренбургской области» председатель Законодательного Собрания «возглавляет и организует работу Законодательного Собрания» (ст. 7), «ведает вопросами внутреннего распорядка Законодательного Собрания, оказывает содействие депутатам Законодательного Собрания в осуществлении ими своих полномочий» (ст. 8).

Однако обращаться к председателю нужно именно с заявлением о передаче голоса, а не с просьбой учитывать голос при голосовании, поскольку институт «учета голоса» вообще отсутствует в российской парламентской практике.

Если председатель Законодательного Собрания откажет в принятии

заявления о передаче депутатского голоса, аргументируя отказ тем, что подобные нормы являются процедурными и обязательно должны быть закреплены законом, а не использоваться как традиция или парламентский обычай, то можно использовать второй вариант решения данной проблемы.

2 вариант. Можно выступить с инициативой введения в Законе Оренбургской области о статусе депутата Законодательного Собрания и Регламенте Законодательного Собрания норм о передаче голоса на случай таких обстоятельств как: чрезвычайные ситуации на местах, болезнь, направление в командировку, необходимую для выполнения функций палаты, и других обстоятельств экстраординарного характера. Тем более что закрепление в нормативных правовых актах Оренбургской области института передачи депутатского голоса не противоречит Конституции РФ и федеральному законодательству, поскольку в соответствии с Конституцией (ст. 73) установление порядка организации законодательных органов субъектов РФ находится вне пределов ведения РФ и предметов совместного ведения РФ и субъектов РФ, а в соответствии с ФЗ от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (ст. 5) порядок деятельности законодательного органа определяется субъектом РФ самостоятельно.

Приняв во внимание вышеуказанное заключение, депутат Законодательного Собрания В.Н. Киданов обратился с законодательной инициативой введения «заочного голосования» в парламенте Оренбургской области.

Приведем еще один пример. В 2004 году очень остро дискутировался вопрос о возможности совмещения полномочий депутата Законодательного Собрания и выборного должностного лица муниципального образования. Проблема заключалась в том, что большинство членов Законодательного Собрания являлись и до сих пор являются и депутатами, и главами муниципальных образований, тем самым олицетворяя в одном лице и законодательную, и исполнительную власть. Вследствие этого у многих депутатов возник вопрос – конституционна ли подобная ситуация.

По данной проблеме экспертами Оренбургского института МГЮА было предложено следующее заключение.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 ФЗ от 12 июня 2002 года «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» «депутаты органов государственной власти субъектов Российской Федерации не могут замещать иные государственные должности, выборные муниципальные должности, муниципальные должности муниципальной службы, быть депутатами иных представительных органов государственной власти или представительных органов местного самоуправления; депутаты представительных органов местного самоуправления не могут замещать муниципальные должности муниципальной службы, быть депутатами представительных органов государственной власти».

Из данной нормы следует, что, независимо от уровня власти –

федеральной, региональной или муниципальной, закон запрещает совмещение депутатом служебных обязанностей государственных и муниципальных служащих. Нарушение этого запрета может повлечь за собой увольнение служащего с работы после его избрания в представительные органы власти и местного самоуправления.

Подобный запрет объясняется, в первую очередь, конституционным принципом разделения властей, выражающимся в самостоятельности и независимости законодательной, исполнительной и судебной властей, а также конституционно-правовой природой органов местного самоуправления, которые самостоятельны и не входят в систему государственных органов.

Что касается правомерности совмещения полномочий депутата Законодательного Собрания Оренбургской области с полномочиями главы муниципального образования, в период с избрания Законодательного Собрания в марте 2002 года до настоящего времени, то данный вопрос юридическим способом может быть разрешен исходя из двух обстоятельств.

Первое обстоятельство. До 2002 года в федеральном законодательстве вполне определенно был решен вопрос о запрете совмещения служебных обязанностей государственных и муниципальных служащих, а также депутатов представительных органов¹. Что касается выборных лиц местного самоуправления, то вопросы ограничения их деятельности, связанные с совмещением, не были урегулированы.

Запрет совмещения полномочий депутата представительного органа субъекта РФ с должностью выборного должностного лица местного самоуправления был впервые введен 7 мая 2002 года, когда статья 12 ФЗ от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» была изложена в новой редакции, закрепляющей, что: «в течение срока своих полномочий депутат не может быть депутатом Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, судьей, замещать иные государственные должности Российской Федерации, государственные должности федеральной государственной службы, иные государственные должности субъекта Российской Федерации или государственные должности государственной службы субъекта Российской Федерации, а также выборные муниципальные должности и муниципальные должности муниципальной службы, если иное не предусмотрено федеральным законом».

Однако закон оговорил, что данное положение распространяется только на депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации, избранных после вступления в силу Федерального закона от 7 мая 2002 г.

1 Эти ограничения закреплены в следующих законах: ФЗ от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», ФЗ от 31 июля 1995 г. «Об основах государственной службы Российской Федерации», ФЗ от 28 августа 1995 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», ФЗ от 8 января 1998 г. «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации».

Таким образом, норма указанного федерального закона, запрещающая совмещение, не распространяется на депутатов Законодательного Собрания, избранных до 7 мая 2002 года.

Второе обстоятельство. ФЗ от 19 сентября 1997 года «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (п. 7 ст. 4) закреплял, что «ограничения статуса депутата, выборного должностного лица, устанавливаются Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, конституциями, уставами, законами субъектов Российской Федерации».

В связи с отсутствием федерального законодательства о запрете совмещения полномочий депутатов законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ и выборных должностных лиц местного самоуправления многие субъекты Федерации сами устанавливали в своем законодательстве такие ограничения (например, Самарская область, Магаданская область). Субъекты РФ такое право, безусловно, имели, поскольку установление общих принципов организации системы органов государственной власти и местного самоуправления находится в совместном ведении РФ и субъектов РФ (пункт «н» статьи 72 Конституции РФ), а при отсутствии федерального закона по предмету совместного ведения может приниматься закон субъекта.

Поэтому суды указанных субъектов правомерно признавали незаконным избрание депутатов представительных органов субъекта, если они не сложили с себя полномочия глав муниципальных образований, и наоборот¹.

В Оренбургской области данные ограничения не закреплялись ни в Уставе Оренбургской области от 20 ноября 2000 г., ни в Законе от 21 февраля 1996 г. «Об организации местного самоуправления в Оренбургской области», ни в Законе от 8 июля 1997 г. «О муниципальной службе в Оренбургской области», ни в Законе от 20 июня 2001 г. «О статусе депутата Законодательного Собрания Оренбургской области». Из этого вытекает, что ограничения совмещения полномочий не распространялись на депутатов Законодательного Собрания и глав муниципальных образований Оренбургской области. И это не противоречило ФЗ об основных гарантиях избирательных прав от 19 сентября 1997 г.

Когда 12 июня 2002 года был принят новый ФЗ от 12 июня 2002 года «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», содержащий запрет совмещения полномочий, то субъекты РФ были обязаны привести свои законы в соответствие с федеральным законом. Что и было сделано в Оренбургской области.

28 августа 2002 года в пункт 2 статьи 7 Закона о статусе депутата Законодательного Собрания были внесены изменения о том, что «в течение срока своих полномочий депутат Законодательного Собрания не может занимать выборные муниципальные должности, муниципальные должности муниципальной службы, если иное не предусмотрено федеральным законом».

¹ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2002 г.

Здесь логично возникает вопрос: почему депутаты Законодательного Собрания продолжают совмещение полномочий глав муниципальных образований, если законом подобная деятельность запрещена? Ответ очевиден и прост. Дело в том, что в качестве одного из основных юридических принципов выступает принцип недопустимости обратной силы закона. Отсюда следует, что ограничение совмещения полномочий распространяется только на депутатов, избранных соответственно после 12 июня 2002 года.

Все вышеизложенное позволяет сделать следующий вывод. Сегодня закон разрешает совмещать полномочия депутата Законодательного Собрания Оренбургской области и главы муниципального образования, поскольку депутаты Законодательного Собрания были избраны на основе Закона об основных гарантиях избирательных прав от 19 сентября 1997 года, который прямо не закреплял ограничения депутатской деятельности, а отсылал к Конституции, федеральным законам и законам субъектов Федерации. В федеральном законодательстве и в законах Оренбургской области на момент избрания Законодательного Собрания таких ограничений не предусматривалось.

Следовательно, до избрания депутатов Законодательного Собрания нового созыва в 2006 году совмещение полномочий продолжает сохраняться.

Что касается возможности совмещения полномочий выборного должностного лица с полномочиями депутатов, то этот вопрос нигде прямо не урегулирован. Ни в одном федеральном законе, а также ни в одном законе Оренбургской области такой запрет не закреплен. Только в новом ФЗ «Об общих принципах местного самоуправления в Российской Федерации» подобный запрет установлен, однако соответствующие положения начнут действовать с 1 января 2006 года.

Сегодня многие законодательные и судебные органы, исходя из смысла Конституции РФ, Закона об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации, полагают, что вхождение в состав законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ выборного должностного лица местного самоуправления нарушает конституционные принципы разделения властей, самостоятельности местного самоуправления, государственного контроля за выполнением органами местного самоуправления законов, ответственности должностных лиц местного самоуправления перед государством.

Например, Конституционный Суд в определении от 15 мая 2001 г. заявил, что муниципальная служба, как и государственная, в силу своего публично-правового характера ни при каких обстоятельствах не допускает даже временного совмещения с какой-либо иной публичной деятельностью¹.

По такому же поводу Законодательное Собрание Тверской области обращалось в Конституционный Суд РФ с запросом разъяснить, вправе ли выборные должностные лица местного самоуправления входить в состав законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации. Конституционный Суд в определении от 11 июня 1999

1 Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2002. № 1.

г. в рассмотрении запроса отказал, заявив, что Государственной Думой РФ 4 декабря 1998 года принят ФЗ «Об основах статуса выборного лица местного самоуправления в Российской Федерации», одна из норм которого содержит подобные запреты. При этом Суд указал, что возможность последующего обращения с запросом о проверке конституционности соответствующих законоположений не исключена в случае непринятия такого закона¹.

Указанный закон был отклонен Президентом и возвращен для доработки. К сожалению, закон был снят с рассмотрения, поскольку его отозвал субъект права законодательной инициативы.

Из сказанного вытекает следующее заключение. Сегодня вопрос о запрете совмещения полномочий главы местной администрации и депутата законодательного органа субъекта не урегулирован.

Вместе с тем, факт такого совмещения может быть рассмотрен на предмет его конституционности в Конституционном Суде РФ, в который имеет право обращаться законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ.

Полагаем, что Законодательное Собрание Оренбургской области может обратиться в Конституционный Суд РФ за решением указанной проблемы, чтобы избранные в сентябре-декабре 2004 года главы муниципальных образований исполняли свои полномочия в строгом соответствии со своим конституционным предназначением.

Обобщая все вышеизложенное, можно сделать следующий вывод.

Мы не склонны преувеличивать роль научных заключений уже принятых нормативных правовых актов и видим их исключительно рекомендательную специфику. Тем не менее, использование научной послезаконодательной экспертизы, особенно на региональном уровне, играет серьезную роль как для дальнейшего совершенствования законодательного процесса, обеспечения единства законодательной базы Федерации и ее субъектов, так и для развития уровня правовой культуры депутатов, повышения эффективности их работы.

СОЦИОКУЛЬТУРНЫЕ И ПОЛИТИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ РОССИЙСКОГО АВТОРИТАРИЗМА

*Гончаров Д.В. – зав. кафедрой общегуманитарных, социально-экономических дисциплин и управления, доктор политических наук, профессор
Удовиченко И.А. – соискатель-стажер ОИ МГЮА*

Дискуссия об авторитаризме

В последнее время раздается все больше голосов, с возрастающим энтузиазмом отстаивающих положение о пользе авторитаризма для нашей страны. Сторонники этой позиции утверждают, что проблемы и сложности посткоммунистической России в значительной степени обусловлены тем, что

1 Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1999. № 5.

она не готова к демократии. Поэтому попытки демократических реформ деструктивны, ведут к социальному хаосу, разрушению государственности и политико-административному коллапсу. Выход, если придерживаться этой точки зрения, заключается в том, чтобы путем более или менее радикального «приостановления» демократизации стабилизировать положение в обществе, восстановить политический и административный потенциал российского государства, а затем снова (уже в новых, более благоприятных условиях) вернуться к программе демократического развития.

Оставляя на совести энтузиастов авторитарного проекта уверения о «временности» политической «заморозки» российского общества, спросим: обладают ли авторитарные политические системы позитивным общественно-историческим потенциалом? Современная дискуссия на эту тему имеет довольно давнее происхождение. В 1968 году в своей книге «Порядок в изменяющихся обществах» Самуэль Хантингтон писал: «Самым важным из того, что отличает одну страну от другой в политическом отношении, является не форма правления, а степень управляемости. Демократические страны и диктатуры отличаются друг от друга меньше, чем отличаются те страны, политическая жизнь в которых характеризуется согласием, прочностью общественных связей, легитимностью, организованностью, эффективностью, стабильностью, от тех, где всего этого не хватает. Соединенные Штаты Америки, Великобритания и Советский Союз имеют различные формы правления, но во всех трех странах правительство управляет»¹. Если признать подобную логику справедливой, то можно полагать, что в определенных общественно-исторических условиях авторитарные системы действительно могут быть полезны как средство восстановления всех тех сторон общественного порядка, которые, по мнению Хантингтона, необходимы для достижения состояния «управляемости».

В пользу такого предположения как будто говорит и опыт успешной модернизации некоторых азиатских стран (Южная Корея, Сингапур, Китай и др.), а также практика преодоления последствий масштабного социально-экономического и политического кризиса в Чили, спровоцированного социалистическими экспериментами правительства Альенде². Многие говорят также и об опыте социально-экономических преобразований в СССР, превративших «отсталую дореволюционную» Россию в «мощную индустриальную державу» современного типа. Допуская (с большой долей условности), что в этих случаях авторитарная стратегия развития оказалась более или менее результативной, зададимся следующим вопросом: может ли эта стратегия оказаться эффективной в условиях современной России? Автор полагает, что едва ли на это можно рассчитывать.

Антисовременное общество

Прежде всего, следует критически отнестись к тому позитивному образу

1 Хантингтон С. Политический порядок в изменяющихся обществах. - М.: Прогресс-Традиция, 2004. С. 21.

2 Palmer M. Political development: dilemmas and challenges. Itasca, Ill.: F.E.Peacock Publishers Inc., 1997, pp.189-190.

«эффективных авторитарных» обществ, который предстает в разного рода апологиях авторитаризма, предлагаемых как с идеологических, так и технократических позиций. Мифологемы авторитарного порядка, стабильности, социальной гармонии и эффективности соответствуют действительности лишь в незначительной степени (особенно постольку, поскольку это касается советского варианта данного способа организации общественно-политической жизни).

В то время, когда Хантингтон столь благосклонно писал об «управляемой диктатуре» в СССР, надежная информация о реальной социальной, экономической и политической ситуации в нашей стране была недоступна не только экспертам на Западе, но даже и советскому политическому руководству. Такой информации просто не существовало. Поэтому исследователям приходилось опираться на более или менее субъективные интерпретации известных фактов, эмпирические экстраполяции и т.п. С высоты нашего исторического опыта мы можем констатировать, что действительное положение дел в советском обществе было иным. Ригидность системы тоталитарного политического руководства и командной экономики, ориентация на отвлеченные идеологические цели постепенно привели к появлению целого ряда острейших политических и социально-экономических проблем, которые, в конечном счете, и обусловили распад СССР.

За фасадом социально-политической стабильности скрывалась картина разложения и растущего напряжения. Лояльность по отношению к режиму и официальной идеологии подвергалась глубинной эрозии, порождая равнодушие и циничный конформизм в одних ситуациях, критику и протест – в других. Социально-экономические сдвиги и элементы общественного плюрализма, появившиеся в условиях постсталинской («неототалитарной») либерализации и относительной внешней открытости, формировали возрастающий объем ожиданий и запросов, удовлетворить или даже адекватно воспринимать которые в рамках существующей системы становилось все более и более сложно. А предпринимаемые попытки восстановить легитимность режима ограничивались растущей неэффективностью экономики и системы государственной администрации.

История продемонстрировала социально-культурную и институциональную неспособность советской системы соответствовать запросам развития в условиях современного общества. Это произошло несмотря на то, что программа «коммунистического строительства» в СССР и других странах «реального социализма» на протяжении довольно длительного времени воспринималась как альтернативный (по сравнению с Западным) вариант модернизации и развития. В связи с этим уместным будет поставить вопрос о том, в какой степени советское общество было модернизировано? Насколько созданные в Советской России система коммунистической политики и государственная администрация соответствовали институциональной и социально-культурной логике современного общества?

На деле так называемая «степень модернизации» любого общества означает очень сложное социетальное состояние, сочетающее в разной

пропорции современные, досовременные и антисовременные черты общественного устройства. В России это сочетание приобрело особенно причудливый характер. Вероятно, институциональную и культурную сложность итогов российской модернизации можно объяснять не только «цивилизационными» особенностями российского социума, но также и продолжительностью этого исторического движения. Более трех столетий в драматичных противоречиях любви-ненависти Россия шла по этому пути. Восхищение социальными и культурными достижениями Запада, его военной мощью и экономической эффективностью уживалось с неприятием внутренней социально-культурной и институциональной логики Западного общества. В результате складывается такое положение дел, когда заимствованные институты образуют лишь внешнюю сторону общественной организации, своего рода фасад, выдержанный в духе модернизации и скрывающий общество, которое современным назвать можно лишь с существенными оговорками. В действительности, в большей степени здесь будет уместным другой термин – антисовременное общество.

Антисовременное общество формируется в той ситуации, когда реализация Западной модели модернизации воспринимается как чуждая по существу, но «полезная» с точки зрения практических последствий ее решения задача. В условиях такого исторического конфликта создаются альтернативные варианты модернизации, предполагающие институциональные и социально-культурные формы, которые должны как-то «иначе» обеспечить достижение состояния современности. Нужно иметь в виду, что появление альтернативных проектов модернизации никогда не является чисто «технической» проблемой, так сказать, академически поставленным вопросом о том, существуют ли иные, помимо традиционного, варианты «вхождения» в современность. Альтернативные проекты возникают в контексте «догоняющей модернизации», когда столкновение с Западной цивилизацией порождает в данном обществе социально-культурное напряжение, своего рода культурный шок. Это значит, что общество не просто «технически» не готово стать современным – оно не хочет принимать чуждые цивилизационные формы. Антисовременное общество – это результат «бунта против современности»¹.

В результате «столкновения цивилизаций» (по выражению Хантингтона) складывается институциональная и культурная среда, которая по необходимости (и лишь на уровне реформаторского или революционного авангарда с некоторым энтузиазмом), отказываясь от традиционного уклада, пытается «притвориться» современной, как-то приспособиться к новым историческим задачам. Ее черты, применительно к итогам коммунистических преобразований в нашей стране, обобщены в таблицах 1 и 2. Разумеется, «отказ» от досовременного уклада не является окончательным. Но главное в антисовременном обществе состоит не в сохранении того, что часто называют «пережитками» досовременной эпохи, а в деформации заимствованных институтов. Деформированные институты образуют внутренне противоречивую ткань социального действия, в которой заимствованные

1 Lipset S. Consensus and conflict: essays in political sociology. New Brunswick: Transaction Books, 1985.

образцы становятся лишь поводом для социально-культурной имитации. Именно социальные практики и культура имитационной деятельности и составляют подлинное содержание институтов антисовременного общества.

Таблица 1. Современное и антисовременное общество: сравнение¹

Черты современности	Черты «антисовременности»
Урбанизация	Мобилизационный характер урбанизации (города как конгломераты «заводских поселков»)
Индустриализация	Относительно высокий уровень социальной маргинальности
Определенные успехи в научно-техническом развитии	Относительно невысокий уровень экономического развития и общественного благосостояния
Сравнительно высокий уровень мобильности	Низкий уровень производительности и экономической эффективности в целом
Сравнительно высокий уровень образования	Негативное отношение к инновациям
Создание масштабной системы социальной защиты	Негативное отношение к любым формам общественного плюрализма
Создание системы массового политического участия	Акцент на экстенсивном развитии
Формирование обширного комплекса ожиданий по отношению к правительству (государству)	Низкий уровень государственно-административной эффективности
	Политическое участие мобилизационного типа
	Уничтожение гражданских и политических прав и свобод
	Разрушение гражданской ответственности
	Разрушение основ гражданского общества
	Отсутствие системы правления права

Таблица 2. Современное и антисовременное общество: сравнение (продолжение)

Компоненты общественной структуры	Современное общество	Антисовременное общество
Деятельность	Сложная	Сложная
Сигналы	Цены и законы	Правила, политика, взятки и личные контакты
Открытость	Прозрачность	От относительной прозрачности до непрозрачности
Правовой уровень	Да	Жесткость, модифицированная неисполнением
Причины и следствия	Прогнозируемые	Непрогнозируемые
Результаты деятельности	Действенные	Недейственные
Эффективность	Да	Нерегулярная

Источник: Rose R. Living in an Antimodern Society – *East European Constitutional Review*, 8:1-2, 1999.

Институциональная логика советского режима: верховная власть и бюрократия

¹ Обобщенную модель современных обществ, сформированную на основе обзора обширной литературы по модернизации, см. в Palmer, ch. 2.

Внутреннюю противоречивость антисовременной институциональной системы можно истолковать в терминах разрыва между структурами формальных, декларативно принятых институтов и неформальных институтов, существующих в виде сложных и многообразных практик политического патронажа, коррупции, теневой экономики и иных сетей клиентелистского взаимодействия¹. Формальные институты в контексте антисовременного советского общества носили преимущественно фиктивный характер, и только невнимательному наблюдателю они могли показаться реальной фактурой общественной жизни. Подлинная общественная реальность в гораздо большей степени была связана с функционированием неформальных институтов. Система неформальных институтов, с одной стороны, позволяла трансформировать (и освоить таким образом) чуждые формы социального действия в духе привычных способов поведения и общения, а с другой – помогала снизить общественные и индивидуальные издержки, вызываемые недействительностью формальной структуры.

Одним из наиболее ярких проявлений антисовременного характера коммунистического общества была организация системы государственного управления. Здесь крылось существенное противоречие. С одной стороны, коммунистический тоталитарный проект общественных преобразований предполагал формирование максимально централизованной структуры общественного взаимодействия, создаваемой путем устранения институтов рыночного регулирования экономики, политического плюрализма, иных форм автономного социального действия. Координация работы такой общественной структуры требовала создания беспрецедентной по своим масштабам системы публичного управления. Именно этот институт должен был, по логике вещей, сыграть ключевую роль в осуществлении проекта коммунистической модернизации. С другой стороны, коммунистическая теория (в ее большевистском, ленинском варианте) включала в себя положение о том, что государство (как машина классового господства и подавления) в новых условиях исчезнет. Предполагалось, что освобожденное от социально-экономических противоречий капитализма, пронизанное духом нового гуманизма и энтузиазмом общество «естественным» образом, спонтанно найдет необходимые формы самоорганизации и самоуправления.

На отвлеченно идеологическом уровне существовало стремление устроить систему государственной администрации в духе прорыва к современному обществу – на рациональных началах «научного менеджмента» и планирования. Этот мотив стал неотъемлемой частью советской административной идеологии (или мифологии) и в 60-е годы пережил свое возрождение на фоне лозунгов «научно-технического прогресса» и т.п. Разумеется, все это модернизационное прекрасное имело мало общего с действительным положением дел. В реальности тоталитарная программа общественных преобразований привела к тотальному огосударствлению общественной жизни, к формированию традиционной для России

1 Lauth H.-J. 2000. Informal Institutions and Democracy – Democratization, 7:4.

бюрократической системы и бюрократизации общества в целом¹.

Основными политическими характеристиками этой системы были подчиненность бюрократии партийному (политическому) руководству и отсутствие всякого гражданского контроля над ее деятельностью. В новых исторических условиях были воспроизведены некие, как можно предположить, архитипические черты российской политической традиции, а именно – доминирование в политической системе двух институтов: персонифицированного политического руководства («Русской Власти») и бюрократии².

В принципе, бюрократии отводилась роль послушного инструмента в руках верховной власти. Бюрократия была призвана консолидировать, поддерживать соответствующий режим политического господства. Однако на деле она приобрела социальные и политические свойства, выходящие за рамки этой задачи. Бюрократия сама оформилась в подлинно политическое сословие, которому в обмен на лояльность были предоставлены весьма широкие властные полномочия по отношению к обществу. Возникла (вернее, пережила «реставрацию» в советском социально-политическом контексте) сложная система социальной стратификации (так называемая «сталинская рестратификация») и сеть неформальных институтов, которые определяли характер взаимодействия бюрократии и ее политических господ, с одной стороны, а также механизмы внутрибюрократического взаимодействия и «технологии» консолидации ресурсов (своего рода систему «неофеодального кормления») – с другой. Основными компонентами неформальной институциональной структуры в советском обществе были политический патронаж, разные формы клиентелизма и коррупции³. Таким образом, сформировался политический режим, обеспечивающий господство коммунистических лидеров и предполагающий особый порядок политической взаимозависимости, в котором бюрократия являлась ключевой опорой авторитарной верховной власти. Бюрократическая лояльность, в свою очередь, была обусловлена способностью и желанием политического руководства поддерживать «неофеодальный» порядок, предоставляющий бюрократии политические и социально-экономические преимущества.

Горбачевская перестройка как неудачный опыт авторитарного реформирования

Попытка реформ, предпринятая М.С. Горбачевым, подвергла сложившийся режим серьезному испытанию. Горбачев, как известно, принадлежал к той группе советских лидеров, которые полагали, что советскую систему нужно реформировать, придать ей импульс развития, приблизить ее к показателям передовых современных обществ. По сути дела, на повестку дня в очередной раз был поставлен вопрос о программе модернизации. Однако

1 Ryavec K. Russian bureaucracy: power and pathology. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Pub., 2003.

2 Баталов Э. Политическая культура России сквозь призму civic culture – Pro et Contra, 6:2, 2002; Пивоваров Ю. Русская политическая культура и political culture – Pro et Contra, 6:2, 2004; Шевцова Л. Как Россия не справилась с демократией – Pro et Contra, 8:3, 2004.

3 Из обширной литературы на эту тему упомянем: Ledeneva 1998, Lovel et al. 2000, Willerton 1998.

признать, что всякие попытки осуществить этот исторический прорыв альтернативным, не западным (антисовременным), а значит, и недемократическим путем являются бесперспективными, означало бы для коммунистического руководства политическую капитуляцию. Поэтому вновь речь шла о модернизации в контексте авторитарной политики, но в каком-то новом, «улучшенном» варианте.

Поиски этого варианта шли в пределах авторитарной либерализации, то есть в направлении мер, которые должны были несколько расширить экономические и политические права граждан. Такие меры, как предполагалось, помогли бы сделать коммунистическую систему более легитимной (политически открытой) и повысить уровень ее социально-экономической и административной эффективности, не затрагивая ее политических основ. В соответствии с правилами авторитарной модернизации, реализация этой институциональной перестройки была поручена самой бюрократии. Не желая отказаться от основ коммунистической системы, советское руководство по-прежнему видело в бюрократии ключевого политического агента. Но бюрократия не была способна, да и вовсе не хотела того, чтобы собственными руками разрушить порядок, который обеспечивал ей участие в системе авторитарного политического господства и эффективный контроль над общественными ресурсами. Неизбежным результатом в такой ситуации стал раскол между бюрократией и политическим руководством. Целостность режима, посредством которого верховная власть добивалась консолидации своего политического авторитета, была нарушена.

Для политического руководства одним из возможных выходов из создавшегося положения была политика реальной демократизации «сверху». Такая политика устранила бы традиционный режим взаимозависимости верховной власти и бюрократии. Правящая группа получила бы возможность провести институциональное преобразование общества и в то же время сохранить власть, правда, ценой отказа от коммунистического авторитаризма. Однако коммунистические лидеры не смогли сделать этот выбор в пользу полной открытости. В результате они оказались в крайне противоречивом положении. С одной стороны, сохранение коммунистической системы требовало достижения двух взаимообусловленных целей – укрепления ее легитимности и повышения уровня социально-экономической эффективности. Успешное решение этих задач было связано с поддержкой со стороны бюрократии. С другой стороны, для того, чтобы добиться этого, необходима была глубокая институциональная перестройка советской политической и административной организации, что наносило огромный урон позициям этого «сословия». Такое противоречивое положение не могло не закончиться политическим провалом.

Реформы Горбачева были восприняты бюрократией как угроза ее общественно-политическому положению. Допущение (даже в весьма ограниченных масштабах) экономического плюрализма и политической открытости, ориентация на ценности эффективного управления вступили в противоречие с институциональной логикой ее деятельности. В условиях

советской системы проблемы административной эффективности и гражданского контроля над деятельностью бюрократии имели отношение к формальной, внешней стороне системы, своего рода квази-модернизационной оболочке, прикрывавшей антисовременную институциональную «начинку». Поэтому постановка вопроса о необходимости добиваться подлинной социально-экономической и административной эффективности и ответственности бюрократии перед обществом, в сущности, означала выдвижение лозунга о необходимости заменить антисовременную институциональную логику коммунистической бюрократии логикой функционирования действительно современных институтов, устроенных на демократических началах.

В принципе, если попытаться истолковать сложившееся положение в терминах теории коллективного действия, бюрократия могла бы выбрать один из двух наиболее вероятных поведенческих сценариев. Первый – относительно альтруистичный – сценарий мог предполагать ориентацию на сотрудничество с политическим руководством и с другими членами бюрократического сословия в целях сохранения основ коммунистической системы и соответствующего политического режима. Он должен был быть связан с определенным (может быть, даже значительным) и носящим солидарный характер самоограничением бюрократии. Это самоограничение должно было затронуть ее политический статус (введение определенных форм, обеспечивающих более высокий уровень гражданской ответственности) и используемые ею неформальные практики извлечения ресурсов (снижение уровня коррупции). Возможно, что при определенных обстоятельствах это могло бы действительно привести к достижению модернизационных целей и стабилизации режима. Реализация такого сценария предоставляла единственно возможный шанс сохранить коммунистическую систему (пусть даже в более или менее трансформированном виде).

Второй – эгоистичный – сценарий предполагал отказ от сотрудничества с верховной властью на основе вывода о политической обреченности реформаторского курса, а главное – его абсолютной бесполезности для самой бюрократии. В рамках этого сценария акторы считают рациональным, отказавшись от логики сотрудничества, действовать исключительно в своих собственных интересах, пытаясь в условиях углубляющейся дезорганизации институциональной структуры извлечь максимальную выгоду для себя лично. Такое поведение можно описать при помощи так называемого «эффекта бегства клиентов из банка». Подобный эффект возникает в той ситуации, когда все клиенты того или иного банка стремятся забрать из него свои вклады при первом известии о проблемах, с которыми столкнулся банк. Эти люди считают неразумным потерпеть и дать руководству банка возможность попытаться исправить положение дел. Естественно, такой банк стремительно разоряется.

В реальных условиях позднесоветской истории был реализован второй сценарий. Бюрократия отказалась поддержать реформаторские усилия полити-

ческого руководства¹. Началось разрушение советского политического режима и коммунистической системы в целом, обусловленное стремительно углублявшимся социально-экономическим кризисом, кризисом неуправляемости и обвалом легитимности, который в значительной степени был вызван все возрастающим потоком социально-экономических и политических требований, нашедших выход в условиях горбачевской либерализации. Итогом этого процесса, как известно, стал август 1991 года.

Постсоветский цикл политического развития: от неопределенности к новому авторитарному проекту модернизации

После распада СССР Россия вступила в период общественно-политической «неопределенности»². Поиски способов выхода из этого состояния и составили содержание нового цикла новейшей отечественной истории. Одна из наиболее существенных характеристик постсоветского политического развития состояла в том, что повестка дня реформ, инициированных новым политическим руководством, была в значительной степени лишена собственно политической составляющей. Президент Ельцин и его советники основную задачу общественных преобразований видели в том, чтобы трансформировать экономическую систему, доставшуюся России по наследству от СССР, осуществить переход от командной экономики к экономике рыночного типа. Задача демократизации, то есть целенаправленного выстраивания институтов демократической политики была, по сути дела, проигнорирована. Таким образом, Борис Ельцин потерял исторический шанс изменить логику российской институциональной традиции на рубеже коммунистической и посткоммунистической эпох, в точке «сочленения» периодов российской истории³.

Здесь не место подробно говорить о том, почему это произошло. Возможно, в том, что задача экономических преобразований была выдвинута на первый план, можно видеть традиционно «экономический» (то есть ориентированный, прежде всего, на достижение внешних материальных результатов) уклон любого реформаторского (модернизаторского) проекта в России. Еще более весомым объяснением будет фактор преемственности элитных групп в условиях российского перехода. Слабость доперестроечной оппозиции и относительная скоротечность разложения советской системы обусловили то, что в новой России политическое руководство было

1 Solnick S. Stealing the state: control and collapse in Soviet institutions. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

2 O'Donnel G., Schmitter K. Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies. Baltimore and London: John Hopkins University Press, 1986; Гельман В. Как выйти из неопределенности? – Pro et Contra, 3:3, 1998; Гельман В. Трансформации и режимы. Неопределенность и ее последствия. – Гельман В., Рыженков С., Бри М., ред. Россия регионов: трансформация политических режимов. - М.: Изд-во «Весь Мир», 2000.

3 Термин «исторические сочленения» используется в работах, связанных с одним из направлений «нового институционализма» – так называемым «историческим институционализмом» (см.: Thelen K, Steinmo S. Historical Institutionalism in Comparative Politics – Thelen K, Steinmo S., Longstreth F., eds. Structuring Politics. Cambridge, 1992). Он означает состояния институциональной неопределенности, которые возникают на сломе исторических эпох и предоставляют возможность формировать новую институциональную перспективу, преодолевая порочный круг зависимости от старой институциональной традиции.

сформировано, главным образом, за счет выходцев из реформаторского крыла партийного руководства и партийной интеллигенции. Эти люди не стремились к радикальным политическим реформам, которые, как предполагалось, должны были произойти как бы сами собой, в результате крушения старых коммунистических институтов, экономических перемен и общей либерализации, связанной с предоставлением широкого круга политических прав и свобод. По-настоящему насущной политической задачей виделась только одна проблема – консолидация режима личной власти президента. Именно с поисками институциональных форм решения этой проблемы, по преимуществу, и были связаны усилия нового политического руководства.

Тем временем в рамках постсоветской демократизации действительно существовал широкий спектр политических проблем. Одна из наиболее острых в их числе, как отмечают многие исследователи, была так называемая проблема «построения государства». Какое значение термина «государство» в данном случае имеется в виду? Во-первых, новая политическая система должна была быть оформлена в контексте целостного политического сообщества. Во-вторых, в ее рамках должна была сформироваться совокупность эффективных правительственных институтов. Задачи сохранения целостности российского государства и укрепление его административной эффективности могли лечь в основу повестки дня масштабного институционального строительства сразу после августа 1991 года. Такая повестка дня включала бы немедленную разработку и принятие новой российской Конституции, проведение выборов парламента и региональных органов власти, выстраивание системы отношений между Центром и регионами (федеративных отношений), партийное строительство, осуществление комплекса административных реформ и т.п. Но, как мы уже говорили выше, этого не произошло.

Вместе с тем, все эти задачи были связаны с действительно насущными общественными проблемами и настоятельно требовали своего разрешения. Нужно было каким-то образом устанавливать отношения между Центром и регионами. Нужно было поддерживать хотя бы минимальный уровень управляемости. В противном случае общественно-политический кризис, который стал бы неизбежным результатом накапливания противоречий в этих сферах, грозил смести новое политическое руководство. Именно в таком ключе и была воспринята данная проблематика. Вопрос о политической демократизации как о фундаментальной институциональной перестройке был подменен вопросом о консолидации режима личной власти Президента и его окружения.

В качестве инструмента консолидации была выбрана стратегия поиска компромиссов и заключения сделок между верховной властью и наиболее значимыми политическими акторами – региональными лидерами и элитными группами в регионах, крупным бизнесом («олигархами») и бюрократией. В общем, можно говорить о том, что такая политика оставалась в рамках модели квази-демократической либерализации, которая большинством воспринималась как действительная демократизация. Результатом применения такой стратегии стал чрезвычайно шаткий баланс сил, непрочность которого стала более чем

очевидной в последние годы второго президентского срока Бориса Ельцина. Политическая неустойчивость сложившегося режима дополнялась и его социально-экономической неэффективностью.

Финансовый кризис 1998 года отчетливо выявил все эти напряжения. Основным содержанием общественно-политической дискуссии стала проблематика «сохранения Российского государства», преодоления центробежных тенденций и административного бессилия. Именно в этой ситуации возникает фигура В. Путина. Внезапность его появления обусловила постановку знаменитого вопроса о том, кто же такой мистер Путин? Этот вопрос мог быть отнесен не только к обстоятельствам его биографии, перипетиям карьеры и особенностям личностного склада, но также и к вопросу о том, принес ли он с собой какое-то особое видение общественного и политического развития России.

Вначале представлялось, что, возможно, новый Президент является более или менее пассивным носителем определенного электорального образа, составленного политтехнологами из старой кремлевской команды в терминах общественных ожиданий о «порядке» в обществе, о преодолении кризиса в отношениях между Центром и периферией и т.п. Однако со временем, как нам кажется, определились черты политической философии, исповедуемой нынешним политическим руководством России. Впрочем, термин «политическая философия» употребляется здесь с большой долей условности. Скорее, следует говорить о некоей «ментальности», то есть совокупности социальных и политических убеждений и эмоций, которая, не будучи сколько-нибудь отчетливо осознана и артикулирована, тем не менее, задает общие рамки поведения носителей верховной власти и общий вектор политического развития российского общества. Наиболее значимыми компонентами этой ментальности являются идея «укрепления или восстановления Российского государства», стремление к тому, чтобы ускорить социально-экономическое развитие (удвоение ВВП и т.п.), войти в круг развитых стран Западной демократии (членство в «Большой восьмерке»), антитеррористический союз с Америкой и т.п.), вернуть России былую военную мощь и политическое значение в мире.

Все эти весьма неопределенные и подчас противоречивые лозунги, по существу, представляют собой ничто иное, как попытку сформулировать еще один модернизационный проект. Здесь мы не будем подробно говорить о содержании и качестве этого проекта. Отметим только две вещи. Прежде всего, следует сказать, что этот проект был выдержан в традиционном для России антисовременном духе. Во-вторых, нас будет интересовать выбор политической стратегии его реализации.

Б. Ельцин и его советники, как мы уже говорили, игнорировали политические задачи демократизации. Тем не менее, негативные последствия этой политики были поставлены на счет демократии. Путин, в принципе, имел возможность выбрать вариант осуществления подлинной демократизации, в соответствии с положением о том, что лучшее лекарство от общественных недугов, вызванных недостатком демократии, – это демократия в еще больших

дозах. Некоторые наблюдатели были склонны рассматривать его деятельность в течение первых двух лет после триумфального избрания в 2000 году именно как период преодоления негативных последствий «ельцинского» периода, необходимый для того, чтобы вернуться к задачам демократизации на новой, более стабильной основе. Однако достаточно быстро стало очевидным, что Путин выбрал другую – авторитарную – стратегию развития.

Причины путинского политического выбора, как нам представляется, более или менее понятны. Они связаны с особым психологическим складом нынешнего российского Президента, фактом принадлежности его к особой корпоративной субкультуре КГБ СССР/ФСБ РФ. Короче говоря, Путина следует воспринимать как антисовременного лидера. Для нашего рассмотрения чрезвычайно важно попытаться увидеть социально-политические результаты этого выбора, который следует считать не просто фактом индивидуальной биографии Владимира Владимировича Путина, но также и историческим выбором всего российского общества.

Авторитарный политический поворот повлек за собой существенные перемены в организации режима верховной власти. Второй российский президент отказался от политики шаткого равновесия, существовавшего в контексте институциональной неопределенности и поддерживаемого практикой сделок и компромиссов. В то же время он отказался и от перспективы институционализации демократической политики. В. Путин вернулся к более традиционному для России способу консолидации власти, предполагающему политическую централизацию авторитарного типа и опору на бюрократию.

Ведущие политические акторы эпохи Б. Ельцина – «олигархи» и региональные лидеры – не вписывались в образ нового режима верховной власти. Для него вновь единственной опорой, союзником и инструментом общественного развития стала бюрократия. На фоне институциональной неопределенности ельцинского режима бюрократия была второстепенным политическим актором. Впрочем, и в этом качестве она сумела сохранить важные социальные и экономические позиции в структуре российского общества. Во многом это произошло благодаря тому, что не была затронута та неформальная институциональная ткань, которая в свое время обеспечивала политическое влияние и материальное благополучие советской бюрократии. Более того, в условиях переходной экономики, а также отсутствия сколько-нибудь эффективных стратегий строительства политических и административных институтов демократического типа эта институциональная структура, составленная отношениями патронажа, клиентелизма и коррупции, стала еще более масштабной и всепроникающей¹.

Проект авторитарной модернизации возвращает бюрократии особый общественно-политический статус – статус, определяемый логикой ее

1 Афанасьев М. Клиентелизм и российская государственность. - М.: Московский общественный научный фонд, 1997; Афанасьев М. Российская Федерация: слабое государство и «президентская вертикаль». <http://www.polit.ru/research/2004/10/18/afanasiev.html>, 2004; Ledeneva A. Russia's economy of favours: blat, networking and informal exchange. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1998.

традиционных отношений с верховной властью и обществом. Снижение политической роли «олигархов» и возрастающее давление на региональных лидеров делают бюрократию чрезвычайно важным игроком на политическом поле. Это открывает ей еще более широкий доступ к механизмам контроля над экономикой, поскольку, как известно, особый тип российского капитализма предполагает прямую конвертацию власти в богатство¹. Начавшийся циничным разгромом «ЮКОСа» передел собственности и рекрутирование нового «призыва олигархов» из среды близкой к Президенту бюрократической элиты свидетельствуют об этом как нельзя лучше.

Заключение

Таким образом, в российских условиях авторитарная программа почти неизбежно приводит к воспроизведению традиционной системы политического господства верховной власти и бюрократии. Любой возникающий на этой основе режим поддерживает антисовременные структуры социального взаимодействия и оказывается неспособным решать задачи современного развития. Простые аналогии с «успешными» случаями реализации авторитарной стратегии оказываются несостоятельными, так как характеристики режимных акторов (сил), участвовавших в формировании «эффективных» латиноамериканских или азиатских диктатур разительным образом отличаются от того, что мы наблюдаем в нашей стране. Так, важнейшим условием, позволяющим «выживать» авторитарным системам, является наличие не только сплоченной, пронизанной духом общественного призвания и пользующейся авторитетом в обществе элиты, но также и эффективной бюрократии². Ни российская Верховная власть, ни российская бюрократия не отвечают этим требованиям. Постоянное их доминирование ведет к циклическому воспроизведению и углублению проблем общественно-исторического развития. Выход из этого порочного институционального круга видится в переходе к подлинной демократизации – отказу от практики имитации современных общественно-политических институтов в пользу действительно современной структуры общественного взаимодействия.

НАЛОГОВО-БЮДЖЕТНАЯ РЕФОРМА: ЦЕНТРАЛИЗАЦИЯ И ФИНАНСОВАЯ САМОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Колодина М.В. – ст. преподаватель кафедры административного,
финансового права и управления, к.ю.н.*

Основы федеративного государства реализуются через совокупность политических и финансовых отношений. К основам федеративного устройства,

1 Перегудов С., Лапина Н., Семененко И. Группы интересов и Российское государство. - М., 1999.

2 Шевцова, 41.

закрепленным в Конституции РФ, относятся: государственный суверенитет (ст. 4); единство системы государственной власти (ч. 3 ст. 5); равноправие субъектов РФ (ч. 1, 4 ст. 5); единство конституционно-правовой системы (ст. 15); разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ (ч. 3 ст. 5); самостоятельность органов местного самоуправления (ст. 12). Принцип федерализма является одним из главных принципов финансового права. Федерализм в финансовой деятельности государства проявляется в правовом статусе субъектов федеративных отношений, а также через методы воздействия на участников финансовых отношений.

Финансы, являясь результатом взаимодействия права, политики и экономики, в свою очередь, формируют властные отношения, становятся фундаментом для осуществления управленческих решений и главным рычагом государственно-властного воздействия. Финансы пронизывают все стороны государственной жизни. Решение любого вопроса управления невозможно без решения связанных с ним финансовых проблем. Поскольку особенность финансов состоит в том, что они затрагивают все остальные стороны государственного управления, то от степени финансовой централизации зависит соотношение централизации в государственном управлении в целом.¹ «Любые значительные мероприятия по развитию децентрализации в области управления не могут иметь успеха, если они не сопровождаются соответствующими мероприятиями в финансовой сфере».² Поэтому для исследования федеративных отношений в государстве необходимо прежде всего давать оценку степени децентрализации финансовых полномочий. При этом нужно принимать во внимание, что сами государственные финансы находятся в числе тех сфер управления, которые по своей природе требуют высокой степени централизации.

Регулирование финансовых отношений основано на императивном методе, методе власти и подчинения. Этот метод реализуется как в отношениях между государством и гражданами, так и в отношениях между публичными субъектами – государственно-территориальными образованиями, в частности, между Российской Федерацией и регионами, между регионами и муниципальными образованиями. Однако федеративная форма государственного устройства особым образом влияет на характер финансовых отношений между центром и территориями. Поскольку между ними существует разграничение предметов ведения, а значит, законотворческих полномочий, то исключительно императивные методы регулирования здесь неприменимы. Совместное ведение не порождает вертикальной соподчиненности в обычном толковании этого явления. Закрепление за субъектами РФ возможно большего объема конкурирующих полномочий способствует повышению самостоятельности государственно-территориальных

1 Грачева Е.Ю., Толстопятенко Г.П., Рыжкова Е.А. Финансовый контроль. - М.: Издательский дом Камерон, 2004. С. 77.

2 Пискотин М.И. Социализм и государственное управление. - М.: Наука, 1984. С. 227.

образований.¹ Поэтому в финансовых отношениях применяются методы согласования и рекомендаций. Наиболее ярко диспозитивные начала проявляются в межбюджетных отношениях. Рекомендательные нормы также можно встретить в федеральных законах о бюджете. Так например, в ст. 9 Федерального закона от 31.12.1999 г. № 227-ФЗ «О федеральном бюджете на 2000 год»² субъектам РФ рекомендовалось консолидировать в своих бюджетах средства региональных внебюджетных фондов. В науке финансового права укрепилось мнение о расширении использования диспозитивного метода правового регулирования финансовых отношений.³ На наш взгляд, диспозитивный метод в финансовом праве должен применяться только для регулирования определенного круга отношений, для достижения конкретных целей, к числу которых относится создание федеративной бюджетно-налоговой системы, и лишь в оговоренных законом случаях.

Финансовая самостоятельность субъекта Федерации является главным условием его политической независимости. С этой точки зрения Бюджетный кодекс РФ является главным кодексом федеративного государства, его «финансовой конституцией». Именно в Бюджетном кодексе РФ закреплены права субъектов РФ в области формирования и использования бюджетных фондов, порядок принятия региональных бюджетов, основы их исполнения, принципы межбюджетных отношений. Поэтому принятие Федерального закона «О внесении изменений в Бюджетный кодекс РФ в части регулирования межбюджетных отношений» от 20.08.2004 г. № 120-ФЗ заслуживает особого внимания, так как данный закон существенным образом преобразовал финансовую систему государства и в перспективе окажет на нее серьезное влияние, поскольку отдельные положения закона будут вступать в силу в 2006-2009 годах.

Равенство субъектов Федерации является одним из принципов федеративного устройства РФ. Одна из новелл Бюджетного кодекса РФ состоит в закреплении в ст. 31.1 БК РФ принципа равенства бюджетных прав субъектов РФ, муниципальных образований. Равенство понимается как установление единых принципов определения бюджетных полномочий органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления, единые принципы формирования налоговых и неналоговых доходов бюджетов, определения объема, форм и порядка предоставления межбюджетных трансфертов. Бюджетный кодекс РФ переходит от формального равенства субъектов РФ в отношениях с федеральным центром к фактическому равенству. Это отражено в порядке распределения финансовой помощи из Федерального фонда финансовой поддержки субъектов РФ. В п. 5, 6 ст. 131 БК РФ предусмотрено, что предоставление дотаций производится, исходя из уровня расчетной бюджетной обеспеченности субъекта РФ, который определяется соотношением между расчетными налоговыми доходами на одного жителя консолидированного бюджета территории и аналогичным

1 Крохина Ю.А. Финансовое право России. - М.: Издательство «Норма», 2004. С. 60, 61.

2 Собрание законодательства РФ. 2000. № 1. Ст. 10.

3 Тосунян Г.А., Викулин А.Ю. Финансовое право. - М.: Дело, 2001. С. 35-38.

показателем в среднем по другим консолидированным бюджетам субъектов РФ. При этом дотации предоставляются таким образом, чтобы в результате произошло выравнивание уровня расчетной бюджетной обеспеченности территорий, получающих дотации. При распределении субвенций учитывается численность потребителей соответствующих бюджетных услуг, на предоставление которых выделяется субвенция, а также объективные условия, влияющие на стоимость предоставления этих услуг населению (п. 4 ст. 133 БК РФ). Таким образом, равенство в межбюджетных отношениях обеспечивается едиными методиками распределения финансовой помощи, единым порядком рассмотрения требований территорий о финансовой поддержке. Однако в Бюджетном кодексе РФ существуют и довольно спорные с точки зрения обеспечения равенства субъектов нормы. Например, в п. 3 ст. 56 БК РФ установлено, что в бюджеты городов Москвы и Санкт-Петербурга одновременно поступают налоговые доходы, подлежащие зачислению в бюджеты субъектов РФ и в местные бюджеты. Учитывая, что города федерального значения по Конституции РФ имеют статус субъектов РФ, а также существование внутригородских муниципальных образований, вышеуказанная норма представляется не совсем корректной. В п. 4 ст. 56 БК РФ сделано «исключение» из принципа равенства в отношении автономного округа в составе края (области): доходы от федеральных налогов, подлежащие зачислению в бюджеты субъектов РФ, будут зачисляться в бюджет края (области), если иное не будет установлено договором между органами государственной власти края (области) и органами государственной власти автономного округа. Таким образом, автономный округ фактически остаётся без федеральных налогов и формирует свой бюджет исключительно из поступлений от установленных им региональных налогов. Из анализа ст. 61, 61.1, 61.2 БК РФ видно, что состав и пропорции зачисления налоговых доходов в бюджеты поселений, муниципальных районов и городских округов также различны, хотя все эти бюджеты являются бюджетами муниципальных образований.

Компетенция властного субъекта подтверждается его расходными полномочиями. Старая редакция Бюджетного кодекса определяла расходные полномочия путем их прямого перечисления. Новая редакция БК РФ с этой точки зрения выглядит значительно совершеннее. В ст. 6 БК РФ введено понятие расходного обязательства. Расходное обязательство – это обязанность РФ, субъекта РФ или муниципального образования предоставить бюджетные средства физическим, юридическим лицам, органам государственной власти, международным организациям и другим субъектам, основанная на законе или ином нормативно-правовом акте, принятом в рамках их компетенции. Принцип самостоятельности бюджетов, закрепленный в ст. 31 БК РФ, дополнен новым правилом по разграничению расходов. Не допускается исполнение расходного обязательства за счет средств бюджетов двух и более уровней бюджетной системы РФ. Данные изменения в законодательстве позволяют более чётко определить полномочия органов власти по финансированию расходов из бюджетов, а также устанавливают правовые основания для возникновения

бюджетных расходов.

Самостоятельность территориальных образований должна обеспечиваться достаточным уровнем собственных доходов, правами по их установлению. Одна из проблем современной бюджетной системы – «иждивенчество» регионов. Существовавшее до 2005 года долевое распределение регулирующих налогов между федеральным, региональными и местными бюджетами в сочетании с элементами совместного использования налоговой базы обеспечивало выравнивание уровня бюджетной обеспеченности разных территорий РФ и предоставление гарантий уровня жизни населения за счет выполнения минимальных государственных социальных стандартов. Однако этот метод имел ряд недостатков. Во-первых, он не обеспечивал на региональном уровне взаимосвязь между объемом предоставляемых государственных услуг и уровнем налогообложения; во-вторых, снижалась заинтересованность региональных и местных органов власти в развитии территориальной налоговой базы и формировании благоприятного инвестиционного и предпринимательского климата в регионе; в-третьих, ограничивались возможности для проведения долгосрочной экономической и бюджетной политики; в-четвертых, снижалась степень политической и правовой ответственности за состояние бюджетной сферы. Эти проблемы порождаются высокой степенью централизации финансовых ресурсов, что делает постоянной зависимостью региональных бюджетов от финансовой помощи федерального бюджета. Новая редакция Бюджетного кодекса делает попытку исправить ситуацию. Необходимо отметить, что с вступлением в силу 01.01.2005 г. Федерального закона «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса РФ и признании утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) РФ о налогах и сборах» от 29.07.2004 г. № 95-ФЗ полномочия субъектов РФ и муниципальных образований по взиманию региональных и местных налогов несколько изменились. В соответствии со ст. 14 НК РФ, к региональным налогам относятся налог на имущество организаций, налог на игорный бизнес и транспортный налог, а в соответствии со ст. 15 НК РФ местными налогами являются земельный налог и налог на имущество физических лиц. Бюджетный кодекс предусматривает дополнительно зачисление в бюджеты субъектов РФ и муниципальных образований фиксированных долей федеральных налогов. Положительным новшеством является практически полный отказ законодателя от системы регулирующих налогов. Все налоговые доходы зачисляются в бюджеты на постоянной основе. Вышестоящий бюджет имеет право передать дополнительные доли налоговых доходов нижестоящим бюджетам, но опять-таки – только на постоянной основе. Единственный регулирующий налог остается во взаимоотношениях между субъектами РФ и муниципальными образованиями. В п. 2 ст. 58 БК РФ указано, что законом субъекта РФ о бюджете на очередной финансовый год могут быть установлены дополнительные нормативы отчислений в местные бюджеты от налога на доходы физических лиц, подлежащего зачислению в бюджет субъекта РФ.

Новая система закрепления налоговых доходов стимулирует регионы

развивать собственную налоговую базу и повышать собираемость налогов в бюджет. С другой стороны – данная система является основой для оценки качества управления финансами субъектов РФ и муниципальных образований. Необходимо отметить, что в настоящее время территориальные органы власти ведут активную работу по выявлению резервов расширения налоговой базы по региональным и местным налогам. Такие резервы имеются. В частности, подсчитано, что поступления по налогам на имущество физических лиц и земельному налогу в Оренбургской области могут быть увеличены до 50% за счет улучшения качества учета и оценки объектов недвижимости, налогового учета.¹

Таким образом, основным инструментом бюджетного регулирования в современной финансовой системе становятся межбюджетные трансферты. Порядок и принципы оказания прямой финансовой поддержки территориям стали более жесткими. Во-первых, Бюджетный кодекс отказался от понятия минимальной бюджетной обеспеченности. Если ранее предоставление дотаций было направлено на обеспечение минимального уровня бюджетных расходов, то теперь какой-либо минимальный уровень гарантий отсутствует, а вместо него применяется понятие расчетной бюджетной обеспеченности. Во-вторых, при определении бюджетной обеспеченности предлагается исходить не из фактических показателей доходов и расходов, а из уровня развития и структуры экономики и налогового потенциала субъекта РФ (п. 4, 6 ст. 131 БК РФ). То есть, принимаются во внимание не реально полученные доходы, а налоговые доходы, которые могут быть получены консолидированным бюджетом субъекта РФ. Таким образом, основной целью финансовой помощи становится не столько поддержание *конкретного* уровня оказания услуг населению, сколько поддержание *одинакового* уровня обеспеченности бюджетов на всей территории страны.

Наряду с более четким определением сферы налогово-бюджетной компетенции регионов и муниципальных образований, заметным направлением реформирования бюджетной системы РФ является усиление ответственности территориальных органов власти в финансовой сфере. Ответственность обычно усиливается при децентрализованной системе управления, поскольку увеличивается «прозрачность» финансовых схем и возможность более точно определить тех должностных лиц, от действий которых зависит эффективное функционирование региональной бюджетно-налоговой системы. Важно подчеркнуть, что в Бюджетном кодексе речь идет не столько о формально-юридической ответственности за совершение финансовых правонарушений, сколько об ответственности органов власти и управления за эффективное использование финансового потенциала территории. Одним из неотъемлемых элементов принципа самостоятельности бюджетов теперь является право и обязанность органов государственной власти и органов местного самоуправления обеспечить сбалансированность своих бюджетов и эффективность использования бюджетных средств (ст. 31 БК РФ). Эффективное управление территориальными финансами становится условием

¹ По данным источника администрации Оренбургской области.

предоставления межбюджетных трансфертов. Приказом Министерства финансов РФ от 02.08.2004 г. № 223 «О мониторинге финансового положения и качества управления финансами субъектов РФ и муниципальных образований» утверждена методика комплексной оценки финансового положения и качества управления финансами субъектов РФ и муниципальных образований. Оценка проводится по ряду финансово-экономических показателей. Обязательное проведение оценки предусмотрено при подаче заявки на получение средств из Фонда реформирования региональных финансов. Постановлением Правительства РФ от 5 января 2005 года № 2 «Об утверждении Положения о предоставлении субсидий из Фонда реформирования региональных и муниципальных финансов» предусмотрено формирование в составе федерального бюджета специального фонда в целях активизации деятельности по финансовому оздоровлению, содействия реформированию бюджетной сферы и бюджетного процесса, стимулирования экономических реформ в субъектах Российской Федерации (муниципальных образованиях). Субсидии из Фонда предоставляются определенным по результатам отбора субъектам Российской Федерации (муниципальным образованиям), осуществляющим программы реформирования региональных (муниципальных) финансов. К участию в отборе допускаются только субъекты Российской Федерации (муниципальные образования), участвующие в проводимом Министерством финансов Российской Федерации мониторинге финансового положения и качества управления финансами субъектов Российской Федерации (муниципальных образований).

В соответствии с п. 3 ст. 130 БК РФ для субъектов РФ, бюджет которых в течение двух из трех последних лет более чем на 50% состоял из дотаций, условием дальнейшего предоставления дотаций из Федерального фонда финансовой поддержки субъектов РФ является подписание соглашения с Министерством финансов РФ о мерах по повышению эффективности использования бюджетных средств и увеличению налоговых и неналоговых доходов бюджета субъекта РФ.

Анализируя изменения бюджетного и налогового законодательства в целом, мы приходим к выводу, что законодатель решает вопрос о финансовой самостоятельности территорий прежде всего с позиций ужесточения ответственности за рациональное и эффективное использование финансовых средств. Законодатель ориентирует субъекты РФ на изыскание внутренних резервов бюджетных доходов, на наиболее полное использование налогового потенциала территории. Если основным девизом старой редакции кодекса было «финансирование по потребностям», т.е. по минимальным социальным стандартам, то теперь основным принципом бюджетной системы становится финансирование расходов исходя из фактически имеющихся доходов. Бюджетный кодекс проводит идею сокращения дефицитов бюджетов за счет наращивания собственных доходов и повышения эффективности и экономности расходов, а не за счет привлечения дотаций и «финансового иждивенчества» регионов. Подтверждением этому является глава 19.1 БК РФ, предусматривающая режим временной финансовой администрации. Если

регион или муниципальное образование не могут самостоятельно обеспечить свою платежеспособность, происходит ограничение их финансовых полномочий, бюджетные полномочия передаются федеральному органу исполнительной власти. Неплатежеспособность государственно-территориального образования определяется как наличие просроченной задолженности по исполнению долговых и (или) бюджетных обязательств субъекта РФ, превышающей 30% объема собственных доходов бюджета в последнем отчетном году при условии выполнения бюджетных обязательств федерального бюджета перед бюджетом субъекта РФ (ст. 168.2 БК РФ). Решение о введении режима временной финансовой администрации принимает Высший Арбитражный Суд РФ. Ходатайство о введении временной финансовой администрации подается Правительством РФ. В отношении муниципальных образований право обращения в арбитражный суд субъекта РФ принадлежит высшему должностному лицу субъекта РФ. Временная финансовая администрация вводится на срок до одного года. К полномочиям временной финансовой администрации относится организация аудита бюджета территориального образования, разработка проекта плана восстановления его платежеспособности, разработка проектов нормативных правовых актов, в том числе проекта закона (решения) о бюджете. Проекты законов, разработанных временной финансовой администрацией, не принятые законодательными органами субъекта РФ в течение одного месяца, вносятся в Государственную Думу РФ для принятия их в форме федеральных законов.

В целях повышения эффективности региональных бюджетно-налоговых подсистем осуществляется поэтапный переход к формированию доходной части бюджетов каждого уровня в основном за счет собственных налогов. В этих целях:

- 1) закреплены в качестве доходных источников за региональными бюджетами на постоянной (долгосрочной) основе отчисления от федеральных налогов;
- 2) сокращаются масштабы расщепления налоговых поступлений между уровнями бюджетной системы;
- 3) законодатель отказался от практики централизации поступлений по региональным и местным налогам и сборам в вышестоящие бюджеты.

В результате реформы налогово-бюджетного законодательства обеспечивается стабильность разделения доходов между уровнями бюджетной системы на основе единого подхода ко всем субъектам Федерации; собственные доходы бюджетов каждого уровня должны стать основным ресурсом для эффективной реализации закрепленных за ними расходных полномочий, включая выравнивание бюджетной обеспеченности регионов (муниципалитетов); доходы, поступающие от межбюджетных трансфертов, будут распределяться между региональными бюджетами в расчетных долях, исчисляемых на основе формализованных методик (в зависимости от численности населения, уровня бюджетной обеспеченности и т.п.). При этом каждому муниципальному образованию гарантирован минимальный норматив отчислений от налогов, поступления от которых подлежат разделению между

региональными и местными бюджетами в соответствии с федеральным законодательством.

Новая концепция межбюджетных отношений имеет много положительных черт. Но при этом нельзя не отметить, что фактическое значение трансфертов для формирования региональных и местных бюджетов остается очень большим, а следовательно, вся бюджетная система РФ является сильно централизованной. Думается, что для преодоления этой проблемы необходимо расширить налоговые полномочия региональных властей и муниципальных образований при одновременном предотвращении недобросовестной налоговой конкуренции и обеспечении единого налогового пространства.

БЮРОКРАТИЗМ КАК СВОЙСТВО ГОСУДАРСТВЕННОГО АППАРАТА И ПУТИ ЕГО ПРЕОДОЛЕНИЯ

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

*Сурмач О.И. – соискатель кафедры государственного строительства и права
Российской академии государственной службы при Президенте Российской
Федерации*

В точном смысле слова, бюрократизм означает власть «бюро», т.е. письменного стола - не народа, даже не конкретного лица, а должностной позиции. Иными словами, над людьми приобретает власть вспомогательная функция, призванная им служить, быть орудием в их руках.

В любом современном обществе государственный аппарат построен на бюрократических принципах. В то же время, словам «чиновничество» и «бюрократия» нередко придается негативный смысл.¹

Нередко смешивают три близкие, но разные понятия: универсальные бюрократические принципы организации управления, бюрократию как социальный слой, осуществляющий повседневное управление государственной машиной, и бюрократизм – присущую управленцам социальную болезнь, являющуюся следствием процессов политического отчуждения.

Современное государство невозможно представить себе без развитой бюрократии. Так называемую «рациональную» бюрократию справедливо относят к числу наиболее важных социальных изобретений цивилизации. В то же время, ни один государственный институт – ни в нашей стране, ни за рубежом – не подвергался и не подвергается такой систематической и ожесточенной и часто справедливой критике, как бюрократия.

Бюрократия как особый слой людей, занятых в государственном управлении, с развитием общества и государства, в силу относительной самостоятельности государства, все более обособляется от общества. Эти

¹ Оболонский В.А. Государственная служба. - М.: Дело, 1999. С. 12.

процессы в истории политической и правовой мысли получили название «политического отчуждения». На протяжении истории политической и правовой мысли выдвигались различные концепции бюрократии, имевшие целью преодоление политического отчуждения. Один из моментов политического отчуждения состоит в превращении управленцев, свойственных любой государственной организации общества, в изолированную от общества самодостаточную касту. Позитивная сторона этого процесса заключается в концентрации в среде чиновничества навыков по управлению государственной машиной, а негативная – в противостоянии чиновничества обществу.

Бюрократии в различных государствах и в разные времена, при общих чертах, сильно отличаются по своему социальному и юридическому статусу, уровню организованности и эффективности, по месту в структуре государственной власти, по честности или коррумпированности чиновничества, по уровню так называемой административной модели.

Деятельность государственного служащего связана: с непосредственной причастностью по роду работы к подготовке, принятию и (или) проведению в жизнь решений в сфере исполнительно-распорядительной деятельности государства; с наличием у служащего правомочий и возможности выступать в пределах своей компетенции от имени государственного органа (и, тем самым, как бы от лица государства), представляя государственный интерес; с сочетанием строгой нормативной регламентированности деятельности в формально-процедурном отношении с довольно широкими возможностями принятия волевых решений на основе субъективной интерпретации как ситуации, так и регулирующих ее законодательных норм; принадлежностью к особой профессионально-статусной группе, состоящей из представителей разных профессий, но объединяемой работой в государственных органах. Это предполагает наличие у принадлежащих к государственной службе лиц определенных государственно-властных полномочий и возможности оказывать влияние на развитие дел в обществе повышенной ответственности за их состояние.

Современное общество не может существовать без действия бюрократических механизмов. Но, как писал Аристотель, любые правильные формы правления имеют тенденцию вырождаться и искажаться, словно отражение в кривом зеркале. Таким «кривым отражением», искаженным образом рациональной бюрократической организации является бюрократизм. В отличие от бюрократического способа организации управления, бюрократизм – общемировая болезнь. «По своим масштабам и количеству приносимого человечеству зла она, пожалуй, сравнима с загрязнением окружающей среды».¹ Возникновение современной бюрократической системы управления было вызвано необходимостью решения весьма важной исторической задачи – преодоления исторически предшествовавшей ей патриархальной системы управления, которая с определенного момента стала тормозом на пути дальнейшего развития общества.

Сущность бюрократизма в негативном аспекте состоит в отрыве

¹ Оболонский В.А. Государственная служба. - М.: Дело, 1999. С. 33.

государственного аппарата от общества, в результате чего он превращается в самостоятельную силу с собственными эгоистическими интересами, которые всячески культивирует и обеспечивает, используя свое положение распорядителя общественными делами. Проблема вытекает из социальной структуры и общественного разделения труда. Аппарат стремится навязать обществу свой собственный интерес как всеобщий. Антидемократизм бюрократии возникает из «монополии» чиновника на компетентность, оставляющей за «простыми» людьми лишь роль ходатаев.

Задача чиновника – обеспечить соблюдение единых, общих для всех, формальных правил. Эта задача превращается в самоцель. Для бюрократа государственные задачи превращаются в канцелярские. Всю сложность и многообразие реальных общественных дел он стремится втиснуть в рамки стандартных ситуаций.

Часто бюрократизм отождествляют с волокитой, отписками, канцелярщиной. Считаем, что эти внешние симптомы болезни неправомерно смешивать с ее внутренним содержанием, которое состоит в подчинении интересов дела интересам карьеры.

Бюрократизм включает в себя следующие признаки: в политическом плане – чрезмерное разрастание и безответственность исполнительной власти; в социальном – отчуждение этой власти от народа; в организационном – канцеляристская подмена содержания формой; в морально-психологическом – бюрократическая деформация сознания.¹

Многообразие трактовок бюрократии можно свести к следующим основным подходам: веберовский, марксистский, «имперский» («азиатский») и «реалистический». Каждый из них по-своему пытался адаптировать бюрократию к позитивному общественному развитию и, тем самым, преодолеть политическое отчуждение.

В начале XX века немецкий социолог Макс Вебер разработал концепцию рациональной бюрократии как основы организации управления современного типа. Этот подход стал на долгие годы основой теории управления. Значение его до сих пор далеко не исчерпано. Возникновение бюрократической организации сторонники этой теории рассматривают в качестве такого же важного этапа в развитии человеческой цивилизации, как переход от феодальных отношений к капиталистическим.² И в определенном смысле это достаточно объективно и справедливо: бюрократическая организация сменила систему средневековой администрации, при которой человеку без денег и связей добиться справедливости было невозможно: сроков рассмотрения дел не существовало, порядок их производства и подведомственность были крайне неопределенны. В России отсутствие элементарной бюрократической системы привело в 1648 году к одному из крупнейших бунтов в истории государства. Характерно, что в челобитной, поданной царю, представители всех сословий жаловались на отсутствие законов, регламентирующих деятельность приказных

¹ Оболонский В.А. Государственная служба. - М.: Дело, 1999. С. 37.

² Стешенко Л.А., Софроненко К.А. Государственный строй России в первой четверти XVIII века. – М.: МГУ, 1972. С. 25-30.

людей. Итогом этого стало принятие Соборного Уложения царя Алексея Михайловича 1649 г.

Формирование бюрократии в России относится к периоду становления абсолютной монархии (конец XVII в.). Это явилось настолько характерной чертой русского абсолютизма, что В.И. Ленин назвал его «чиновничье-дворянской» монархией.¹

Бюрократия формировалась как форма решения текущих дел, которой присущи их ведение компетентными исполнителями, в соответствии с законодательством и установленной процедурой, упорядоченность делопроизводства, обеспечивающие в определенной мере свободу от субъективных влияний. Общественная организация современного типа предполагает господство общеобязательных регламентированных процедур. Унификация становится гарантией против недостатков конкретных людей и возможных злоупотреблений. В этом – суть концепции рациональной бюрократии, сформулированной М. Вебером.

Согласно этой концепции, основные характеристики бюрократии заключаются в следующем: компетенция каждого бюрократического уровня зафиксирована нормативно; иерархическая организация бюрократической структуры основана на базе твердо установленных принципов должностной субординации; вся формальная внутриорганизационная деятельность (распространение информации, принятие решений, подготовка приказов и директив и т.п.) осуществляется в форме письменных документов, подлежащих последующему хранению; все должностные лица должны быть компетентными в сфере своих профессиональных обязанностей.²

М. Вебер определил бюрократию как организацию с пирамидальной структурой власти, использующую силу действия универсальных и безличных правил, чтобы поддержать эту структуру, и уделяющую главное внимание не дискреционным аспектам управления.

В американской административной науке аналогичную теорию в конце прошлого века развивал будущий президент США В. Вильсон. Согласно его концепции, наличие единого управляющего центра в любой системе управления есть необходимая предпосылка ее эффективности и ответственности. Кроме того, он отмечал структурное сходство всех современных правительств, отделение управления от политики; профессионализм государственных служащих; наличие организационной иерархии как условия финансовой и административной эффективности. В. Вильсон считал наличие хорошей администрации необходимым условием модернизации человеческой цивилизации и достижения благоденствия.

Согласно рассматриваемой концепции, бюрократическая организация – технически самая совершенная из всех организационных управленческих форм. Ее превосходство проявляется в четкости, быстроте, компетентности, преемственности, единстве, субординации, стабильности, относительной

¹ Стешенко Л.А., Софроненко К.А. Государственный строй России в первой четверти XVIII в. – М.: МГУ, 1972. С. 25-30.

² Там же. С. 25-31.

дешевизне и в безличном характере деятельности, что ставит ее значительно выше всех иных видов организации. Бюрократия, по М. Веберу и В. Вильсону, есть господство профессионализма над некомпетентностью, нормы над произволом, объективности над субъективностью. Веберовско-Вильсонская модель подчеркивает позитивное значение бюрократии: она способна эффективно служить любому политическому «хозяину», не вмешиваясь при этом в политику; это наилучшая из всех возможных форм организации; важнейшее ее достоинство – независимость от воздействия субъективных – человеческих – влияний на принятие решений.

Принципиально иного взгляда на бюрократию придерживался Карл Маркс. Отрицая универсальную социальную полезность государства, в своем отношении к бюрократии он придерживается прямо противоположных позиций. Бюрократия, в описании К. Маркса, выглядит абсолютным злом. Наиболее обобщенной характеристикой его отношения к бюрократии является распространение на нее категории политического отчуждения. Бюрократия, по мнению К. Маркса, есть организм-паразит, который не может быть ни носителем разума, ни выразителем всеобщих интересов.

Вопрос о судьбе управления и бюрократии решался марксизмом, в основном, с учетом двух важных идей: все поголовно должны участвовать в государственном управлении, в коммунистическом обществе государство отомрет, а вместе с ним отомрет и необходимость управления людьми. «Капиталистическая культура, - писал В.И. Ленин в работе «Государство и революция», - создала крупное производство, фабрики, железные дороги, почту, телефоны и прочее, а на этой базе громадное большинство функций старой «государственной власти» так упростилось и может быть сведено к таким простейшим операциям регистрации, записи, проверки, что эти функции станут вполне доступны всем грамотным людям, что эти функции вполне можно будет выполнять за обычную «заработную плату рабочего», что можно (и должно) отнять у этих функций всякую тень чего-либо привилегированного «начальственного».¹ И далее: «...свести государственных чиновников на роль простых исполнителей наших поручений, ответственных, сменяемых, скромно оплачиваемых «надсмотрщиков и бухгалтеров»...Такое начало на базе крупного производства само собою ведет к постепенному «отмиранию» всякого чиновничества ... когда все более управленческие функции надзора и отчетности будут выполняться всеми по очереди и, наконец, отпадут как особые функции особого слоя людей».²

Исходя из этих постулатов, делался вывод: «С нашей точки зрения, вполне допустимы возможности сохранения профессионального управленческого персонала при коммунизме, поскольку речь идет не о политическом профессионализме, который неизбежно отомрет, а о научном. Очевидно, что при коммунизме управление будет занятием не более и не менее почетным, чем любое другое, обыкновенной отраслью научного знания со

¹ Оболонский В.А. Государственная служба. - М.: Дело, 1999. С. 12.

² Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 44.

своей прикладной сферой.¹

«Имперская («азиатская») модель получила наиболее полное воплощение в азиатских империях. Ее наиболее характерным примером является «китайская модель», которая, несмотря на некоторые формальные совпадения с моделью веберовской, по своим принципам и целям ей противоположна.

В древнем и средневековом Китае не существовало права частной собственности на землю в европейском понимании. Император – Сын Небес – был единственным собственником всех земель страны. Поданные согласно конфуцианской традиции, считались как бы членами одной большой семьи во главе с императором. Соответственно, чиновники были управляющими императорской собственностью. Задача бюрократии понималась не как служение общественным интересам, а как смягчение негативных последствий от действия пороков людей, дабы обеспечить эффективную власть Сына Небес.

Система экзаменов на возможность занятия должности чиновника была весьма специфичной и имела в виду проверку способности кандидатов эффективно служить императору и обеспечивать устойчивость, неизменность системы, которая в Китае была беспрецедентной, просуществовав почти без изменений более двух тысяч лет - до XX века. При гигантской роли чиновничества оно не осознавало себя самостоятельной политической силой, оставаясь на положении императорских лакеев. Действовал ряд механизмов разобщения чиновников и их интересов, препятствующих складыванию бюрократической корпорации: систематическое обновление аппарата; равные возможности для чиновников; четкая градация внутри самого правящего класса; унификация мышления чиновничества; цензорский надзор; строгая личная ответственность чиновника. Это свидетельствует о понимании реальной опасности, исходящей от неподконтрольной бюрократии.² В рамках восточной модели не существовало публичной службы в европейском понимании. Чиновники работали на обеспечение нужд центральной власти и своих собственных.

В рамках европейской политической традиции деятельность государственных чиновников со времен Древнего Рима рассматривалась не как одно только служение суверену, но и как отправление необходимых для всех слоев общества публично-властных функций.

В России сочетались различные варианты «имперской» модели: до XVIII века доминировала смесь византийского и татарского вариантов; причем, использовались в огрубленном виде и элементы китайского образца (сбор налогов). При Петре I в него добавились элементы, заимствованные из опыта европейского абсолютизма, т.е. у «полуимперского» варианта. С XIX же века, а особенно со второй его половины – со времен реформ Александра II, начали развиваться элементы модели «рациональной бюрократии», но имперская модель «государевой службы» преобладала вплоть до 1917 г.

Новые подходы к бюрократии связаны с «реалистической» трактовкой, которая является сейчас господствующей в странах западной демократии, где

¹ Там же. С. 49-50.

² Керимов Д.А. Советская демократия в период развитого социализма. – М.: Мысль, 1979. С. 172-173.

веберовская модель постепенно дополняется и модернизируется.

С конца 20-х годов XX века начала складываться так называемая школа «человеческих отношений», сделавшая акцент на социологических и социально-психологических аспектах. Какое-то время эта школа развивалась относительно изолированно, а потом стало преобладать влияние веберовской концепции. На этой базе возникли новые направления, синтезировавшие названные выше школы; при этом упор делается либо на формально-структурную, либо на человеческую сторону организации. Веберовская модель бюрократии ближе к формальной школе. Движение к «реалистической» трактовке бюрократии произошло за счет включения в модель субъективного, человеческого измерения.

Необходимость дополнения веберовско-вильсоновской концепции «рациональной бюрократии», некоторая ее ограниченность были осознаны в период до и после второй мировой войны, когда появились работы Г. Саймона, П. Блау, М. Крозье. Произошло переформулирование теоретической концепции; хотя служащий по-прежнему рассматривался лишь как «винтик» административной системы, обладающий особыми индивидуальными свойствами, но альтернативный подход начал формироваться уже в 70-е годы XX века. Его авторы – Д. Валдо, В. Остром и другие, в основном, американские ученые обосновали концепции «отзывчивой» (responsive) администрации, полицентрализма, «плоских» структур, которые подвергли фундаментальной критике стремление представить бюрократию в качестве высшей формы организации, позволяющей наилучшим образом решать проблемы современной цивилизации. Управление стали рассматривать с позиции человеко-гуманистического подхода. В. Остром считает, и не без оснований, что практическое воплощение в жизнь веберовского типа «полностью развитой бюрократии» способно создать такую бюрократическую машину, в которой профессиональные бюрократы соединятся в цепи, а граждане превратятся в зависимые массы при своих политических «хозяевах». Развитая бюрократия способна превратить все формы конституционного правления в фикции, что нередко и можно наблюдать. И именно в этом суть современного кризиса парламентской демократии.¹

Российская бюрократия занимает промежуточное положение между восточной и континентальной традициями. Сопоставляет ее с бюрократией американской, можно сказать, что она исходила от противоположного пункта. В США сыграла важную роль федералистская традиция. В России произошла эволюция от понимания государства как царевой вотчины к петровско-николаевскому деспотическому абсолютизму.² С середины XIX века эта модель медленно корректировалась в либеральном направлении. Однако после 1917 г. авторитаризм возродился в новом обличье.

В России развитие демократии во многом определяется ныне развитием управления и самоуправления, их соотношением. Предстоит реформа

¹ Нерсесянц В.С. История политических и правовых учений. – М.: Норма-Инфра-М, 2000. С. 89-91.

² Ковлер А.И. Кризис демократии? Демократия на рубеже XXI века. – М.: Институт государства и права РАН, 1997. С. 90.

бюрократии, ограничение ее полномочий и установления над ней эффективного общественного контроля. Бюрократия, как свидетельствует мировой опыт, и в позитивном, и негативном аспекте – достояние мировой цивилизации. Для определения перспектив развития современной российской бюрократии принципиально важное значение имеет изучение зарубежного опыта в этой сфере, учет как положительного, так и отрицательного опыта других стран.

В современном мире традиционная модель государственного управления испытывает кризис. Происходит падение доверия граждан к чиновничеству. Понизился социальный престиж государственной службы и общественный статус самих служащих.

Кризис легитимности, как проблему государственной службы XXI века, отмечает Ш. Хак.¹ Когда в мире торжествует рынок и отменяется государственный контроль, вводится приватизация и либерализация, структура и принципы государственной службы претерпевают глубокие изменения. В последней четверти XX века наблюдалось почти коренное преобразование парадигмы государственной службы. Подверглись пересмотру и отмене такие ее нормы и принципы, как нейтральность, беспристрастность, равное справедливое отношение ко всем гражданам, ответственность, отчетность и представительность.

Недовольство народа «прорыночной» государственной службой, возможно, будет усиливаться по мере того, как граждане будут узнавать, что ради повышения эффективности государственной бюрократии, общественный сектор был реструктурирован в пользу деловых кругов. Те компоненты правительственных программ, которые направлены на поддержку слоев с низкими доходами, были сокращены, а компоненты, приносящие прибыль частным фирмам, значительно расширены. С другой стороны, для содействия прорыночной политике, для выполнения новых правительственных функций, связанных с рынком, такими как выдача лицензий, патентование, контроль, был создан новый слой бюрократии. В большинстве стран такой слой «прорыночной» правительственной бюрократии был создан для того, чтобы выполнять программы, связанные с частными подрядчиками, контрактами, сроками и условиями партнерства между государством и частным сектором, а также для подготовки отчетов о результатах этой политики. Таким образом, главная задача вновь создаваемой государственной службы заключается не в том, чтобы играть активную роль в производстве, распределении, помощи неимущим и в социально-экономическом развитии, а в том, чтобы планировать, облегчать, регулировать, контролировать и оценивать перестройку самих государственных структур.

Получили распространение идеи «постбюрократической организации», т.е. установления горизонтальных отношений партнерства, кооперации, рыночного обмена в сфере управления, развития «нового государственного менеджмента». Ведутся поиски в области развития «государственного предпринимательства». Так, в Англии и даже в Новой Зеландии с

¹ Штешенко Л.А., Софроненко К.А. Государственный строй России в первой четверти XVIII в. – М.: МГУ, 1972. С. 25-42.

руководителями среднего звена заключается контракт, предусматривающий достижение возглавляемой ими службой определенных результатов. Это принесло ощутимые результаты: повысилась эффективность, понизилась цена управленческих услуг, сократилась численность бюрократии. Но выявились и издержки ориентации на рыночные механизмы. Произошло размывание специфики государственной службы как института общественного служения, налицо и дискредитация служащих. Эти процессы дали о себе знать и в России в начале – середине 90-х годов XX века.

Современное общество осознало роль процессов формирования новой культуры государственной службы. Ведущим направлением становится повышение внимания к морально-этическим аспектам поведения государственных служащих, т.е. «этизация». Во многих странах существуют Кодексы поведения служащего, включающие и правовые, и нравственные нормы. Считается, что без этического компонента любые административные реформы имеют мало шансов на успех. В России это проявляется в широком управлении государствоведов и правоведов теорией этического правопонимания¹, хотя здесь есть и другая, негативная сторона, как отмечают противники понимания права, исходя из идеи справедливости, происходит размывание законности.

В то же время, наметился поворот государственной службы к служению интересам населения. Приобрели актуальность вопросы прав гражданина в отношениях с государством и гарантий их соблюдения, а также участия гражданина в управлении, открытости государственного аппарата, его приближения к интересам людей, доступа граждан к информации. Переосмысливаются отношения государства с обществом и гражданами. Повышение эффективности деятельности государственного аппарата предлагается осуществить за счет внедрения в управление начал менеджмента. Получила развитие и концепция «активизирующегося» государства.² Осуществляемые во многих странах шаги по «модернизации государства и управления» можно охарактеризовать как «новый государственный менеджмент». Эта концепция особенно распространена в Австралии, Дании, Великобритании, Новой Зеландии, Нидерландах, Швеции, Швейцарии, США. Так, в ФРГ новая модель управления направлена, прежде всего, на преобразование структур ответственности («децентрализация ответственности за результаты»), регулирование целей и результатов деятельности, использование различных инструментов экономики производства. В ФРГ широко распространена концепция «малозатратного» государства, в рамках которой проведено более 800 мероприятий по реорганизации ведомств и подчиненных им органов.³ Для уяснения сущности современной бюрократии и ее соотношения с обществом принципиальное значение имеют различные

¹ Haque Sh. Legitimation crisis: a challenge for public service in the next century // International Review of Administrative Sciences. 1998. № 1. P. 13-26.

² Наиболее яркими сторонниками этического правопонимания выступают С.С. Алексеев, В.А. Четвернин, В.С. Нерсесянц. См.: Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. – М.: ИГП АН, 1996.

³ Reichrd Chr. Status und Verwaltungs modernisierung im «artivierenden Statut» // Verwaltung und Forbildung. 1999. № 3. P. 117-129.

концепции государственности.

В последнее время в отечественной и зарубежной политико-правовой мысли распространено понимание государства в следующих аспектах:

государство всеобщего благосостояния, предоставляющее обществу широкий спектр услуг (примат государственного производства услуг и государственного регулирования процессов решения общественных проблем);

«малозатратное» государство (примат решения общественных проблем частным сектором; государство должно ограничиваться выполнением своих основных задач);

государство - партнер по переговорам (государство выполняет роль посредника и партнера по переговорам с рыночной экономикой и обществом);

концепция «активизирующегося» государства, представляющая собой синтез перечисленных выше представлений о государстве.

Концепция «активизирующегося» государства по-новому определяет отношения между государством и гражданами (переход от опеки к партнерским равноправным отношениям). Между обществом и государством развивается сотрудничество и разделяется ответственность. Государство инициирует процессы решения общественных проблем и выступает в роли посредника. Оно устанавливает рамки ответственности и способствует росту активности граждан в этих рамках. Таким образом, инициирование, активизация и стимулирование – это те функции государства, которые обеспечивают функционирование общества. Современное государство не должно само выполнять все стоящие перед ним задачи, но оно обязано обеспечить выполнение этих задач. Речь идет о новом разделении ответственности между государством и обществом, а также о том, какие задачи должны выполняться негосударственными институтами.

Концепция «активизирующегося» государства выделяет четыре государственные функции:

государство как гарант, то есть как институт, обеспечивающий производство и предоставление определенных услуг обществу;

государство как институт, создающий необходимые рамки для процессов общественной активности и побуждающее общество к самостоятельному решению проблем;

государство как институт, осуществляющий на основе установленных правил надзор за процессом общественной и, прежде всего, экономической деятельности;

государство как производитель работ и услуг для общества, если это диктует, например, вопросы безопасности или если государство может это сделать с меньшими затратами, чем другие производители.

Модель «активизирующегося» государства опирается на содержащуюся в концепции нового государственного менеджмента модель «поручительства», согласно которой государственные учреждения разделяются на две большие группы – «заказчиков» и «исполнителей» заказов. Политические институты, административное руководство выступают в роли поручителей, являясь заказчиками или покупателями услуг для граждан. Поставщики услуг для

граждан (исполнители поручений) внутри управления конкурируют с поставщиками услуг вне управления (государственными, коммерческими, общественными организациями) за получение заказов на услуги, которые передаются им «заказчиками» на базе соответствующих политических решений. Эта модель «поручительства» усиливает ориентацию на конкуренцию органов управления и, в то же время, открывает возможность в большей мере привлекать граждан и общественные группы к производству и предоставлению услуг.

На формирование понятия «активизирующегося» государства большое влияние оказала и дискуссия о «коммуитаризме». Это движение за возрождение духа солидарности и гражданских добродетелей, существующее, прежде всего, в США, которое включает в себе также мысль об активизации граждан. Правда, коммуитаризм часто игнорирует рамочную ответственность государства и его регулирующую функцию и, тем самым, поощряет односторонний индивидуализм.

Модель «активизирующегося государства» состоит из трех элементов: предоставление гарантий и разделение ответственности; активизацию граждан и общества; эффективность и экономичность.

Модернизация государственного аппарата предусматривает в качестве одного из своих направлений совершенствование кадров государственной службы. Эту тему развивает, в частности, Р. Пичас.¹ Его положения сводятся к следующему. В ориентированные на условия существования рынка процессы модернизации включается и государственная служба. Современные тенденции развития государственного управления заставляют переосмыслить роль государственных служащих. В Германии, например, государственный служащий предстает в виде административного менеджера. Это антипод унаследованной от М. Вебера бюрократии, ориентированной на формальное применение законов, на профессиональные качества работников, безоговорочное выполнение распоряжений, поступающих с верхних ступеней иерархической лестницы, и на «соблюдение нейтралитета» при выполнении задач. Требование реализовать концепцию «нового государственного управления» можно охарактеризовать как реакцию на недостатки бюрократической системы.

О проблемах модернизации управления и повышения квалификации государственных служащих пишет и Г. Вурстер², который подчеркивает, что модернизация управления означает, в первую очередь формирование общей воли к обновлению, а также новой административной культуры. Это предполагает отсутствие у работников страха перед будущим, готовность справляться с возникающими требованиями. От каждого работника требуется активное участие в процессе модернизации. Это относится ко всем уровням управления, особенно к руководителям, которые должны действовать как менеджеры процессов изменения.

¹ Pitschas. Verwaltungsmodernisierung. Dienstrechtsreform und Neues Personal management // Die Verwaltung. 1999. № 1. S. 1-9.

² Wurster. Fortbildung und Reform der Bundesverwaltung // Verwaltung und Fortbildung. 1999. № 3. S. 131-145.

Если человеческий фактор играет такую важную роль в создании ориентированного на будущее управления, то очевидно, что проблема совершенствования кадров приобретает иное значение. До сих пор планомерному, систематическому раскрытию потенциала государственного управления уделялось, как правило, второстепенное значение. Сейчас в государственном управлении начинает складываться новое отношение к совершенствованию профессионализма кадров и руководящих работников.

Особая ответственность ложится на руководящих работников. Именно они должны, в основном, претворять в жизнь процессы изменений и организовывать их. Уже сейчас видно, с какими проблемами столкнется общество в ближайшие годы. Ситуация представляется таким образом, что меньшее число работников с более высокой квалификацией будет выполнять больший объем работы. Это означает следующее: тот, кто действительно хочет модернизировать управление, должен будет вкладывать много сил в повышение квалификации. Представления граждан о государстве, их отношение к нему не в последнюю очередь зависят от того, как в их глазах выглядит государственное управление в целом и отдельные его работники. Одобрение деятельности государственных органов со стороны населения в значительной мере определяется тем, насколько квалифицированно, эффективно и демократично работают чиновники. Повышение квалификации чиновников должно способствовать созданию этих основных предпосылок; в то же время система повышения квалификации кадров должна своевременно реагировать на возникающие изменения.

Концепция нового государственного менеджмента возникла примерно в середине 80-х годов и нацелена, как и большинство других концепций, на повышение эффективности государственного управления. Один из сподвижников этой концепции Д. Хайнал.¹ Основными элементами государственного менеджмента он считает: процессы управления (менеджмента); контроль за функционированием и результатом, его внутренние акценты; использование человеческих ресурсов; децентрализация и специализация «производственных» (т.е. производящих услуг) единиц; культура организации и, в частности, менеджмента.

В целом, происходящий в последние десятилетия в России и за рубежом пересмотр основных принципов государственной службы можно свести к следующим основным направлениям: утверждение политических и профессиональных начал в администрации и поиск их оптимального соотношения; уменьшение роли вертикальной административной иерархии, развитие функциональных органов; децентрализация, удешевление, сокращение администрации; ограничение роли традиционной административной «лестницы чинов»; «менеджеризация» и даже «маркетизация» части государственной службы; максимально возможная открытость, «отзывчивость» бюрократии на потребности и ожидания граждан; значительное повышение внимания к культурным и морально-этическим

¹ Hajnal G. Tejesitmeny – orientacio a kozigazgatasi reformokban // Magyar kozigazgatas. 1999. № 3. S. 361-370.

аспектам государственной службы.¹

Наше время со своей очевидностью показало ограниченность марксистского пути преодоления политического отчуждения, выражающегося в лозунге отмирания государства.

Государственный аппарат по-прежнему существует и отнюдь не собирается самоликвидироваться. «Более того: если бы какой-нибудь захвативший власть безумец попытался сделать что-то подобное, это привело бы общество к немедленной катастрофе». В полной мере сохраняют свою силу, несмотря на все изменения, и объективные социально-правовые характеристики статуса государственного служащего.

Пути преодоления политического отчуждения бюрократии от формирующегося гражданского общества лежат в сфере совершенствования и развития принципов народовластия, демократического правового социального государства, утверждения правовой законности и оптимальных вариантов соотношения государственного аппарата и местного самоуправления. Общим фоном для всех этих процессов является формирование гражданского общества.

Полагаем, что преодолению негативных свойств бюрократии способствует развитие институтов гражданского общества, в числе которых важнейшими являются ответственный контроль и различные формы самоуправления народа – местного, производственного, учебного и т.д.

АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН ИЗБИРАТЬ И БЫТЬ ИЗБРАННЫМИ В ОРГАНЫ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

*Нальвадов А.Ю. – преподаватель кафедры конституционного и
международного права*

Дальнейшее развитие местного самоуправления и повышение эффективности его деятельности зависит от обеспечения реализации конституционных прав граждан на осуществление местного самоуправления, создания условий для реализации конституционных полномочий органов местного самоуправления, обеспечения государственных гарантий. Вполне закономерно, что на первый план выдвигается обеспечение реализации конституционных прав граждан на осуществление местного самоуправления. Речь идет о праве избирать и быть избранными в органы местного самоуправления; осуществлять местное самоуправление через выборные и иные органы местного самоуправления; участвовать в решении вопросов местного значения путем прямого волеизъявления, а также создания эффективной системы взаимодействия органов местного самоуправления с

¹ Оболонский В.А. Государственная служба. – М.: Дело, 1999. С. 31.

населением, контроля за деятельностью органов местного самоуправления со стороны населения, а также ответственности этих органов и их должностных лиц перед населением.

По мнению И.И. Овчинникова, «концепция развития местного самоуправления и дальнейшее развитие местного самоуправления и повышение эффективности его деятельности зависит от обеспечения реализации конституционных прав граждан на осуществление местного самоуправления, создания условий для реализации конституционных полномочий органов местного самоуправления, обеспечения государственных гарантий».¹

Современный процесс институционализации местного самоуправления в Российской Федерации происходит фактически с чистого листа, в условиях, когда утрачены уникальные традиции российского самоуправления, отсутствует общепризнанная научная теория местного самоуправления, непоследовательно и противоречиво нарабатывается практика муниципального управления. Нельзя при этом не отметить главного: в сознании российских граждан, многих представителей публичной власти и научных кругов преобладают старые, формировавшиеся десятилетиями стереотипы по вопросам организации властных структур. Жива традиция централизованного управления, когда местная власть была жестко встроена в иерархию государственного управления и систему партийного диктата. Еще не преодолен синдром отчуждения населения и отдельного человека от публичной власти, не возникло достаточных предпосылок для социальной включенности граждан в проблемы местных сообществ. Между тем, результаты преобразования любых общественных отношений во многом зависят от того, как люди, члены общества, осознают суть происходящих перемен и их итоги. Неадекватное понимание сущности местного самоуправления препятствует появлению полноценного статуса муниципальных образований, предполагающего наличие определенных, обеспеченных финансами полномочий органов местного самоуправления, а как следствие - высвобождению потенциала самоорганизации жителей для выражения своих интересов и оказания влияния на власть правовыми методами.

Говоря об отдельных видах общественных отношений, возникающих в местном самоуправлении и регулируемых муниципальным правом, О.Е. Кутафин и В.И. Фадеев выделяют три их группы: отношения, возникающие в процессе решения вопросов местного значения путем непосредственного выражения гражданами своей воли; отношения, связанные с деятельностью выборных и других органов местного самоуправления по управлению муниципальной собственностью, объектами муниципального хозяйства, формированием и исполнением местного бюджета, а также иной их деятельностью по решению вопросов местного значения; отношения, возникающие в процессе реализации органами местного самоуправления переданных им отдельных государственных полномочий, а также правовых актов органов государственной власти. Естественно, что указанные группы

¹ Предложения к концепции развития местного самоуправления. И.И. Овчинников «Гражданин и право». № 7/8. 2002. С. 7.

объединяют весьма большие комплексы различных по своему содержанию отношений и нуждаются в специализированном правовом регулировании (например, управление местными финансами и решение вопросов в социально-культурной сфере происходит на основе различных правовых норм, содержащихся в различных нормативных правовых актах).¹

На основании опыта функционирования новых институтов власти, накопленного со времени принятия Конституции Российской Федерации и Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», постепенно возникает целостная и системная концепция публичной власти в России. Согласно этой концепции (у нее, к сожалению, есть и противники), публичная власть в России представляет собой систему из трех равноценных и равнозначимых подсистем (уровней, видов) власти: государственной власти РФ (федеральная власть), государственной власти субъектов РФ (региональная власть) и местного самоуправления (муниципальная власть).

Все эти виды публичной власти имеют как общие признаки, так и особенные черты. Особенностью государственной власти Российской Федерации является обладание государственным суверенитетом. Как для региональной, так и для муниципальной власти характерна организационная самостоятельность (региональная и муниципальная автономия), но в пределах, заданных федеральной властью. При этом, по мнению И.И. Овчинникова, «особенностью муниципальной власти - местного самоуправления - является двойственная природа этого института, означающая зависимость социального механизма формирования этого института, во-первых, от деятельности структур гражданского общества, общественных объединений, партий, во-вторых, от поддержки со стороны государства. Причем процесс становления местного самоуправления станет успешным только при условии, что оба способа формирования местного самоуправления - общественный (снизу) и государственный (сверху) - приобретут равную силу и будут проявляться в единстве и взаимодополняемости² - в этом, на мой взгляд, состоит главная направленность Европейской хартии местного самоуправления, где определяется некий идеал, к которому надо стремиться при выстраивании системы отношений между государственными уровнями власти и местным самоуправлением. Вместе с тем нельзя не отметить, что Конституция РФ ни в перечне прав и свобод человека и гражданина (гл. 2), ни в главе, посвященной местному самоуправлению (гл. 8), не содержит понятия «право граждан на осуществление местного самоуправления». Его нет и в ст. 12, ибо «признание и гарантирование местного самоуправления» и «признание и гарантирование права граждан на осуществление местного самоуправления» отнюдь не идентичные понятия. Однако в Конституции РФ есть нормы, в совокупности представляющие собой почти исчерпывающий комплекс положений, из которых в конечном счете складывается «право граждан на осуществление местного самоуправления».

1 Кутафин О.Е., Фадеев В.И. Муниципальное право Российской Федерации. - М., 2000. С. 133.

2 Овчинников И.И. «Гражданин и право». № 7/8. 2002. С. 12.

Но четко и определенно «право граждан на осуществление местного самоуправления» было зафиксировано спустя 20 месяцев после принятия Конституции РФ, в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Закон содержит статью «Права граждан Российской Федерации на осуществление местного самоуправления», в которой предусматривается, с помощью каких демократических институтов реализуется это право.

Практическая деятельность по организации местного самоуправления в субъектах Российской Федерации выявила целый комплекс недостатков и нерешенных проблем, сдерживающих процесс реализации концепции местного самоуправления и препятствующих формированию эффективных механизмов местного самоуправления. В частности, по оценке В.С. Мокрого, председателя Комитета Государственной Думы РФ по местному самоуправлению, «имеются территории, население которых пока не реализовало свое право избирать и быть избранными в органы местного самоуправления, что влечет за собой другие нарушения законодательства (отсутствие местных бюджетов, неучастие граждан в избирательном процессе). Обусловлено это часто не нежеланием населения участвовать в самоуправленческом процессе, а упущениями в организаторской работе органов власти субъектов Федерации, несоблюдением ими требований федерального законодательства».¹

Практика показала, что «освоение» конституционной модели местного самоуправления в федеральном и региональном законодательстве, а также на муниципальном уровне представляет довольно сложную задачу. После принятия Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» потребовалось принятие еще нескольких федеральных законов: «Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления в Российской Федерации», «О финансовых основах местного самоуправления в Российской Федерации», «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации», «О национально-культурной автономии», «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», «О закрытом административно-территориальном образовании», «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества», «Об охране окружающей природной среды», «О плате за землю», «Об образовании» и др.

В соответствии со ст. 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»,² выборы депутатов, членов иных выборных органов местного самоуправления, выборных должностных лиц местного самоуправления осуществляются на основе всеобщего равного и прямого избирательного права при тайном голосовании при обеспечении установленных законом избирательных прав

1 Мокрый В.С. «Журнал российского права». № 10. 2002. С. 16.

2 Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

граждан. Порядок проведения муниципальных выборов определяется законами субъектов Российской Федерации. Федеральные органы государственной власти и органы государственной власти субъектов Российской Федерации гарантируют проведение муниципальных выборов. Данная статья устанавливает демократические принципы муниципальных выборов и закрепляет обязательность обеспечения на этих выборах установленных законом избирательных прав граждан, предусматривает наличие гарантий проведения муниципальных выборов со стороны федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, которые могут быть политическими, правовыми, организационными, материально-финансовыми.

Политические гарантии связаны с проявлением государственной воли, направленной на проведение выборов в установленные сроки. Правовые сводятся к своевременному изданию федеральных законов и законов субъектов Федерации, а также других нормативных актов на этих уровнях по вопросам избирательных прав граждан, избирательного процесса, ответственности государственных органов, общественных объединений и должностных лиц за нарушение законодательства о выборах и за несоблюдение сроков проведения муниципальных выборов. Финансовые гарантии связаны с выделением при необходимости средств на организацию и проведение выборов органам местного самоуправления. Законы о выборах органов местного самоуправления субъектов Российской Федерации устанавливают общее правило, согласно которому организация и проведение муниципальных выборов осуществляются за счет средств соответствующих местных бюджетов. Однако некоторые законы предусматривают возможность оказания финансовой помощи органам местного самоуправления за счет средств бюджетов субъектов Федерации. К организационным гарантиям можно отнести, в частности, методическую помощь, которую органы государственной власти оказывают органам местного самоуправления, участвующим в избирательном процессе. К числу федеральных законов, устанавливающих гарантии избирательных прав граждан, прежде всего относится Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации».¹ В нем, с точки зрения обеспечения избирательных прав граждан, урегулированы важнейшие элементы избирательного процесса: создание избирательных комиссий, составление списков избирателей, образование избирательных округов и участков, выдвижение и регистрация кандидатов, финансирование выборов, предвыборная агитация, голосование и подведение итогов выборов, а также некоторые другие. В этой связи заслуживает внимания мнение председателя Центральной избирательной комиссии России А.А. Вешнякова, высказанное им в период подготовки новой редакции указанного федерального закона: «В первую очередь требуется внесение изменений и дополнений в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в

¹ Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (с изм. и доп. от 27 сентября 2002, 23 июня, 04 июля 2003).

референдуме граждан Российской Федерации», который занимает особое место в системе избирательного законодательства. Этот Закон является правовой базой всех выборов в представительные органы власти и органы местного самоуправления, выборов должностных лиц, проводимых на территории Российской Федерации. Фактически данный Федеральный закон играет роль федерального конституционного закона, хотя и не является таковым формально-юридически».¹

В обобщенном виде, согласно постановлению Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 31.08.2004 года № 115 /868-4, внесение изменений и дополнений отдельных положений законодательства Российской Федерации о выборах и референдумах должно быть произведено в части:

- формирования избирательных комиссий и уточнения их статуса;
- учета избирателей, обеспечения прав избирателей, находящихся в местах временного пребывания;
- выдвижения кандидатов, в том числе определения объема сведений, представляемых кандидатами при выдвижении и регистрации, и проверки их достоверности;
- предвыборной агитации, иных вопросов информационного обеспечения избирательных кампаний;
- финансирования подготовки и проведения выборов, а также избирательных кампаний кандидатов, зарегистрированных кандидатов;
- организации голосования и подсчета голосов избирателей, в том числе учета избирательных бюллетеней, других документов строгой отчетности, составления протоколов избирательных комиссий;
- дифференциации ответственности за нарушение избирательных прав граждан. Развитие принципа независимости избирательных комиссий от органов власти и местного самоуправления необходимо установить принцип формирования нижестоящих избирательных комиссий вышестоящими, за исключением избирательных комиссий субъектов Российской Федерации и ЦИК России.² Хотя установление избирательных прав граждан Российской Федерации и основных гарантий этих прав находится в ведении Российской Федерации, определение конкретных процедур, обеспечивающих избирательные права граждан при выборах органов местного самоуправления, относится к ведению субъектов Российской Федерации. Конкретно и четко указана правовая форма регулирования муниципальных выборов, а именно - закон субъекта Российской Федерации. При этом надо иметь в виду, что, в соответствии с федеральным законодательством, могут устанавливаться временные нормы, которые регулируют правоотношения, отнесенные

1 Доклад Председателя центральной избирательной комиссии Российской Федерации А.А. Вешнякова // Журнал «Выборы». № 2. 2001. С. 21-23.

2 Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 31.08.2004 года № 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» // Вестник ЦИК РФ. № 14 (176). 2004.

Федеральным законом об общих принципах организации местного самоуправления к ведению субъектов Российской Федерации.¹

Законы субъектов Федерации о муниципальных выборах, принятые к настоящему времени, различаются по составу, виду и содержанию. Например, в Башкортостане и Воронежской области приняты избирательные кодексы, устанавливающие порядок выборов органов государственной власти субъектов Федерации и местного самоуправления, а также порядок проведения референдумов (последний по сути вряд ли можно отнести к избирательному законодательству). К этим кодексам приближается по содержанию Закон «О выборах в органы государственной власти и органы местного самоуправления Вологодской области»: он также регулирует выборы областных органов государственной власти и органов местного самоуправления, хотя в нем и нет правил проведения референдумов. В большинстве случаев законы субъектов Федерации определяют процедуру выборов органов местного самоуправления, включая представительные органы и глав муниципальных образований (Читинская, Иркутская, Костромская, Ивановская, Московская области и др.). Это наиболее рациональный вариант, позволяющий достаточно полно определить порядок выборов тех и других муниципальных органов, сократить число необходимых нормативных документов. В то же время в некоторых субъектах Федерации принимаются отдельные законы о выборах представительных органов и глав муниципальных образований (глав администраций).

Принятые законы определяют порядок выборов муниципальных органов либо исчерпывающим образом, либо предусматривая возможность разных подходов к их проведению и в этой связи - принятия органами муниципальных образований нормативных актов, учитывающих особенности выборов на своей территории в рамках законов соответствующих субъектов Российской Федерации. Более подробное определение избирательной процедуры в законах субъектов Российской Федерации, чем в федеральных законах, и прежде всего в Федеральном Законе «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации», предполагает различные решения многих вопросов организации и проведения выборов. При этом на практике выявляются две группы таких решений. Обе связаны с поиском оптимальных подходов к определению полномочий субъектов избирательного процесса и обстоятельств их участия в выборах, с учетом особенных условий в каждом субъекте Федерации. Но если одна согласуется с установлениями федеральных законов, то другая им противоречит.

Первая группа весьма обширна и затрагивает не только систему выборов, но и все стадии избирательного процесса, начиная с назначения выборов и заканчивая определением их результатов. В большинстве законов субъектов Российской Федерации устанавливается мажоритарная система выборов по одномандатным или многомандатным округам. Победившим в одномандатном

1 Шеремет К.Ф. Становление правовой базы местного самоуправления в Российской Федерации // Местное самоуправление: современный российский опыт законодательного регулирования: Учебное пособие / Под ред. К.Ф. Шеремета, И.И. Овчинникова. - М., 1998. С. 38-55.

округе считается кандидат, получивший относительное большинство голосов избирателей, участвовавших в голосовании. При этом в некоторых законах (Нижегородской, Воронежской, Ивановской, Костромской, Иркутской областей и др.) определено, что число голосов победившего кандидата должно превышать число голосов, поданных против всех кандидатов. В противном случае выборы признаются несостоявшимися. В Московской области выборы признаются несостоявшимися, если число голосов, поданных против всех кандидатов, превышает число голосов, поданных за всех кандидатов. Это правило точнее соответствует волеизъявлению избирателей. В некоторых субъектах Федерации (например, в Саратовской области) усложняются условия победы кандидата, претендующего на должность главы муниципального образования. Он считается победившим, если набрал наибольшее по сравнению с другими претендентами число голосов, но не менее половины голосов избирателей, участвовавших в голосовании. Такой порядок делает выбор главы муниципального образования более легитимным, хотя при этом увеличивается и вероятность повторных выборов. В отдельных субъектах Российской Федерации законы предоставляют муниципальным образованиям право самим определять систему выборов депутатов представительных органов. В Избирательном кодексе Воронежской области, например, предусматривается возможность применения не только мажоритарной системы, но и системы пропорционального представительства, смешанной и других.¹ Есть и такие законы, которые допускают проведение двухтурового голосования при выборах глав муниципальных образований и других выборных должностных лиц и т.д. В подавляющем большинстве муниципальных образований (95,74%) представительные органы местного самоуправления формируются из депутатов, избранных на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права при тайном голосовании. В 4,26% муниципальных образований полномочия представительных органов местного самоуправления осуществляют собрания (сходы) граждан (534 муниципальных образования в 15 субъектах РФ) в соответствии с уставами муниципальных образований и действующим законодательством.²

Остановимся на отдельных аспектах выборов главы муниципального образования. Так, федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» предусматривает различные способы замещения должности главы муниципального образования. В настоящее время более 96% глав муниципальных образований были избраны, при этом более 65% - непосредственно населением, около 30% - представительными органами местного самоуправления и более 1% - собранием (сходами) граждан. Представительными органами назначены около 2% глав муниципальных образований, другими органами и должностными лицами - 1,41%. В соответствии с Федеральным законом, уставы

1 Бялкина Т.М. «Журнал российского права». № 4. 2002. С. 15.

2 Все статистические данные приводятся по сборнику: Формирование органов местного самоуправления в Российской Федерации. Электоральная статистика. Центральная избирательная комиссия Российской Федерации, 2003.

муниципальных образований предусматривают различные взаимоотношения избранных населением глав муниципальных образований с представительными органами местного самоуправления. Так, в 64,7% муниципальных образований глава муниципального образования (местного самоуправления) является высшим должностным лицом, входит в состав соответствующего представительного органа местного самоуправления.¹ Он председательствует на заседаниях этого органа и обладает правом решающего голоса.

Главы муниципальных образований в других случаях (около 10%) являются высшими должностными лицами муниципального образования (главами местного самоуправления), возглавляют исполнительно-распорядительные органы муниципального образования, но не входят в состав представительных органов местного самоуправления. Главы некоторых муниципальных образований (7,68%) возглавляют исполнительно-распорядительные органы муниципальных образований и не обладают иными функциями и полномочиями.²

Полномочия органов местного самоуправления регулируются сегодня огромным числом отраслевых законодательных и иных нормативных правовых актов, но они не согласованы и не систематизированы, а некоторые противоречат Конституции РФ и федеральным законам. Это относится и к правовым актам, принятым до вступления в силу Конституции РФ 1993 г. Между тем ряд существенных вопросов местного самоуправления до сих пор не получил правового закрепления (осуществление народной правотворческой инициативы, порядок отзыва депутатов, порядок выражения недоверия главе муниципального образования, другим выборным должностным лицам и т.д.). К этому следует добавить коррупцию и криминализацию общественных отношений в сфере местного самоуправления. Все это создает дополнительные сложности не только в работе органов, но и в функционировании всей системы местного самоуправления.

Отсутствует выработанная государством система требований, предъявляемых к территориям, считающим себя самоуправляемыми, т.е. способным к самостоятельному и под свою ответственность решению вопросов местного значения. Речь идет не об унификации муниципальных образований, а об их стандартизации. На 01 января 2000 года статистические характеристики муниципальных образований отличались большим разбросом. Так, половина муниципальных образований - это территории, на которых проживает до 1 тыс. избирателей. В трех муниципальных образованиях избирателей более 1 млн. В настоящее время появилась тенденция к объединению муниципальных образований, их укрупнению. Сейчас в 6 субъектах Федерации местное самоуправление осуществляется на уровне административных районов, в 37 - административных районов и городов, в 23 - административных районов, городов и сельских округов, в 5 - сельских округов и поселков, в 2 - городских

1 Там же.

2 Все статистические данные приводятся по сборнику: Формирование органов местного самоуправления в Российской Федерации. Электоральная статистика. Центральная избирательная комиссия Российской Федерации, 2003.

районов и округов, в 11 - городов и сельских округов. В 5 субъектах Федерации территории муниципальных образований либо не определены, либо ими являются лишь отдельные территории. Серьезным препятствием для становления местного самоуправления являются субъективные факторы. Среди них особо следует выделить отсутствие навыков самостоятельного решения населением вопросов местного значения, навыков их взаимодействия с органами местного самоуправления, системы общественного контроля за эффективностью деятельности органов местного самоуправления.

Обратимся теперь к статьям 73, 74 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹, которые определяют основания, сроки и процедуру отрешения главы муниципального образования от должности, а также роспуска представительного органа местного самоуправления. До внесения соответствующих изменений предусматривалась достаточно сложная процедура предварительного судебного контроля: требовалось не только установление факта однократного принятия (издания) нормативного акта, не соответствующего Конституции, федеральному законодательству или законодательству субъекта Федерации, - необходима была и оценка всей деятельности данного органа местного самоуправления или его высшего должностного лица на предмет несоответствия Конституции РФ, федеральному или региональному законодательству. Такая оценка по запросу законодательного органа субъекта Федерации должна была производиться соответствующим высшим судебным органом субъекта Федерации. Только судебное заключение о несоответствии деятельности органа местного самоуправления или высшего должностного лица муниципального образования Конституции, федеральному законодательству или законодательству субъекта Российской Федерации могло быть положено в основу решения законодательного органа субъекта Федерации о прекращении полномочий органа местного самоуправления или высшего должностного лица муниципального образования.

Думается, что такая конструкция в большей степени, чем нынешняя, соответствует и принципам Европейской хартии местного самоуправления², и тем более Конституции РФ, закрепившей независимость органов местного самоуправления от органов государственной власти, определившей значимую роль населения в решении вопросов местного самоуправления, а также право на судебную защиту органов местного самоуправления от произвола органов государственной власти и управления различного уровня. В этом нетрудно убедиться, обратившись к новой редакции статей 73, 74 рассматриваемого Федерального закона.³ Они допускают потенциальную возможность роспуска представительного органа местного самоуправления и отрешение от должности

1 Федеральный закон от 06 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

2 Европейская хартия местного самоуправления (Страсбург, 15 октября 1985 г.). См. Федеральный закон от 11 апреля 1998 г. № 55-ФЗ «О ратификации Европейской хартии местного самоуправления».

3 Федеральный закон от 16 сентября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

высшего должностного лица муниципального образования за однократное издание нормативного акта, противоречащего Конституции, федеральному или региональному законодательству. При этом существенно упрощается и формализуется процедура:

- не требуется судебной оценки всей деятельности органа местного самоуправления или высшего должностного лица муниципального образования на предмет соответствия этой деятельности Конституции и законодательству;

- устанавливается срок для отмены незаконного акта - шесть месяцев с момента установления этого факта судом, по истечении которого при пассивной позиции соответствующего представительного органа местного самоуправления или высшего должностного лица муниципального образования законом субъекта Федерации, а при его отсутствии - законом Российской Федерации представительный орган может быть распущен;

- решение об отрешении главы муниципального образования от должности может быть принято при соблюдении такой же процедуры либо высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации, либо Президентом РФ. Современное федеральное законодательство во многом далеко от совершенства, устарело, а по некоторым позициям практически отсутствует.

Немало в нем и внутренних противоречий. К сожалению, предложенный упрощенный подход к процедуре роспуска представительных органов и прекращения полномочий должностных лиц местного самоуправления пополняет перечень подобных актов. Например, зима 2002-2003 годов показала, что в ряде регионов страны, в частности, в Приморье, для ущемления прав местного населения совсем необязательно издавать незаконные акты, достаточно бездействовать по ключевым вопросам жизнеобеспечения территории. Однако законодатель не предусмотрел возможности отрешения от должности главы муниципального образования, который своим бездействием допустил массовое нарушение прав местного населения.

Статья 75 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» дополнена пунктом 7, которым предусмотрена возможность назначения временно исполняющего обязанности главы муниципального образования указом Президента РФ или соответствующим актом высшего должностного лица субъекта Российской Федерации на период с момента отрешения от должности до момента вступления в должность вновь избранного населением главы муниципального образования. Этот период, в соответствии с Федеральным законом РФ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», может составлять от двух месяцев десяти дней до шести месяцев.¹

Подобное положение противоречит не только ст. 12 Конституции РФ, но и смысловой нагрузке Федерального закона «Об общих принципах организации

¹ Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (с изм. и доп. от 27 сентября 2002, 23 июня, 04 июля 2003).

местного самоуправления в Российской Федерации», которые безоговорочно запрещают возможность назначения должностных лиц местного самоуправления органами государственной власти и государственными должностными лицами.

Изменения и дополнения, внесенные в Федеральный закон РФ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», не только не расширили права граждан в области местного самоуправления, но и ограничили некоторые из них, в частности, право на обжалование в суд действий и решений, ущемляющих их права. Так, п. 3 ст. 73 указанного закона¹ устанавливает, что граждане, права и законные интересы которых нарушены в связи с роспуском представительного органа местного самоуправления или отрешением главы муниципального образования от должности, вправе обжаловать в суд соответствующее решение в течение десяти дней со дня официального опубликования соответствующего закона или указа. До внесения этих уточнений в соответствии с Законом РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» граждане могли обращаться (в том числе и в подобных случаях) в суд с жалобой в течение трех месяцев со дня, когда гражданину стало известно о нарушении его права. С учетом внесенных изменений на жалобы граждан, права и законные интересы которых нарушены в связи с роспуском представительного органа местного самоуправления или отрешением от должности главы муниципального образования, Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» теперь не распространяется. Подаваться и рассматриваться подобные жалобы должны теперь не в соответствии с Законом РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», а в соответствии с п. 3 ст. 73 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Следует обратить внимание и на то, что сокращены не только сами сроки обращения с жалобой - с трех месяцев до десяти дней, но при этом принципиально изменен и подход к исчислению указанных сроков. Если ранее сроки начинали исчисляться с того момента, когда гражданин узнал о нарушении его права (эти сроки могли не совпадать с датой публикации и т.п.), то сейчас сроки установлены императивно - десять дней с момента публикации, то есть не имеет значения, когда гражданину стало известно о нарушении его прав. Можно подумать, что все граждане являются подписчиками «Российской газеты» либо иных официальных изданий и систематически отслеживают все публикации. Для большей убедительности приведу статистическую информацию: численность населения России на 1 января 2000 года составила 145559,2 тыс. человек, тираж «Российской газеты» - 370,53 тыс. экз., тираж «Собрания законодательства РФ» - 38,94 тыс. экз., что составляет соответственно 0,25 процента и 0,02 процента от численности населения страны. Даже для тех, кто своевременно ознакомился с соответствующей публикацией, десять дней - весьма короткий срок, ведь

¹ Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

необходим элементарный анализ ситуации, ее осмысление, сбор каких-либо документов. Получается, что в этом конкретном случае законодатель пошел на умышленное ограничение прав граждан на судебную защиту. Даже права главы муниципального образования, отрешенного от должности, на обжалование в суд соответствующего указа в этом случае ущемляются по сравнению с правом на обжалование незаконного увольнения, предусмотренного Трудовым кодексом Российской Федерации (один месяц). Следовательно, укрепление вертикали власти, на которое направлено принятие этого и ряда других законов и указов Президента РФ, должно осуществляться в рамках закона, с учетом требований, заложенных в Конституции РФ, ее идеологии. Но вернемся к основному вопросу нашего рассмотрения.

Что же необходимо сделать по регулированию общих вопросов по проведению выборов различных уровней? Так, по мнению председателя Центральной избирательной комиссии Российской Федерации А.А. Вешнякова, «необходимо провести работу по систематизации предложений о кодификации международных избирательных стандартов, то есть международно-правовых норм в области прав и свобод человека, касающихся проведения свободных, справедливых, подлинных и периодических выборов».¹

Речь идет о приведении действующих норм в более точной их формулировке к единой системе, об отражении в договорной форме международных обычаев, а также выработке новых норм. Международно-правовая кодификация избирательных стандартов, по нашему мнению, будет способствовать распространению принципов выборной демократии, гарантий избирательных прав и свобод правового государства, а значит, укреплению основ местного самоуправления. Закрепление стандартов на столь высоком уровне обеспечило бы и защиту от необоснованного вмешательства во внутренние дела органов местного самоуправления в решении вопросов местного значения.

И еще одна актуальная задача, которая органично интегрирована в единый процесс совершенствования российской избирательной системы. Она связана с деятельностью по повышению общей правовой и профессиональной культуры различных категорий участников избирательного процесса. Формирование электоральной правовой культуры – так звучит эта задача, требующая осуществления избирательными комиссиями совместно с федеральными органами исполнительной власти, исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления комплекса мер по повышению профессиональной подготовки организаторов выборов и референдумов и правовому просвещению избирателей.

Итак, практика применения федерального законодательства о выборах выявила некоторые проблемы реализации избирательных прав граждан, обусловленные имеющимися в действующем законодательстве о выборах и референдумах пробелами и юридико-техническим несовершенством его

¹ Доклад Председателя центральной избирательной комиссии Российской Федерации А.А. Вешнякова // Журнал «Выборы» № 2. 2001. С. 11.

отдельных положений. Необходимо обеспечить унификацию норм, регулирующих сходные правоотношения, в Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и федеральных законах «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации».

Кроме того, в числе факторов, диктующих необходимость совершенствования избирательного законодательства, - динамичное развитие иных отраслей законодательства, обусловленное проводящейся в Российской Федерации реформой местного самоуправления, административной реформой, а также развитие общественных отношений в сфере функционирования партийно-политической системы.

Требуют реализации правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации в сфере избирательного права, которые были отражены в его решениях в 2002-2004 годах.¹

В связи с этим необходимо провести работу по совершенствованию федерального законодательства о выборах и референдумах, уточнению и развитию некоторых положений иных отраслей законодательства, а также совершенствованию правоприменительной практики, основу которых могут составить положения настоящей записки.

Можно сделать вывод, что при решении столь сложных проблем местного самоуправления необходим поиск новых подходов от законодателей и всех остальных представителей органов публичной власти, что вполне естественно, так как принципы государственного устройства России являются новыми и непривычными для многих. С учетом новых представлений о системе власти есть объективные основания полагать, что местное самоуправление способно стать действенным инструментом для решения общегосударственных задач в интересах всего населения России. Причем, последовательные и глубокие преобразования в данной сфере можно реально осуществить без ломки действующих норм Конституции Российской Федерации.

ТЕХНИЧЕСКАЯ ПРОЕКТИВНОСТЬ СОЦИАЛЬНОГО ДЕЙСТВИЯ

Недорезов В.Г. – доцент кафедры гуманитарных, социально-экономических специальностей и управления, к.ф.н.

Философия всегда стремится выстроить ретроспективу социальных и культурных феноменов прошедших эпох и в то же время ставит вопросы о возможном проекте будущего. Особенностью современной цивилизации является склонность к непрерывному преобразованию социальной жизни на основании неких проектов. Это характерно для всего техницистски

¹ Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 31.08.2004 года № 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». Вестник ЦИК РФ. № 14 (176). 2004.

ориентированного мышления, начиная с Нового времени, когда в сознании утверждается парадигма прогресса. Современность, несомненно, лидирует по обилию социокультурных экспериментов. В то же время, сама социальная жизнь общества приводит к изменению структуры и процедур мышления. Подвергаются ревизии взгляды на рациональную обозримость социальных практик, закрепленные в классическом картезианском подходе к познанию.

Осознание поливариантности социокультурных дискурсов является существенной характеристикой современного сознания. В этой связи актуальной становится проблема выявления единых оснований в культуре. Как отражаются техники социального действия в философии XX века?

Взаимоотношение мышления и социального бытия через тотальную критику разума рассматривалось в трудах К. Апеля, Ю. Хабермаса, Т. Адорно и др.

Развивалась социологическая традиция, идущая от Э. Дюркгейма и М. Вебера к структурно-функциональному анализу Р. Мертона и Т. Парсонса, понимающей социологии А. Шюца и теориям символического интеракционизма Дж. Мида и Дж. Морено.

Проблема рациональности в культуре - одна из центральных в философии. Ее исследовали: К. Поппер, П. Фейерабенд, Р. Карнап, М. Хессе, К. Хюбнер, Л. Лаудан, Ст. Тулмин и др.

Необходимо выявить методологическое значение категории рациональности, проблемы соотношения социальных техник и феномена проективности в современной культуре.

Отношение мышления к бытию - фундаментальный вопрос философии. Проблема «проектности» в социальной сфере начинает осмысляться в философии, начиная с Нового времени, когда на почве рационализма и эмпиризма XVII-XVIII веков оформляется технологическое отношение к миру.

Механистический взгляд на природу и самого человека породил чувство оставленности, затерянности в мире утерянной трансценденции. Ламетри писал: «Человек – это всего лишь перпендикулярно ползающая машина». Именно машина стала наглядной моделью, убеждающей в эффективной работе заранее просчитанного механизма. А. Койре, указывая на неудовлетворительное решение вопроса о том, почему машинизм родился в XVII веке, а не в Древней Греции, выделил в качестве определяющего здесь процесс «обращения επιστημη на τεχνη»¹, т.к. только точное знание может быть основой для создания сложных механизмов, недоступных «приблизительному» мышлению Древней Греции и Средневековья.

Черета социальных революций XVIII века также была следствием работы философов-просветителей, предлагавших более или менее рациональные по форме проекты, где и цели, и средства казались просчитанными².

В XIX веке Огюст Конт провозглашает создание «социальной физики» и наступление позитивного этапа развития, когда общество будет управляться не на основе абстрактно метафизических принципов, называемых им

¹ Койре А. Очерки истории философской мысли. - М.: Прогресс, 1985. С. 113.

² См. об этом также: Хабермас Ю. Модерн - незавершенный проект - Вопросы философии. 1992. № 4. С. 45.

«юридическим мышлением», а на принципах позитивно научных.

Реализацией проективной установки социального действия было учение К. Маркса, обосновавшего роль практики в формировании сознания человека (социальное бытие определяет человеческое сознание). «В чаемую марксизмом эпоху истории, творимой объединенными в обществе людьми, солидарно планируемая и ответственная практика должна будет прийти на смену иллюзорной свободе противоречащих друг другу действий индивидов и групп»¹.

По мнению П. Бергера и Т. Лукмана, «базис («субструктуру») и надстройку («суперструктуру») можно лучше понять, если соответственно рассматривать их как человеческую деятельность и мир, созданный этой деятельностью»². Сами процедуры мышления объявляются не вечными и неизменными, но зависящими от исторически меняющейся жизни общества. Однако оборотной стороной подобного релятивизма явилось сознание не просто относительности, но - ложности всех идеальных схем.

Оптимистические подходы позитивизма и марксизма к проблеме проектирования социального действия были сильно ослаблены нигилизмом, ставшим общекультурным европейским феноменом со второй половины XIX в. Истоки его Ницше усматривает, с одной стороны, в развитом христианством отвращении к фальши, оборачивающимся неприятием изолганности самих христианских толкований мира и истории; с другой стороны - в исключении человека из естественнонаучной картины мира: «Нигилистические следствия современного естествознания (рядом с попыткой бегства в потустороннее)»³.

Кроме того, хаос непрерывных культурных изменений ведет к ситуации, в которой человек отучается воспринимать что-либо глубоко, т.е. отучается от активности и организации мыслительных функций: «...Пестрое, и в то же время поверхностное знание, такой духовный горизонт, слишком широкий для глаз, не вооруженных критической оптикой, должен неминуемо привести к упадку способности суждения», - утверждает Й. Хейзинга⁴.

Проект нигилизма - проект деконструкции смыслового космоса цивилизации. В основании его лежит не задача обнаружения безличной истины, но экзистенциальный вопрос о смысле судьбы и об оправдании мира перед человеком. Именно эта проблематика становится центральной для неакадемической философии и вызревших на ее основе проектов социального действия.

Нигилизм формирует новую социокультурную тенденцию. Ложность идеального, понимание прагматического генезиса метафизических схем и, как следствие, потеря монистического и телеологического взгляда на мир; диверсификация принципов; ослабление воли и рост «опьяняющих» культурных форм; «невероятная убыль человеческого достоинства в его

¹ Апель К-О. Априори коммуникативного сообщества. Трансформация философии. – М.: «Логос», 2001. С. 268.

² П. Бергер. Т. Лукман. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. - М.: Медиум, 1995. С. 17.

³ Ницше Фридрих. Воля к власти. Опыт переоценки всех ценностей. - М.: REFL-book, 1994. С. 36.

⁴ Хейзинга Й. В тени завтрашнего дня // Он же. Homo Ludens. В тени завтрашнего дня. - М.: Прогресс, 1992. С. 276.

собственных глазах»¹.

На первый план выходит проблема личного пути, судьбы в тотально дезорганизованном мире. И здесь Ницше различает две стратегии - активный нигилизм: культ трезвого взгляда на мир и пассивный нигилизм, выражающийся в поиске опьянения (в искусстве, власти; в привычке работать не задумываясь, как орудие науки; в увлечении мистикой; в любом мелком фанатизме).

На причину нигилистических интенций разума с позиций, близких ницшеанским, указывает Готтфрид Бенн: «Интеллектуализм - это холодный взгляд на землю, которую слишком долго рассматривали с душевной теплотой, с идиллиями и наивничаньем - и безрезультатно»².

Поэтому с конца XIX века в культуре нарастает контрпроективное движение. Нигилизм позволил осознать равноправие вопросов об ответственности человека перед миром, и мира - перед человеком. Познавательный интерес в таком мире концентрируется не на концепте безличной истины, но - личной судьбы. В этом пункте осуществляется переход из логического пространства в реальное³. В переплетениях нитей личной судьбы человек декаданса прочитывает шифр истины.

Эти философские концепции могут быть объединены на основании общей прагматической установки. Это программы, направленные на действующее я. «В этом и заключается стержневой момент кризиса культуры - конфликт между «знать» и «быть»...»⁴. «Прославление действия как такового, усиление критического чутья сильнодействующими возбудителями воли... - все это перемешано в новом культе героического», - констатирует Й. Хейзинга. Постоянные укоры в адрес современной культурной ситуации из-за смешения в ней логических, эстетических и аффективных функций⁵, поэтизации примитивных исторических стадий и активного использования метафоры крови⁶, глубокое замечание об актуализации героического для поднятия тонуса ослабленной современности⁷ все же воспринимаются как голос с другого берега, берега, где «вечные ценности» не поколеблены скепсисом, а мыслительные процедуры не зависят от исторического контекста субъекта мысли, и потому правильное рассуждение приводит к истине. Именно познавательный интерес толкает к экспериментированию и созданию социально значимых проектов, связанных с линией собственной жизни.

Здесь, однако, индивид наталкивается на необходимость соотнесения личных целей с целями и образом действия своего социального окружения. Социальные группы имеют больше шансов отстоять свой жизненный план, нежели один человек. основополагающие работы К. Манхейма и Й. Талмон по миллениаристскому и утопическому мышлению помогают понять механизм

¹ Там же. С. 43.

² Цит. по: Аверинцев С.С. Образ античности в западноевропейской культуре XX века. Некоторые замечания // Новое в современной классической филологии. - М.: Наука, 1979. С. 5-40, 17.

³ Арутюнова Н.Д. Истина и судьба // Понятие судьбы в контексте разных культур. - М.: Наука, 1994. С. 305.

⁴ Й. Хейзинга. Указ. соч. С. 290, 326.

⁵ Там же. С. 281.

⁶ Там же. С. 293.

⁷ Там же. С. 327.

взаимовоздействия идеологием и механизмов мышления социальных групп. Карл Манхейм в классической работе «Идеология и утопия»¹ вводит понятие радикальной тотальной идеологии как комплекса идей конкретных носителей, полностью определяемых социальным бытием. Именно такое видение подготавливает *методологическое* недоверие к декларируемым целям и средствам любой социальной группы: «Раньше противника упрекали в том, что он в качестве представителя определенной социальной группы в ряде случаев сознательно или бессознательно искажает истину. Теперь нападение на противника усугубляется посредством полной дискредитации структуры его сознания во всей его целостности, отрицается даже возможность того, что он способен правильно мыслить».² Понимая непреодолимость проективизма мышления, К. Манхейм методологически полезным считает осознание ограниченности всех точек зрения - необходимого пути к целостному пониманию, которое, однако, оставляет позади все «маяки» («вечные ценности», «интересы нации» и т.д.) и приходит к реляционизму: «...Все системы осмысления, которые составляют наш мир, являются лишь движущимися историческими кулисами»³. Однако подобная «всеядность» и историцизм входят в ткань современной культуры ценой утраты трансцендирующих эту культуру смыслов, возвращение которых является целью утопических проектов. К. Манхейм сужает смысл слова утопия: «Мы будем считать утопичной лишь ту «трансцендентную» по отношению к действительности ориентацию, которая, переходя в действие, частично или полностью взрывает существующий в данный момент порядок вещей»⁴. Он выделяет несколько идеально-типических утопических проектов, распространившихся с Нового времени: «оргастический хилиазм анабаптистов, либерально-гуманистическая идея, консервативная идея, социалистическо-коммунистическая утопия».

При этом существенным признаком их дифференциации является степень временной и пространственной удаленности от имманентного состояния. Для хилиазма естественно чувство абсолютного присутствия в трансценденции «здесь» и «сейчас». Для либерально-гуманистической идеи цель достижима в процессе исторически происходящего становления. Ее пафос передает И. Хейзинга: «Мы не можем и не хотим более ничего другого, как двигаться вперед, в неизвестные дали»⁵. Консервативная идея видит трансценденцию в едином имманентном бытии.

Хилиастическим (милленаристским) движениям уделяется в гуманитарной мысли, касающейся проблемы проектирования социального действия, особое внимание, ведь утопическое мышление выражено в них радикально. Йонина Талмон определяет милленаризм как религиозное движение, члены которого ожидают скорого, полного и окончательного

¹ Манхейм Карл. Идеология и утопия // Он же. Диагноз нашего времени. - М.: Юрист, 1994. С. 7-276.

² Там же. С. 65.

³ Там же. С. 77.

⁴ Там же. С. 164.

⁵ Хейзинга Й. Указ. соч. С. 257.

коллективного спасения в этом мире¹. Милленаристский взгляд на спасение революционный и катастрофический². Лидеры этих движений, в той или иной степени, являются харизматическими и действуют скорее как символический фокус идентификации, чем источник власти³. Преодолевая установленные нормы, эти движения создают новое братство и новую мораль. Несмотря на сильный компонент истерии и паранойи в психологическом портрете милленаризма, нельзя не согласиться с Й. Талмон, что в основании милленаристского мироощущения лежит реализм и внутренний, сокрытый, рационализм⁴.

Однако, как справедливо замечает К. Манхейм, «нет ничего более потустороннего, чем рациональная замкнутая схема, нет ничего, что при известных обстоятельствах таило бы в себе такую иррациональную мощь, как строго ограниченные своими рамками построения»⁵. Следует учитывать, что исток милленаристского мировидения нельзя обнаружить в реконструкции истории идей, так или иначе обнаруживаемых в движении: он лежит в специфическом изменении мышления, пронизываемого экстатически-оргастической энергией⁶.

При рассмотрении идеально-типических утопических проектов К. Манхейм отмечает одну особенность: «... Каждая конституировавшаяся на новой ступени развития утопия оказывается все более близкой к социально-историческому процессу»⁷. Социальная жизнь общества постепенно лишается трансцендирующей энергии утопического мышления. Единственным противодействием такому процессу является специфическая духовная прослойка (интеллектуалы-одиночки).

Противопоставляя себя любой включенности в структуры, выражающие групповые идеологемы и более или менее четкие программы, эти интеллектуалы озабочены лишь собственным даром артистической игры с бытием: «Артистизм - это попытка искусства внутри всеобщего распада содержаний переживать самое себя как содержание и из этого переживания создать новый стиль, это попытка противопоставить всеобщему отрицанию ценностей новую трансценденцию - трансценденцию творческого наслаждения...» - эти слова Г. Бена определяющие для всего данного направления⁸.

Концепцию социального действия развивала и современная теоретическая социология. Макс Вебер называет действием не любой вид «внутреннего состояния» или внешнего отношения, но лишь имеющий субъективный смысл для действующего (сюда же относится намеренное бездействие или нейтральность)⁹. Действие социальное должно быть

¹ Talmon Yonina. Millenarian Movements // Archiv. europ. sociol., VII, 1966, p. 159.

² Ibid., p. 167.

³ Ibid., p. 170.

⁴ Ibid., p. 193.

⁵ Манхейм К. Идеология и утопия. С. 185.

⁶ Там же. С. 182.

⁷ Там же. С. 208.

⁸ Бенн Г. Проблемы лирики. - Вопросы литературы. 1991. № 7. С. 137.

⁹ Вебер М. Избранные произведения. - М.: Прогресс, 1990. С. 497.

ориентировано на другого (других)¹. Социальные действия производятся только над людьми, а не над элементами их мира (от вещных до символических) и имеют следствием человеческие реакции, а не технические, экономические или научные результаты². Толкотт Парсонс практически не отходит от Веберовского определения действия: «Действие образуется структурами и процессами, посредством которых люди формируют осмысленные намерения и, более или менее, их успешно реализуют в конкретных ситуациях»³.

А. Шюц, лидер феноменологического направления в социологии, автор «понимающей социологии», уравнивает понятия действия и проективного поведения: «Термином действие мы обозначаем продуманное человеческое поведение, то есть поведение, основанное на составленном заранее проекте»⁴. Он указывает на два феномена, которые существенны при рассмотрении проективности социального действия. Во-первых, это утверждение о том, что любое проектирование заключается в воображении будущего «поведения»⁵. Во-вторых, констатация одной закономерности: «Если мы выделим типы личности (субъективные) и типы действия (объективные), то можно сказать, что усиление анонимности конструкторов ведет к преобладанию последних. В случае полной анонимности люди считаются взаимозаменяемыми»⁶.

Технически достижимое в современную эпоху размывание границы между объектом действия и программированием самого субъекта, приводит к тому, что степень выполнимости проекта ограничивается лишь степенью креативности мышления субъекта. Для выявления механизмов человеческого сознания и построения онтологии субъекта много сделал психоанализ К. Юнга и З. Фрейда, трансперсональная психология (Ст. Гроф и др.). Несомненно, рациональная «деконструкция» субъекта и сведение его к субстрату, «инстинкту» Фрейдом - отголосок нигилистической волны начала XX века. Фрейдизм и неопрейдизм сделали возможным вторжение проективности в феномены, которые раньше воспринимались как абсолютно не связанные с реальностью: «...Если допустить, что сны являются нормальными событиями (каковыми они и являются на самом деле), то необходимо признать, что сны имеют рациональное основание для своего возникновения, или же целенаправленны, или же и то, и другое вместе»⁷.

Франкфуртская школа рассматривала сексуальность как силу, социально недетерминированную, способную противостоять тотальной унификации и машинизации жизни современного общества: «Борьба за Эрос - это

¹ Там же. С. 625

² Знанецкий Ф. Исходные данные социологии // Американская социологическая мысль: Тексты. - М.: МГУ, 1994. С. 70-71.

³ Парсонс Т. Понятие общества: компоненты и их взаимоотношения // Современная Западная теоретическая социология. Вып. 2. Толкотт Парсонс. - М.: АН СССР ИНИОН, 1984. С. 104.

⁴ Шюц А. Повседневное мышление и научная интерпретация человеческого действия // Современная зарубежная социология (70-80 годы). - М.: ИНИОН РАН. С. 116.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 114-115.

⁷ Юнг К.Г. Подход к бессознательному // Он же. Архетип и символ. - М.: RENAISSANCE, 1991. С. 34.

политическая борьба» - таков вывод Герберта Маркузе»¹. Однако психоаналитическая рационализация бессознательного делает подобные проекты проблематичными, т.к. всякая схематизация реальности открывает ее уязвимость для власти. Выводя человека из-под влияния картезианского дискурса, современная неклассическая философия заменяет его дискурсом не менее принудительным: «...Удалось почти целиком и полностью поставить нас - наше тело, нашу душу, нашу индивидуальность, нашу историю - под знак логики вождения и желания»².

В социальном экспериментаторстве XX века появляется феномен проективности как самоцели, т.к. реальность, выведенная из-под опеки универсальных теоретических схем и идеологием, лишенная какой-либо предзаданной смысловой структуры, являет собою удобный материал для работы проективной способности мышления: «Модернизм - это максимальная проективность. Он сделал проект тем, что освобождает проективность от подавляющего возвращения самого проекта»³. Сам феномен проективности в отношении к социальному действию сместил область своего приложения: переходя от изменения природы на сферу социального бытия, в настоящее время он отыскивает пути к управлению ментальными способностями человека. Первоначальная задача формирования предметного окружения человека в дальнейшем распространилась на социальную сферу, а впоследствии на внедрение технологических приемов в процедуру мышления, изменение самой природы человека.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: «ТОЧКИ НАПРЯЖЕНИЯ» СОВРЕМЕННОГО АМЕРИКАНСКОГО ФИЛОСОФСКОГО ДИСКУРСА

Солодка М.С. – профессор кафедры общегуманитарных, социально-экономических дисциплин и управления, д.ф.н.

Проблематика ответственности в американском философском дискурсе становится традиционной, начиная с 50-х годов XX века. Именно в середине XX века после окончания II мировой войны интерес американских философов к проблематике ответственности усиливается отнюдь не случайно, он во многом обусловлен практическими задачами построения системы американской публичной власти на новых основаниях. В качестве методологического фундамента для этого потребовались теоретические разработки в различных областях социальных и гуманитарных наук. Именно поэтому один из этапов в развитии теорий государственного управления в Америке (с 1947 по 1967 г.г.) называется этапом «неортодоксальности социальных наук» (Social Science

¹ Маркузе Г. Эрос и цивилизация. - К.: «ИСА», 1995. С. 309.

² Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. – М. С. 177.

³ Владислав Тодоров. Иносказание Без Иного или О статусе философствования как иницилирующего говорения // Сознание в социокультурном измерении. - М.: ИФ РАН, 1990. С. 30.

Heterodoxy)¹. Интерес к проблеме ответственности в Америке в настоящее время не только не ослаб, но и приобрел большую глубину.

Обсуждение проблемы ответственности в Америке и России (ранее в Советском Союзе) обнаруживает ряд общих тенденций, но американский философский дискурс имеет и свои особенности, отличающие его от российского. Отчасти эти особенности обусловлены традиционной приверженностью американских философов идеям философского прагматизма, отчасти различиями в социально-правовом оформлении ответственности не только индивидов, но и социальных институтов в названных странах.

Требования об усилении персональной ответственности государственных служащих и социальной ответственности государственных институтов в последнее время все чаще и настойчивее озвучивают не только граждане России, но и ее Президент. Разработка собственных подходов к ответственности (в том числе и ее юридической составляющей) потребует критического осмысления не только собственного, но и зарубежного опыта. Поэтому весьма актуально выяснить, вокруг чего фокусируется философский дискурс в Америке по проблеме ответственности в настоящее время, что представляют собой его «точки напряжения».

Традиционно для американских философов проблема *ответственности* обсуждается совместно (или в рамках) проблемы *свободы воли*. Это является следствием разрешения одного из основных вопросов – об основаниях ответственности. При определении ответственности неизбежен вопрос – на каком основании агента действия можно считать «творцом» или «конечной причиной» как результатов, так и собственных целей. Традиционно таким основанием считали свободу воли. Такая позиция присуща еще Аристотелю, который различал поступки произвольные (совершаемые подневольно или по неведению), которым сочувствуют и иногда даже жалеют за них, и произвольные, которые хвалят или осуждают². Одним из наиболее ярких защитников указанной позиции являлся Кант, который определяет свободу воли как источник «*первоначального действия*, благодаря которому происходит нечто такое, чего не было раньше»³. Свобода воли, по Канту, есть «способность самопроизвольно начинать ряд событий»⁴.

В американском философском дискурсе проблема свободы воли наиболее интенсивно обсуждается приверженцами либертарианской стратегии. Их теории свободы воли неотъемлемо связаны с вопросом об ответственности. Основная задача разработчиков теорий свободы воли - выявить некоторые условия, на основании которых можно связать агента действия и определенные последствия как результат действий именно данного агента. (Если выделять здесь временной аспект проблемы - необходимо связать прошлое, настоящее и будущее). Основные способы решения данной проблемы либо связаны с принятием в качестве такого основания принципа причинности (возможной

1 Stillman II R.J. Public Administration: Concepts and Cases. – Boston: Houghton Mifflin Company. 2005. P. 20.

2 Аристотель. Никомахова этика // Собр. соч. в 4-х т.т. – М.: Мысль, 1984. С. 95.

3 Кант И. Критика чистого разума. – Минск: Литература, 1998. С. 572.

4 Там же. С. 580.

формы связи одновременных событий), либо приписать это основание самому агенту, связав его с желаниями, интенциями, предпочтениями, целями и т.п. агента. Поэтому предлагаемые теории свободы воли можно разделить на два направления. Одно из них в фокус проблемы свободы воли помещает вопрос о формах или условиях причинности, на основании которых агент может отвечать за свои действия. Как следствие этого, представители указанного направления и в проблеме ответственности в основном разрабатывают каузальную сторону. Теории свободы воли (и ответственности) этого направления естественно назвать каузальными (Роберт Кейн (R.Kane) называет их *agent-causal* или АС теориями)¹. Представители второго направления пытаются описать свободу, сделав ее понятной, в терминах мотивов, интенций, целей субъекта деятельности. Теории свободы воли (и ответственности) второго направления естественно назвать телеологическими (Роберт Кейн называет их *teleological-intelligibility* или ТИ теориями). Одним из основоположников АС теорий являлся Беркли. Среди современных американских философов наиболее яркими представителями АС направления являются Р. Кларк (R. Clarke) и Т. О'Коннор (T. O'Connor), Дж. Фишер (J.M. Fischer), М. Равицца (M. Ravizza) и др. Приверженцами ТИ теорий свободы воли являются Р. Кейн, Д. Виггинс (D. Wiggins), Р. Нозик (R. Nozick), К. Гинет (C. Ginet), А. Мил (A. Mele) и др.

Стандартные либертарианские теории свободы воли вынуждены постулировать наличие некоторых экстра-факторов и, во-вторых, они являются априористскими. И первое, и второе обстоятельства вызывают определенные проблемы при создании механизмов ответственности, поскольку последние используют преимущественно постулат о детерминированности мира. Наличие «мистических» экстра-факторов обуславливает индетерминистское прочтение свободы воли, что отвергает идею «причинности» при установлении ответственности. Априорное метафизическое разрешение проблемы свободы воли традиционно отвергалось приверженцами прагматизма. Еще один из «отцов» прагматизма У. Джеймс утверждал, что «истинные основания для признания свободы воли в действительности носят прагматический характер, и они не имеют ничего общего с жалким правом наказывать, игравшим такую роль в прежних дебатах по этому вопросу»². Для У. Джеймса вопрос о свободе воли решался эмпирически.

Несмотря на такую давнюю традицию подходить к решению вопроса об ответственности апостериорно и эмпирически, и сегодня - сто лет спустя после работы Джеймса – не прекращаются публикации в поддержку или с критикой этой позиции. Для «апостериористов» индивид обнаруживает свободу воли только тогда, когда сталкивается с препятствием или сопротивлением своей воле. Это происходит в моменты так называемого «самоопределения», когда индивид сталкивается с проблемой выбора, основанного на конкурирующих мотивах или целях. До того, как акт выбора будет совершен, нет никаких

1 R. Kane. Agency, Responsibility and Indeterminism: Reflection on the Libertarian Theories of Free Will //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 69.

2 Джеймс У. Прагматизм //Воля к вере. – М.: Республика, 1997. С. 253.

оснований для оценки нашего выбора (и ответственности в том числе), поскольку выбор делается не для прошлого, а для будущего. «Только апостериорно можно оценить выбор в условиях неопределенности»¹.

Однако противники такого апостериорного (а значит, и ретроспективного) подхода к определению ответственности не оставляют попыток показать необоснованность такого подхода. Так, например, И. Хаджи (I. Haji)² показывает на примерах типа Франкфурта сомнительность аргументов защитников ретроспективной ответственности. Если мы допускаем наличие определенной связи между нашими предыдущими и будущими действиями, то у нас есть определенные основания ввести ответственность за наши будущие ментальные или иные действия.

Противники проспективной ответственности в качестве одного из аргументов приводят следующий. Существование связи предыдущих и последующих действий не является *достаточным условием* для введения ответственности. М. Циммерман (M. Zimmerman)³ считает «ответственность за будущее» пустым понятием, поскольку, если агент действует свободно, то это предполагает его возможность прекратить действия. Близок к позиции Циммермана и Ф. Фелдман (F. Feldman)⁴. Отвергая проспективную ответственность, он апеллирует к тому факту, что невозможно ввести легальные механизмы ответственности за будущее, поскольку это будущее «открыто». Как установить время наступления ответственности? Ведь свободный человек может вдруг прекратить свое действие, и никаких последствий, за которые его привлекли к ответственности, не наступит.

Основные возражения защитников проспективной ответственности сводятся по этому поводу к тому, что необходимо различать индетерминистское понимание «открытости» и понятие «L-открытости». Их различие Хаджи демонстрирует на примерах типа Франкфурта. Как обосновывает Хаджи, понятие «L-открытости» вполне допускает установление ответственности за будущее.

«Ответственность за будущее» допускается и в концепции ответственности, разрабатываемой последователями Дж. Дивея (J. Dewey)⁵. Эта концепция отличается от концепции Хаджи. Последователи Дивея разрабатывают так называемую концепцию «самовыражения» (self-expressive), с точки зрения которой ответственность есть просто один из аспектов самоидентификации агента. Мы отвечаем за себя, поскольку мы объективируем себя в действиях. «Когда результат может быть предвиден и одобрен агентом как предвиденный, то такой результат есть следствие не каких-то внешних обстоятельств, не просто желаний и импульсов, но понимания агентом своих целей. Поскольку результат таким образом обусловлен пониманием агентом

1 Kane R. Agency, Responsibility and Indeterminism: Reflection on the Libertarian Theories of Free Will // Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 86.

2 Haji I. Libertarian Openness, Blameworthiness, and Time // Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. PP. 135-150.

3 Zimmerman M. An Essay on Moral Responsibility. - Totowa, N.J.: Rowman and Littlefield, 1988.

4 Feldman F. Utilitarianism, Hedonism and Desert. - New York: Cambridge University Press, 1997.

5 Dewey J. Outliers of a Critical Theory of Ethics. - New York: Hillary House, 1957.

своих целей, он чувствует себя ответственным за него.... Результат есть просто выражение его, проявление того, чем он является».¹

Современные философские дискуссии в Америке по проблеме ответственности в контексте проблемы свободы воли фокусируются вокруг следующих вопросов:

1. Совместима ли свобода воли с детерминизмом или нет? (Вопрос Совместимости).

2. На основании чего мы что-то делаем или хотим сделать что-то? (Вопрос Значимости).

3. Если свобода воли несовместима с детерминизмом, то где и как может существовать такая свобода воли в обычном мире? (Вопрос Существования).

Совместимость детерминизма со свободой воли и, тем самым, с ответственностью обсуждается постоянно, то затихая, то разгораясь вновь. Обычно активизация дебатов по этой проблеме продуцируется конструированием нового типа «контрпримеров», ставящих под сомнение основные доводы противников. Так было в конце 60-х г.г. XX века, когда Г. Франкфурт (H.G. Frankfurt) предложил примеры для защиты тезиса о существовании моральной ответственности в ситуации, исключающей наличие «альтернативных возможностей»². Так было и в середине 70-х г.г. XX века, когда Ван Инваген (Van Inwagen) ввел в философский дискурс примеры («Алиса», «Клио» и т.п.), вскрывающие бреши в позиции защитников совместимости свободы воли и детерминизма³.

Дебаты по вопросу Совместимости фокусируются на проблеме совместимости детерминизма с условием *альтернативных возможностей* (или AP – Alternative Possibilities – условием). Трактовки понятия «альтернативные возможности» весьма различны, но в самом общем смысле это означает, что у агента действия есть возможности действовать *иначе*.

То, что дебаты вокруг AP проблемы малопродуктивны для решения вопроса о совместимости свободы воли и детерминизма, подтверждается примерами в стиле Остин (J.L. Austin), который предложил их еще в 1956 г. в связи с дебатами о свободе воли⁴. Но среди американских философов не прекращаются попытки избежать вскрытых проблем путем подходящей интерпретации понятий «можем», «власть», «возможность», «можем сделать что-то другое» и т.п. При этом их попытки постоянно подвергаются критике со стороны тех философов, которые считают, что понятие «альтернативных возможностей» отнюдь не играет той центральной роли при обсуждении вопроса о Совместимости свободы воли и детерминизма, которую им пытаются приписать⁵. Так, Кейн⁶ обращает внимание, что AP условие мало что дает для понимания проблемы Совместимости. Агент должен иметь не только

1 Там же. P. 121.

2 Frankfurt H.G. Alternate Possibilities and Moral Responsibility //Journal of Philosophy, № 66, 1969, pp. 828-839.

3 Van Inwagen P. The Incompatibility of Free Will and Determinism //Philosophical Studies, № 27, 1975, pp. 185-199.

4 Austin J.L. Ifs and Cans //Proceedings of the British Academy, № 42, 1956. PP. 109-132.

5 Kane R. Agency, Responsibility, and Indeterminism: Reflection on the Libertarian Theories of Free Will //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 64.

6 Там же. С. 64.

возможность сделать что-то другое (альтернативную возможность), но и *иметь желание* делать это другое. То есть, при решении проблемы свободы воли речь должна идти не просто о возможности делать другое, но и о том, что это продиктовано нашей волей, интенциями, нашей рациональностью. Поэтому для Кейна основным становится вопрос Значимости - об основаниях наших действий и наших желаний. Кейн строит П теорию свободы воли, обосновывая свободу воли свободой предпочтений. Кейн принадлежит к ярким защитникам детерминизма. Он полагает, что нет никаких оснований считать, будто индетерминизм играет какую-то роль в формировании структуры наших предпочтений. Кейн убежден, что в его теории свободы преодолена неизбежно возникающая проблема бесконечного регресса. Это следует из того, что агент имеет свои предпочтения, потому что он предпочитает их иметь. Дальнейший регресс здесь невозможен, как считает Кейн.

На самом деле, Кейн сталкивается с той же проблемой, что и Кант - избежать бесконечного регресса, «дурной бесконечности». Необходимо нечто, что «обрывает» бесконечный регресс эмпирической причинности. Кант решил эту проблему, введя понятие свободы как не эмпирической, а умопостигаемой сущности. Таково было его эпистемическое решение вопроса. Критика позиций Канта вынуждает его последователей попробовать отказаться от такого «одиозного» понятия как «свобода воли», предложив нечто взамен его. Но «заменитель» свободы воли им необходим по той же причине, что и Канту свобода воли. Кейн полагает, что предложенный им концепт «предпочтение» решает проблему. Почему мы делаем что-то? - Потому что мы это предпочитаем. Почему мы это предпочитаем? - Потому что предпочитаем это предпочитать. Далее Кейн полагает бессмысленным задавать вопрос типа «Почему мы предпочитаем предпочитать это?» (потому у него невозможен и дальнейший регресс). Но на самом деле нет никаких эпистемических причин, чтобы оборвать предложенный ряд на этом уровне. Известный парадокс типа «кто бреет брадобрея», как известно, решается не логически, а путем постулирования определенных принципов.

Сказанное выше не означает, что предпринимаемые попытки дать удовлетворительное решение того, как избежать бесконечного регресса причин, бесполезны и не представляют никакого интереса. Их эпистемическая значимость не в том, что они дают «окончательный ответ», а в том, что они помогают выявлять новые стороны проблемы, ставить вопросы в новой плоскости, смещать акценты. Кроме того, их социально-философское значение в том, что они дают потенциальную возможность построения новых социальных механизмов ответственности.

Попытки подорвать «неистребимое чувство свободы, которое не оставляет нас даже при столкновении с солидными аргументами, что это чувство лишь иллюзия»,¹ предпринимаются постоянно не только американскими философами. Эта тенденция имеет общемировой характер. Причем, многие к наиболее опасным «подрывникам» этого чувства причисляют

1 Nelkin D.K. The Sense of Freedom // Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 105.

приверженцев детерминизма. Поэтому еще один фокус обсуждения проблемы ответственности и свободы воли - столкновение детерминистских и индетерминистских позиций по поводу *смысла свободы*.

Основной парадокс приверженцев либертарианских теорий свободы воли состоит в том, что индетерминистское решение проблемы свободы воли приводит их к «разбитому корыту» - потеря каузального детерминизма не дает им никаких позитивных путей рассмотрения проблемы ответственности, а значит, и построения действительных механизмов ответственности.

Еще Кантом было отмечено, что чувство свободы является сущностью и достоинством разумного человека. *Регулятивный принцип разума*, по Канту, состоит в том, чтобы признать существование некоторой «умопостигаемой сущности (которая поэтому свободна от всякого эмпирического условия и скорее содержит в себе основание возможности всех явлений)»¹, которая позволяла бы прервать бесконечный регресс эмпирических причин. По сути, идущая от Канта традиция полагать, что человеческая разумность необходимо требует, чтобы мы признали существование свободы, всегда достаточно интенсивно привлекала как своих защитников, так и противников. Признание или не признание тезиса Канта во многом зависит от интерпретации высказывания Канта.

При обсуждении этого вопроса наиболее существенные различия диктуются детерминистской или индетерминистской позицией по поводу того, каков смысл свободы в «разумном» прочтении высказывания Канта. Индетерминистское прочтение Канта, по оценке ряда американских философов², исходит из того, что смысл свободы есть убежденность, что мы можем выбирать из неопределенного множества альтернатив действия. Детерминисты считают такое понимание смысла свободы ошибочным, хотя и признают за ним некоторые полезные интуиции. Поэтому приверженцы детерминизма предлагают свои концепции смысла свободы. Здесь можно назвать, например, Дану Нелкин (Dana K. Nelkin), которая разрабатывает собственную концепцию смысла свободы, названную ею «концепт убежденности» (belief-concept)³. Согласно ее концепции, смысл свободы состоит в том, что индивид имеет убежденность, что его действия связываются с ним таким образом, что он несет ответственность за них.

В отдельных аспектах предложенная Нелкин концепция имеет определенный интерес. В частности тем, что у Нелкин ответственность является необходимым условием свободы, а не наоборот, что является более традиционным. Попытка «перевернуть» отношение «свобода-ответственность», безусловно, заслуживает внимания. Концепция Нелкин даже достаточно удобна в «прагматическом» отношении. Хочешь быть свободным - возьми на себя ответственность как некое рациональное обязательство и будь свободным. Причем, чтобы взять это рациональное обязательство, индивид не обязательно

1 Кант И. Критика чистого разума. - Минск: Литература, 1998. С. 587.

2 См., например, подобную оценку в: Nelkin D.K. The Sense of Freedom //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 105.

3 Nelkin D.K. The Sense of Freedom //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. PP. 105-134.

должен верить, что он свободен. Формально Нелкин разрешает вопрос о смысле свободы, но фактически она просто «прячет» его за завесу ответственности, поскольку совершенно ничего не пишет про последнюю, кроме того, что понятие «ответственность» (responsibility) имеет совершенно разное значение¹, поэтому понятие «подотчетен» (accountable), возможно, более предпочтительно для использования.

Еще одним фокусом рассмотрения проблемы ответственности является принцип *автономности*. Ряд авторов² полагают, что проблеме автономии до сих пор уделяется незаслуженно мало внимания по сравнению с вопросом вменения в вину. Современная социальная ситуация, напротив, требует, чтобы именно вопрос об автономии стал одним из центральных. Н. Эрпэли (N. Arpaly) разрабатывает концепцию ответственности, в которой в качестве основания ответственности выступает *автономия агента*. Под автономией агента автор понимает «взаимосвязь между агентом и его мотивацией, которую можно кратко определить как способность агента решать, каким из мотивов руководствоваться. Это тип самоконтроля или самоопределения, который присущ людям и не присущ негуманоидам».³ Некоторые идеи автономии агента, по крайней мере, имплицитно, содержались у Канта. Отдельные аспекты автономии агента исследуют такие американские теоретики деятельности как, например, Г. Франкфурт (H. Frankfurt), Дж. Ватсон (G. Watson), Д. Веллеман (D. Velleman), Р. Ногль (R. Noggle) и др. Эрпэли, обобщая результаты исследователей, затрагивающих проблему автономии, выделяет 8 значений понятия «автономия» и в качестве собственного концепта автономии предлагает рассмотреть автономию как самоконтроль, материальную и психологическую независимость и нормативную моральную автономию агента⁴.

В социально-философском плане такой подход к ответственности является весьма продуктивным в том отношении, что позволяет предложить *нормативное* решение проблемы автономии. При этом необходимо понимать, что при любом более глубоком взгляде на автономию агента, она в конечном счете сводится к так или иначе понимаемому понятию «независимости». И любые предложения, по сути, оставят вопрос, стоящий когда-то перед Кантом - нам нужна «независимость» как нечто иное по отношению к зависимости (наличие которой обычно не отрицается), чтобы избежать бесконечного регресса. Но различные подходы к пониманию того, независимость *чего* (мотивов, целей, принятия решений, прекратить действие, мнения и т.п.) от чего (от внешнего контроля, от патерналистской интервенции, от манипулирования, от психического воздействия и т.п.), и что вкладывается в смысл понятия «независимость», безусловно, позволят выделить удовлетворительные для практического применения модели автономии, которые будут являться основанием для ответственности.

1 Там же. С. 114.

2 Arpaly N. Which Autonomy? //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. PP. 173-188.

3 Там же. Р. 174.

4 Arpaly N. Which Autonomy? //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 176.

Вопрос о *границах ответственности* является еще одним фокусом проблематики ответственности. «Действительная проблема ответственности есть проблема ее границ», - утверждал Н. Аббагнано еще в 1957 г.¹ Такой подход к рассмотрению проблематики ответственности является в Америке достаточно популярным. Здесь можно упомянуть и исследование Дж. Фишера², связанное с принципом «трансфера безответственности» (transfer of nonresponsibility), и исследование Т. Лонга³ (T.R. Long), который выявляет границы ответственности, представленной в новой теории ответственности Дж. Фишера и М. Равиццы⁴.

Теория ответственности, предложенная Фишером и Равиццей, вызвала большой интерес в Америке. После представления ее в монографии «Ответственность и контроль: Теория моральной ответственности» в научной печати появляются многочисленные отклики на эту концепцию. Авторы характеризуют свою теорию как теорию, «основанную на механизме» (mechanism-based). Их основная идея состоит в том, что «мы являемся ответственными за действия, для которых существует подходящий механизм причинно-следственной связи (reasons-responsiveness)»⁵. Фишер и Равицца предлагают один из вариантов такого механизма причинно-следственной связи, который они называют «умеренной причинно-следственной связью» (moderate reasons-responsiveness)⁶. Одну из основных проблем собственной теории авторы сформулировали сами: «Мы не можем специфицировать в общем случае, как определить, является ли какой-то механизм релевантным для введения ответственности. Есть просто предположение теории о существовании *естественного* механизма, который может быть отображен нами как механизм для установления моральной ответственности»⁷.

Достаточно новой темой в обсуждении проблемы ответственности становится *совместимость ответственности и внешнего манипулирования*. Она появилась в повестке дня философского дискурса отчасти под влиянием соответствующего политического дискурса, отчасти продиктована собственно философским интересом. Эта тема естественно выросла при обсуждении вопросов о границах ответственности, при рассмотрении различных контрпримеров (типа Франкфурта и различных стандартных и нестандартных версий примеров этого типа), демонстрирующих «проблемные точки» тех или иных теорий ответственности или свободы воли. Здесь несомненно заслуживает интереса позиция о том, что «внешние манипуляции, не уничтожающие ответственность агента, являются более обычным, чем считают

1 Abbagnano N. Judgement of Responsibility in Ethics and in Law //Revue Internationale de Philosophie. - Paris, 1957. № 39. P. 36.

2 Fischer J.M. The Transfer of Nonresponsibility //Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. PP. 189-210.

3 Long T.R. Moderate Reasons-responsiveness, Moral Responsibility and Manipulation /Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. PP. 151-188.

4 Fischer J, and Ravizza M. Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility. - Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

5 Fischer J, and Ravizza M. Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility. - Cambridge: Cambridge University Press, 1998. P. 45.

6 Там же. С. 153-154.

7 Там же. С. 47.

многие, явлением нашей жизни. Публикации в газетах, телевидение и т.д. – они манипулируют индивидом, но в большинстве случаев не снимают с него ответственности»¹.

Естественно, что в рамках данной статьи мы не только отвлеклись от различных нюансов в позициях авторов, но и, возможно, оставили вне поля рассмотрения и какие-то достаточно важные аспекты исследования проблемы ответственности. Безусловно одно – выделенные «точки напряжения» американского философского дискурса задают достаточно адекватную сетку для понимания проблематики ответственности. Они задевают принципиальные проблемы той или иной концепции ответственности, большинство из которых имеет «хронический» характер. Столкновение различных практик позволит разработать если не средство, в корне решающее какую-то проблему, то, по крайней мере, какое-то новое «обезболивающее», к которому еще нет привыкания.

¹ Long T.R. Moderate Reasons-responsiveness, Moral Responsibility and Manipulation /Freedom and Determinism. – Cambridge, Massachusetts: the MIT Press, 2004. P. 163.

Раздел второй

Вопросы гражданского права и процесса

СОДЕРЖАНИЕ ПРИНЦИПА ДОСТОВЕРНОСТИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ОЦЕНОЧНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Залавская О.М. - преподаватель кафедры гражданского права и процесса

Принципы осуществления оценочной деятельности относятся к институциональным правовым принципам, а их действие ограничено правовыми институтами, регулирующими отношения в связи с осуществлением оценочной деятельности. Анализ законодательства, регулирующего оценочную деятельность, практики его применения позволяют выявить принципы ее осуществления: принцип профессионализма, принцип независимости и принцип достоверности.

Известно, что сама юридическая материя под влиянием принципов выступает как единое и целостное образование¹. Отмеченные принципы образуют систему и в совокупности позволяют создать целостную картину правового явления, определяемого как институт оценочной деятельности.

Принцип достоверности занимает центральное место в системе принципов осуществления оценочной деятельности. В соответствии с данным принципом *итоговая величина рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанной в отчете, рекомендуемой для целей совершения сделки с объектом оценки, признается достоверной, если в порядке, установленным законодательством Российской Федерации, или в судебном порядке не установлено иное.*

Федеральным законом от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»² (далее - Законом об оценочной деятельности) *презюмируется достоверность итоговой величины стоимости, полученной в результате проведения оценки.* Рассмотрение содержания этого принципа представляет, в сущности, *анализ требований надлежащего исполнения оценщиком обязательства по проведению оценки.*

Ценность результатов оценки соотносится с ее достоверностью. Отсутствие нормативного определения понятия достоверности обуславливает актуальность исследования.

Категория «достоверность» исследуется разными науками: философией, социологией, психологией и др. Это обстоятельство указывает на то, что она является общенаучной категорией. Но у каждой науки, в соответствии с ее целями, предметом, методами изучения, сложилось свое представление о

¹ Байниязова З.С. Некоторые вопросы понимания функций правовых принципов // Актуальные проблемы правоведения. 2004. № 1. С. 35.

² 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.

категории «достоверность», поскольку «... смысл слов, которыми пользуются в технике каждой из этих наук, различен»¹; что побуждает для выявления существа общенаучной категории определить возможные значения термина «достоверность» и ограничить его лишь необходимыми значениями.

В психологии достоверность определяется как «свойство знаний о факте», где «факт – объективно существующая реальность»; «достоверными или недостоверными могут быть не факты, а сведения о них»².

Вопрос о достоверности знания является одним из направлений исследований философского учения гносеологии. Освещение проблемы достоверности знаний неразрывно связано с соотношением достоверности с истиной³, под которой принято понимать верное, правильное отражение действительности⁴. В философском смысле оценка базируется на знании, и «оценка чтобы быть истинной, должна иметь в своей основе максимально достоверное познавательное суждение (курсив мой – З.О.) – независимо от того, происходит это в сфере социально-психологической или идеологической, на уровне обыденного сознания или на уровне сознания теоретического»⁵.

Достоверным, безусловно, признается знание, ориентированное на истину. Мы не вправе суждения, полученные в результате оценки, отождествлять с истиной (абсолютной или относительной, объективной или субъективной). Достоверными принято признавать наиболее вероятные суждения.

В философской литературе подчеркивается, что позиция субъекта оказывается непосредственно связанной с системой реального концептуального достоверного (или вероятностного) знания, а не с «чистой» истиной. В понятии истины выражается лишь один тип отношения суждений к реальности, а именно «адекватность суждений той реальности, которая познается; в нем отражается способность суждений (гипотез, теорий) правильно отражать эту реальность»⁶.

В социологической литературе достоверность определяется как надежность собранных данных либо испытаний или оценок; характеризует последовательность; а также является мерой, дающей те же результаты при многократном тестировании одних и тех же индивидов⁷.

В практической деятельности понимание термина «достоверность» нередко связывают с его социологическим значением, а именно со сравнимостью и повторяемостью результата, полученного при проведении оценки, как «достаточную степень точности полученных данных»⁸.

¹ Саватье Р. Теория обязательств. - М., 1972. С. 27.

² Еникеев М.И., Кочетков О.Л. Общая, социальная и юридическая психология: Краткий энциклопедический словарь. - М.: Юрид. лит.-ра, 1997. С. 337.

³ См.: Алексеев В.П., Панин А.В. Теория познания и диалектика: Учебное пособие для вузов. - М.: Высшая школа, 1991. С. 52.

⁴ Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя. Изд. 3-е изд. - М.: Политиздат, 1975. С. 157.

⁵ Алексеев В.П., Панин А.В. Указ. соч. С. 275.

⁶ Там же. С. 278.

⁷ Большой толковый социологический словарь (Collins). Т. 1 (А-О): Пер. с англ. - М.: Вече. АСТ, 2001. С. 194.

⁸ См.: Комментарий к Федеральному закону Российской Федерации «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // Российский оценщик. 2002. № 5. (Цит. по: <http://www.valuer.ru/ocenshik/sv-02-03.htm>)

Однако собственно сравнение результатов, полученных при проведении оценки, соотнесение их с собственными представлениями, побуждает заинтересованных лиц к оспариванию достоверности итоговой величины стоимости объекта оценки. Закон допускает широкий перечень оснований признания итоговой величины рыночной стоимости объекта оценки недостоверной. В судебной практике наиболее распространены случаи, когда оспаривание достоверности итоговой величины мотивировано так называемой «заниженной оценкой». Более того, известны случаи, когда нарушение прав истцом усматривалось в собственном представлении о занижении рыночной стоимости объекта оценки, а в качестве основания оспаривания названо исключительно «занижение стоимости произведенной ответчиком оценки ценных бумаг»¹.

Так, открытое акционерное общество «Фонд «Восток» обратилось в Арбитражный суд Московской области с иском к открытому акционерному обществу «Егорьевский хлопчатобумажный комбинат» об обязанности последнего выкупить 5000 штук обыкновенных акций фонда по цене 86 рублей на общую сумму 430000 рублей. До принятия решения истец увеличил исковые требования, исходя из расчета 400 рублей 73 копейки за акцию на основании отчета ООО «Ориентир» об оценке акций комбината, согласно которому рыночная стоимость по состоянию на 01.07.98 составила 400 рублей 73 копейки.

Суд первой инстанции удовлетворил исковые требования, согласившись с рыночной стоимостью акций, определенной ООО «Ориентир». В апелляционную инстанцию ответчик представил отчет ЗАО «ИНТЭК Консалтинг» об определении рыночной стоимости акций комбината, согласно которому рыночная цена акции по состоянию на 01.07.98 составила 14 рублей 29 копеек.

В соответствии со ст.ст. 75-77 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208–ФЗ «Об акционерных обществах»,² стоимость акций, по которым производится выкуп, определяется акционерным обществом, а не акционерами, требующими выкуп. На этом основании Президиум сделал вывод об отсутствии у апелляционной инстанции оснований для отказа в принятии представленного ответчиком отчета о стоимости его акций и указал на необходимость при новом рассмотрении суду дать оценку представленным сторонами отчетам о стоимости акций и при необходимости назначить экспертизу для определения наиболее объективной и точной рыночной стоимости акций³.

Изложенная позиция Президиума вполне обоснована, и правило соответствует не только логике, но и смыслу законодательства. К аналогичному

¹ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 19 марта 2003 г. Дело № А05-11589/02-565/17 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 1; № 25. Ст. 2956; 1999, № 22. Ст. 2672; 2001. № 33. Ст. 3423; 2002. № 12. Ст. 1093; 2002. № 45. Ст. 4436; 2003. № 9. Ст. 805.

³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 1 февраля 2000 г. № 4980/99// <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

выводу пришел суд и при рассмотрении других дел¹.

Подобные спорные ситуации активно обсуждаются самими оценщиками, и обоснование позиции оценщиков осуществляется как в судах, так и в средствах массовой информации.

К примеру, на страницах журнала Российского общества оценщиков «Вопросы оценки» были высказаны соображения в связи с ситуацией, когда в суд были представлены два отчета, содержащие результаты оценки стоимости акций одного из станкозаводов; стоимость одной акции в одном отчете составила 24 копейки, а в другом – 35 рублей². Речь идет о представлении обеими сторонами отчетов, где установленные итоговые величины рыночной или иной стоимости объекта оценки находятся в явном противоречии.

В соответствии со ст. 8 Закона об оценочной деятельности проведение оценки объектов оценки является обязательным в случае вовлечения в сделку объектов оценки, принадлежащих полностью или частично Российской Федерации, субъектам Российской Федерации либо муниципальным образованиям, в том числе при определении стоимости объектов оценки, принадлежащих Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям, в целях их приватизации.

Арбитражным судом Оренбургской области был рассмотрен спор по иску ООО «Магазин № 55. Ручеек» к Комитету по управлению государственным имуществом г. Оренбурга о понуждении заключения договора купли-продажи нежилого помещения, расположенного по ул. Терешковой, 4, на условиях предложенного истцом проекта договора, который вызвал дискуссию среди профессиональных оценщиков г. Оренбурга.

Решением суда первой инстанции иск удовлетворен, и на комитет возложена обязанность заключить договор купли-продажи нежилого помещения по цене 460000 рублей. Постановлением апелляционной инстанции решение было изменено, цена приобретения установлена в 138600 рублей. В кассационной жалобе Комитет изложил несогласие с постановлением и просил его отменить.

Из материалов дела следует, что ТОО «Ручеек» по договору № 150 от 30.06.93 в процессе приватизации приобрело имущество предприятия и с этого момента на основании п. 4.5 Основных положений государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации после 1 июля 1994 г., утвержденных указом Президента Российской Федерации от 22.07.94 № 1535, получило право на заключение долгосрочного договора аренды занимаемого нежилого помещения или его выкупа. Магазин подал заявку на приобретение занимаемого помещения в собственность, однако Комитет от заключения соответствующего договора уклонился.

Стоимость имущества, указанная как в решении, так и в постановлении, основывается на различных заключениях оценщиков, поскольку в отчетах об

¹ См., например: Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 24 ноября 2003 г. Дело № А48-1356/03-10 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

² Шакин В.А., Гришина Е.Н. Оценка акций для целей судебного производства // Вопросы оценки, 1999. № 4. С. 39; 2001. № 1. С. 74-76.

оценке обосновываются различные итоговые величины.

Суд кассационной инстанции судебные акты признал необоснованными и подлежащими отмене. Основанием такого решения явился вывод суда о том, что ни в одном отчете оценщики не руководствовались Положением о порядке определения рыночной стоимости объектов муниципальной собственности г. Оренбурга, а также тот факт, что сумма оценки во всех отчетах разная¹.

Представляется, что судом должна быть дана оценка двум отчетам. В настоящее время судебная практика выработала некоторые подходы для разрешения подобных спорных вопросов. В этом и аналогичных случаях назначается экспертиза отчетов, но не для определения наиболее объективной и точной рыночной стоимости (перед экспертом не может быть поставлена такая задача, поскольку экспертиза не преследует цель – определение рыночной стоимости), а для проверки соответствия отчетов об оценке требованиям законодательства. Экспертиза отчета об оценке, в соответствии с Методическими рекомендациями по экспертизе отчетов об оценке, утвержденные Правлением РОО 22 марта 2002 г.², представляет собой совокупность мероприятий по проверке соблюдения оценщиком при проведении оценки объекта оценки требований законодательства Российской Федерации об оценочной деятельности и договора об оценке, а также достаточности и достоверности информации, обоснованности сделанных оценщиком допущений, использования или отказа от использования подходов к оценке, безошибочности вычислений и обоснованности результата. Таким образом, эксперт-оценщик определяет обоснованность полученного в экспертируемой работе результата, но не выполняет работу по оценке вновь и не определяет, какова в действительности должна быть величина рыночной стоимости в экспертируемой работе.

Вполне вероятно, что наибольшее количество дел, рассматриваемых судами, приходится на споры о достоверности итоговой величины рыночной или иной стоимости объекта оценки в связи с вынужденной продажей (выкупом) имущества. Это предположение впоследствии нашло подтверждение в результате анализа практики Арбитражного суда Оренбургской области, Федеральных арбитражных судов, а также постановлений Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации, определений коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации.

Множество споров порождают применение Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208–ФЗ «Об акционерных обществах»³ и Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»⁴. На страницах юридических и экономических изданий постоянно поднимаются вопросы о необходимости проведения независимой

¹ Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 30 ноября 1999 г. по делу № Ф09-1575/99ГК // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

² Методические рекомендации по экспертизе отчетов об оценке, утвержденные Правлением Российского общества оценщиков 22 марта 2002 г. (протокол № 46) // <http://www.valuer.ru/files/ds/info/>

³ Сборник законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 1; № 25. Ст. 2956; 1999, № 22. Ст. 2672; 2001. № 33. Ст. 3423; 2002. № 12. Ст. 1093; 2002. № 45. Ст. 4436; 2003. № 9. Ст. 805.

⁴ Сборник законодательства Российской Федерации. 1998. № 7. Ст. 785; 1999. № 1. Ст. 2; 2002. № 12. Ст. 1093; 2003. № 24. Ст. 2249.

оценки и правомерности установления рыночной стоимости акций при их выкупе акционерным обществом¹, совершении обществом крупной сделки², определении стоимости вклада в уставный капитал общества³ и размера доли участника при его выходе из общества или наследовании⁴, а также определения стоимости имущества для его реализации в порядке исполнительного производства⁵.

В частности, на основании ст. 75 Федерального закона «Об акционерных обществах» акционерам – владельцам голосующих акций предоставлено право требовать выкупа обществом всех или части принадлежащих им акций в случаях реорганизации общества, совершения крупной сделки, решение о совершении которой принимается общим собранием акционеров, а также в случае внесения изменений или дополнений в устав либо принятия устава в новой редакции, ограничивающих их права, если они голосовали против принятия решения либо не принимали участия в голосовании по этим вопросам⁶.

Порядок отчуждения принадлежащих Российской Федерации акций в случае возникновения у Российской Федерации права требования их выкупа акционерным обществом утвержден специальным Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 февраля 2003 года № 126⁷.

Согласно п. 3 ст. 75 закона, выкуп акций обществом осуществляется по цене, определенной советом директоров (наблюдательным советом) общества, но не ниже рыночной стоимости, которая должна быть определена независимым оценщиком без учета ее изменения в результате действий общества, повлекших возникновение права требования оценки и выкупа акций (в ред. Федерального закона от 06.04.2004 № 17-ФЗ).

¹ См.: Башкин В. Право на выкуп // Бизнес-адвокат. 2001. № 12.; Овчаренко М. // Бизнес-адвокат. 1998. № 24; Панасик А. Оценка рыночной стоимости ценных бумаг // Бизнес-адвокат. 2001. № 12.

² См.: Кресс В., Тузов Д. Некоторые проблемы применения статьи 168 Гражданского кодекса РФ Арбитражными судами // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. 2001. № 10-11; Эрделевский А. Очень опасные сделки // Бизнес-адвокат. 2001. № 12; Шакин В.А., Гришина Е.Н. Оценка акций для целей судебного производства / Вопросы оценки. 1999. № 4. С. 39; 2001. № 1. С. 74-76.

³ См.: Насыров Ф.З. Переход права собственности на недвижимое имущество при внесении его в уставный капитал нового предприятия // Юрист. 2003. № 3. С.29; Слипченко О.А. К вопросу о необходимости оценки составляющих уставного капитала хозяйственных обществ компетентными лицами // Проблемы теории и юридической практики в России: Материалы междунар. науч.-практ. конф. молодых ученых, специалистов и студентов. 17-18 марта 2004 г. / Отв. ред.: А.Е. Пилецкий. Самара: Изд. СГЭА, 2004. С. 210-213; Стройкина Ю.В. Имущественная обособленность как конструктивный признак коммерческой организации. Автореферат дисс. ... канд. юр. наук. Оренбург, 2002. С. 13.

⁴ См.: Амиров М. Наследование имущественных прав в связи с участием наследодателя в хозяйственных обществах // Законность. 2001. № 5; Петникова О. Практические особенности осуществления права выхода участника из общества с ограниченной ответственностью // Право и экономика. 2000. № 2. С. 2; Файзутдинов И. Применение Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» в судебной практике // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. 2000. № 5.

⁵ См.: Обращение взыскания на имущество должника. Интервью с В. Янковым // Хозяйство и право. 1998. № 6.; Янков В., Редькин И. Обращение взыскания на ценные бумаги // Российская юстиция. 1998. № 9; Медведев М. Долг – это право, которое есть у других // Бизнес-адвокат. 2000. № 4.

⁶ Постановление № 4/8 Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 2 апреля 1997 г. «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 1997. № 6; 1998. № 4.

⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 9. Ст. 865.

Обязательным, в соответствии с п. 3 ст. 77 закона, является привлечение в этом случае для определения рыночной стоимости имущества независимого оценщика¹. В прежней редакции закона оценка, произведенная оценщиком, а также иные условия определения цены акций носили для совета директоров не обязательный, а рекомендательный характер, поскольку рыночная стоимость имущества (акций) в конечном итоге определялась решением совета директоров самостоятельно. Исходя из указанных норм ст. 77, совет директоров в своих выводах не был связан мнением независимого оценщика². Смысл этой нормы вызывал полемику среди юридической общественности³, породил множество судебных тяжб.

Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.2004 № 3-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах», регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании «Кадет Истеблишмент» и запросом Октябрьского районного суда города Пензы»⁴ определен конституционно-правовой смысл указанных положений, являющийся общеобязательным и исключающим любое иное их истолкование в правоприменительной практике. Согласно п. 5.5. этого постановления при определении рыночной стоимости выкупаемых дробных акций следует учитывать нормы Федеральных законов «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» и «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг», предусматривающие предоставление акционерам полной информации о рыночной стоимости акций, а также ответственность лиц, подписавших проспект эмиссии ценных бумаг, и независимого оценщика за ущерб, причиненный инвестору эмитентом вследствие содержащейся в проспекте недостоверной и (или) вводящей в заблуждение инвестора информации.

Отсутствие однозначного понимания рассматриваемых норм приводит к трудностям в правоприменительной сфере, в чем убеждает обращение к материалам судебной практики, а её анализ позволил сформулировать некоторые выводы.

Прежде всего, *перечень случаев, при которых обязательно назначение независимой оценки корректируются толкованием судом рассматриваемых норм*. В частности, поскольку консолидация влечет обязанность общества выкупить дробные акции, привлечение независимого оценщика для определения рыночной стоимости акций при консолидации обязательно⁵.

Мы не разделяем распространенное в литературе мнение о

¹ См., например: Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 24 ноября 2003 г. Дело № А48-1356/03-10// <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>

² См., например: Постановление Федерального Арбитражного суда Московского округа от 8 декабря 2003 г. по делу № КГ-А40/9604-03 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

³ См., например: Башкинскас В. Право на выкуп // Бизнес-адвокат. 2001. № 12.; Панасик А. Оценка рыночной стоимости ценных бумаг // Бизнес-адвокат. 2001. № 12.

⁴ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2004. № 2.

⁵ См: Постановление Федерального Арбитражного суда Северо-Западного округа от 4 июня 2001 г. Дело № А56-736/01// <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

необходимости расширения случаев назначения обязательной оценки для определения рыночной стоимости имущества. Следует избрать прием толкования норм, судебного (как в данном случае) или легального (в самом нормативном акте), определяющих случаи, когда привлечение независимого оценщика обязательно.

Оспаривание цены, по которой совершена сделка, установленная на основании результата независимой оценки, возможно посредством предъявления требования о недостоверности итоговой рыночной или иной величины стоимости объекта оценки. Требования должны быть заявлены оценщику, а не совету директоров, иным лицам¹. Предметом спора является достоверность итоговой величины, определенной оценщиком как специалистом, обладающим специальными познаниями в области оценочной деятельности², следовательно, только оценщик, а не какое-либо иное лицо вправе отстаивать её достоверность.

Однако в случае признания недостоверной итоговой величины рыночной или иной стоимости объекта оценки лицо вправе оспаривать решение совета директоров (иного органа, лица) о совершении сделки, которым определена рыночная стоимость на основании отчета независимого оценщика. Лицо вправе оспаривать решение о совершении сделки также в случаях, когда для установления рыночной или иной стоимости проведение независимой оценки обязательно, а стоимость определена без привлечения независимого оценщика³.

Авторами комментариев к ст.ст. 75 – 77 Федерального закона «Об акционерных обществах» были высказаны критические замечания о возможности осуществления оценки рыночной стоимости в России. Американские специалисты по акционерному праву полагали при этом, что в такой стране, как Россия, нет ни эффективного рынка ценных бумаг, ни квалифицированных профессиональных оценщиков⁴. Представляется суждение, по меньшей мере, спорным. Более того, ситуация за последние годы существенно изменилась.

Определение достоверности содержится в ст. 1 Федерального закона от 7 августа 2001 г. «Об аудиторской деятельности» (в ред. от 14.12.2001 № 164-ФЗ, от 30.12.2001 № 196-ФЗ)⁵. Для целей аудита под достоверностью понимается степень точности данных финансовой (бухгалтерской) отчетности, которая позволяет пользователю этой отчетности на основании ее данных делать правильные выводы о результатах хозяйственной деятельности, финансовом и

¹ См.: Постановление Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25 ноября 2002 г. Дело № Ф04/3718-372/А81-2003// <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

² Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 29 января 2002 г. по делу № Ф09-21/02ГК; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 12 мая 2003 г. Дело № А66-6077-02 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

³ См.: Постановление Федерального Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15 апреля 2002 г. Дело № А52-3405/01-1; См: Постановление Федерального Арбитражного суда Северо-Западного округа от 4 июня 2001 г. Дело № А56-736/01// <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

⁴ Блэк Б., Крекман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона «Об акционерных обществах». Под общей ред. А.С. Тарасовой. - М 1999. С.88.

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 33. Ст. 3422; 2001. № 51. Ст. 4829; 2002. № 1 (ч.1). Ст. 2.

имущественном положении аудируемых лиц и принимать базирующиеся на этих выводах обоснованные решения.

Авторы комментария к Закону об оценочной деятельности предлагают, опираясь на определение достоверности для целей аудита, под достоверностью «установленной величины стоимости понимать как достаточную степень точности полученных данных, позволяющих принимать обоснованные экономические (хозяйственные) решения»¹.

Вместе с тем это понимание критерия, как существенного признака достоверности, не отражает сущности оценочной деятельности и, тем более, содержания ведущего принципа ее осуществления.

Мы исходим из того, что под оценочной деятельностью допустимо понимать общественное отношение, содержание которого определяется взаимоотношениями субъектов оценочной деятельности (оценщиков и потребителей их услуг), направленными на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости.

Оценочная деятельность – это процесс, по своей поведенческой природе – исследование, которое необходимо осуществлять на строго научной и практической основе. Таким образом, принцип достоверности и позволяет выделить критериальные основы этой деятельности.

Подобно сущности экспертной деятельности *принцип достоверности осуществления оценочной деятельности призван обеспечить объективность, всесторонность и полноту исследований*. Согласно ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (в ред. от 30.12.2001 № 196-ФЗ)² эксперт проводит исследования объективно, на строго научной и практической основе, в пределах соответствующей специальности, всесторонне и в полном объеме; заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных.

Критерий объективности предполагает адекватность суждений. Объективное мнение (суждение) оценщика – это результат дискурсивного (от лат. *discursivus* – рассуждение, довод, аргумент) движения, по содержанию представляющее исследование объекта обусловленное целями оценки.

Достоверность и адекватность сведений устанавливается субъектом, а не само по себе. Потому в оценочной деятельности, как в познании, особое значение придается свойствам субъекта.

Прежде всего, это предполагает исключение определенной «тенденциозности» в оценке, что не означает его безразличие к результату оценки. *Поведение оценщика в этом случае определяется требованиями принципа независимости осуществления оценочной деятельности и соблюдением тех запретительных предписаний, которые установлены его содержанием*.

¹ См.: Комментарий к Федеральному закону Российской Федерации «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // Российский оценщик 2002. № 5. (Цит. по: <http://valuer.ru/ocenshik/sv-02-03.htm>).

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 23. Ст. 2291; 2002. № 1 (часть I). Ст. 2.

Препятствием объективности могут быть субъективные проявления в виде заблуждения или лжи, дезинформации. Под ложью обычно понимается преднамеренное возведение заведомо неправильных представлений в истину¹, тогда как «дезинформация – передача (объективно) ложного знания как истинного или (объективно) истинного знания как ложного»². Заблуждение в самом общем, философском, смысле представляет собой теорико-познавательное явление, «непреднамеренное несоответствие суждений или понятий объекту»³. Однако «если верно, что заблуждение порождается субъективностью, то ... отделение истины от заблуждений может быть достигнуто и достигается субъективностью же, еще большей активностью субъекта»⁴. Для чего необходимо подчеркнуть, что для установления достоверности и адекватности оцениваемого материала субъект «должен быть достаточно компетентным как в области практики, так и соответствующей теории»⁵.

Существенным, согласно теории познания, является отбор практического материала для последующей интерпретации. Этот материал должен как по своему объему, так и качеству максимально соответствовать характеру поставленных целей (курсив – З.О.). Только при условии, что субъектом отобран действительно оптимальный вариант практического интерпретируемого материала, на основе которого и будет вынесено решение о соответствующих познавательных результатах, может быть обеспечен успех в целом⁶.

Таким образом, собственно компетентность субъекта, определяемая содержанием принципа профессионализма осуществления оценочной деятельности, в сочетании с принципом независимости оценщика, способна обеспечить объективность, всесторонность и полноту исследований, а в целом достоверность результата оценки.

Соблюдение принципа профессионализма осуществления оценочной деятельности позволяет оценщику квалифицированно проводить сбор и обработку всей информации, необходимой для объективной оценки. Ст. 14 Закона об оценочной деятельности оценщику предоставлено право требовать от заказчика при проведении обязательной оценки объекта оценки обеспечения доступа в полном объеме к документации, необходимой для осуществления этой оценки; получать разъяснения и дополнительные сведения, необходимые для осуществления данной оценки; запрашивать в письменной или устной форме у третьих лиц информацию, необходимую для проведения оценки объекта оценки, за исключением информации, являющейся государственной или коммерческой тайной; в случае, если отказ в предоставлении указанной информации существенным образом влияет на достоверность оценки объекта

¹ См.: Алексеев В.П., Панин А.В. Указ. соч. С. 47.

² Свинцов В.И. Заблуждение, ложь, дезинформация (соотношение понятий) // Философские науки. 1982. №1. С. 83.

³ Алексеев В.П., Панин А.В. Указ. соч. С. 48.

⁴ Там же. С. 63.

⁵ Вильчинский В.Я. Указ. соч. С. 189.

⁶ См.: Вильчинский В.Я. Указ. соч. С. 190-192.

оценки, оценщик указывает это в отчете. Оценщик вправе отказаться от проведения оценки объекта оценки в случаях, если заказчик не обеспечил предоставление необходимой информации об объекте оценки.

Сужение круга информации ведет к нарушению полноты и всесторонности исследования. Судебной практике известно множество споров о признании недостоверными величины рыночной стоимости в виду не соблюдения критерия полноты и всесторонности исследования.

Так, итоговые величины рыночной и ликвидационной стоимости объекта, содержащейся в отчете, по мнению суда, не могут быть признаны достоверными и рекомендуемые для целей совершения сделки с данным объектом, поскольку отчет ответчика составлен без использования проектно-сметной документации и производства замера, то есть без учета технических данных оцениваемого объект. Судебная коллегия, в своих выводах исходит из того, что при таких обстоятельствах указание в отчете об использовании проектно-сметной документации противоречит статье 11 Закона о том, что отчет не должен вводить в заблуждение¹.

Позиция суда представляется обоснованной, поскольку *отсутствие информации об объекте оценки, необходимой для его идентификации, не дает объективного (полного и всестороннего) представления о нем, допускает неоднозначное толкование, способно ввести в заблуждение.*

В другом случае суд указал на соблюдение оценщиком рассматриваемого требования и отказал в иске. При оспаривании достоверности итоговой величины стоимости объекта оценки истец ссылался на отсутствие проектно-технических и правоустанавливающих документов при проведении оценки. Однако в судебном заседании было установлено, что точное описание объекта оценки указано в соответствии с техническим паспортом и планом землепользования².

В выводах о недостоверности установленной величины суд при рассмотрении одного из дел исходил из отсутствия конкретности в описании качественных характеристик объекта, неконкретности и неточности в определении стоимости ремонтных работ автомобиля³, что, по сути, представляет также указание на несоблюдение рассматриваемых требований.

С точки зрения современной гносеологии заблуждение, степень объективности знаний зависит от степени активности субъекта⁴. Вместе с тем, возможны случаи, когда в течение длительного времени невозможно получение какой-либо информации, и в таком случае не всегда объективно возможна полнота и всесторонность проведения оценки. В таких ситуациях необходимым требованием для установление итоговой величины объекта оценки является определение всех предположений и ограничений, которые могут оказать

¹ Постановление Федерального Арбитражного суда Поволжского округа от 11 января 2000 г. по делу № А12-4768/99-с24 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

² См.: Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 23 марта 2004 г. Дело № А33-11800/03-С2-Ф02-1591/04-С2 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

³ Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 28 апреля 2003 г. Дело № А54-25426/02 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

⁴ См.: Алексеев В.П., Панин А.В. Указ. соч. С. 276.

влияние на анализ, мнение и выводы профессионального оценщика.

В частности, может быть отражено, что при проведении оценки предполагалось отсутствие каких-либо скрытых факторов, влияющих на стоимость имущества, и на оценщике не лежит ответственность по обнаружению подобных факторов¹. Договором могут быть согласованы пределы ограничений. Например, договором об оценке имущества, находящегося в федеральной собственности на исполнителя заказчиком возложена обязанность предпринимать необходимые действия с целью проверки достоверности и полноты сведений, содержащихся в любых документах, имеющих отношение к договору².

Если на первом этапе осуществляется объективный (всесторонний и полный) отбор интерпретируемого материала, то следующим этапом выступает его обработка, собственно объективная интерпретация или анализ (всесторонний и полный).

Как известно, в соответствии с Международными стандартами оценки, Стандартами оценки, обязательными к применению субъектами оценочной деятельности, Стандартами Российского общества оценщиков в процессе оценки используются три подхода к оценке (затратный, доходный, рыночный). Под каждым из подходов понимается совокупность методов, тогда как метод оценки представляет собой способ расчета стоимости объекта в рамках одного из подходов к оценке. Существует мнение о необходимости использования каждого из них, чтобы правильно выбрать и обосновать целесообразность применения одного, двух или возможно трех подходов при оценке имущества³.

Для постановки проблемы и понимания её сущности необходимо сделать несколько предварительных замечаний. Метод оценки, согласно п. 6 Стандартов оценки, способ расчета стоимости объекта оценки в рамках одного из подходов к оценке. Каждый подход позволяет подчеркнуть определенные характеристики объекта.

Так, при оценке с позиции *доходного подхода* во главу угла ставится доход как основной фактор, определяющий величину стоимости объекта. Чем больше доход, приносимый объектом оценки, тем больше величина его рыночной стоимости при прочих равных условиях. Действительно, при оценке объектов недвижимости, представляющие собой сдаваемые в аренду складские помещения, самыми убедительными будут результаты применения доходного метода.

Известные условия применения этого подхода были уже определены

¹ Отчет 2001/4 об определении стоимости арестованного имущества, принадлежащего МППУ/ВНХ // Архив ООО «Салон недвижимости», 2001.

² Примерным договором на оценку недвижимого имущества, находящегося в федеральной собственности, утвержденный Распоряжением министерства имущественных отношений РФ от 23.06.2000 № 112-р «Об оценке недвижимого имущества, находящегося в федеральной собственности» - п. 2.2.2.; Договоре на оценку недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности от 21.09.00 № 27-06/71 между Комитетом по управлению государственным имуществом Оренбургской области, наделенный полномочиями территориального органа Мингосимущества России, ЗАО Группа «Топливная Финансовая компания», ООО «Нефть-Жилинвест». - П. 2.2.2. (Архив ООО «Нефть-Жилинвест». 2000 г.)

³ Шакин В.А. Комментарий к статье Г.Г. Азгальдова «Проблема согласования оценок и ее возможное решение» // Вопросы оценки. 1999. № 4. С. 39.

Законом от 8 июня 1893 года, утвердившим Правила оценки недвижимых имуществ для обложения земскими сборами и об отпуске земским учреждениям пособия от казны на оценочные работы¹. Правила различали методики исчисления доходности сельских и городских построек, сдаваемых и не сдаваемых в наём. Положением о взысканиях гражданских (статья 156)², к примеру, «при оценке строений каменных, не пришедших еще в ветхость, среднее количество дохода умножалось в восемь раз и сия сумма признавалась ценою имущества».

Затратный подход наиболее применим для оценки объектов специального назначения, а также нового строительства, для определения варианта наилучшего и наиболее эффективного использования земли, в целях страхования. Применение затратного подхода при оценке строений зачастую требует специального базового образования и опыт работы, связанный со строительством. В литературе вполне оправданно высказывается негативная реакция на игнорирование затратного подхода к оценке недвижимости. Отказ от применения затратного метода зачастую мотивируется тем, что фактические затраты не отражают рыночной стоимости объекта. Выводы, действительно, не правомерны, ибо для того и применяются в расчетах три подхода чтобы различными методами подтвердить обоснованность рассчитанной рыночной стоимости объекта недвижимости³. При переоценке основных средств всегда применяется только затратный подход.

Сравнительный подход (подход сравнительного анализа продаж) особенно эффективен в случае существования активного рынка сопоставимых объектов. Точность оценки зависит от качества собранных данных, так как, применяя данный подход, оценщик должен собрать достоверную информацию о недавних продажах сопоставимых объектов. Эти данные включают: физические характеристики, время продажи, местоположение, условия продажи и финансирование. Действенность такого подхода снижается, если сделок было небольшое количество, моменты их совершения и оценки разделяет продолжительный период, если рынок находился в аномальном состоянии, так как быстрые изменения на рынке приводят к искажениям показателей.

Однако заказчику на выбор не может быть представлено несколько вариантов величин. В то же время важно *итоговую величину стоимости объекта оценки, принятую по итогам согласования, необходимо обосновать.*

В соответствии со ст. 14 Закона об оценочной деятельности оценщик вправе применять самостоятельно методы проведения оценки объекта оценки в соответствии со стандартами оценки.

Известны случаи оспаривания достоверности величины рыночной стоимости, связанные с рассмотрением правомерности применения методов оценки, или отказа от их применения. Результаты анализа судебной практики,

¹ Полное Собрание Законов Российской Империи. Собрание третье. Т. XIII. № 9744. СПб., 1893.

² Свод Законов Российской Империи. Т. XVI. Ч. I. СПб., 1903. С.463.

³ Чернова Г.Н. О применении затратного подхода к оценке недвижимости // Московский оценщик. 1999. № 1 - июль. С. 11-15.

позволяют прийти к выводу, что суды отказывают в иске по рассматриваемому основанию, в связи с чем, *необоснованными признаются доводы о необходимости применения какого-либо из подходов*¹. Однако необходимым условием является собственно обоснование применения и отказа от применения каждого метода. *Несоблюдение требования о необходимости обоснования применения и отказа от применения каждого метода влечет признание недостоверной и не подлежащей применению спорной величины стоимости объекта оценки*. Итоги анализа свидетельствуют о сложившейся определенности в понимании и применении рассматриваемой нормы².

В целом все три подхода взаимосвязаны. Однако *каждый из подходов предполагает использование различных видов информации, что ведет к различным величинам стоимости*.

Подвергнутое анализу правило и сложившаяся определенность в его понимании, тем не менее, не снижает актуальности проблематики определения итоговой величины, поскольку *не определены пределы осуществления права применять самостоятельно методы проведения оценки*. Как согласовать (сопоставить, объединить, свернуть) три оценки, полученные этими тремя подходами, в единую оценку, которую оценщик должен представить заказчику? Но проблема согласования оценок возникает не только в связи с применением трех основных подходов к оценке. В тех случаях, когда применяется только один какой-то подход (например, доходный), в рамках этого подхода обычно можно применить их несколько разновидностей. И возникает проблема, как согласовать, свести вместе оценки, полученные с помощью нескольких разновидностей одного и того же подхода?³

В специальной литературе присутствуют рекомендации по поводу использования способов и приемов согласования оценок. Так в одних работах, предлагается полученные на основе трех подходов показатели оценить с помощью метода причинно-следственного анализа⁴. В других предлагается определить стоимость одним методом, затем проверить ее другим способом⁵. Рекомендаций огромное множество. Однако в настоящее время в практической деятельности оценщики исходят из собственно математических приемов. Суть их состоит в том, что исполнителем определяется весомость (надежность) каждой полученной расчетной величины посредством весовых коэффициентов, а для их выведения применяются определенные алгоритмы⁶.

Вызывают сомнения надежность этих самых коэффициентов. Встречены в литературе иные модели разрешения проблемы. Общность их сводится к

¹ См.: Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 17 сентября 2003 г. по делу № Ф09-2575/03ГК; Постановление Федерального Арбитражного суда Поволжского округа от 7 октября 2003г. № А72-3229/03-И147; Постановление Федерального Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27 апреля 2004 г. № А43-14929/2003-13-493// <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

² См.: Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 3 октября 2003 г. Дело № А33-1550/03-С2-Ф02-3213/03-С2; Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 23 марта 2004 г. Дело № А33-11800/03-С2-Ф02-1591/04-С2 // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>.

³ Азгальдов Г.Г. Проблема согласования оценок и ее возможное решение // Вопросы оценки. 1999. № 4. С.32.

⁴ См.: Харрисон Г.С. Оценка недвижимости. - М., 1994. С.22.

⁵ См.: Сивкова Л.А. Недвижимость: маркетинг, оценка. - М., 1998. С.52.

⁶ Азгальдов Г.Г. Указ. раб. С. 35-37.

тому, что для количественной оценки определения итоговой величины стоимости оценщику предлагается исходить из математического понятия вероятности.

В конкретных науках было развито несколько понятий вероятности: классическое, частотное, логическое, математическое и т.д.¹ На базе частнонаучных представлений о вероятности сформулировано философское понятие вероятности, и «вероятность характеризует те пределы, в которых существует возможность»².

Однако мы полагаем, что юридическая наука не может претендовать на нормативное определение процессов оценивания или теоретическое определение вероятности исполнения обязательства. Цель юридической науки в определении содержания принципа достоверности осуществления оценочной деятельности должна состоять в установлении правовых дефиниций категорий, используемых в оценочной деятельности, правовых оснований использования того или иного вида стоимости, а так же обязанностей использования определенных видов информации, из которых исходит оценщик при выборе итоговой величины стоимости объекта оценки.

Существование полемики по поводу выбора «убедительной» и единственно возможной величины обусловлено отсутствием определенных правовых критериев для ее определения.

Основания использования методов сегодня в оценочной деятельности преимущественно находят свое отражение в моральных нормах, потому их применение носит рекомендательный характер. Вместе с тем известны случаи, когда методы, «пределы свободы», установлены правовыми нормами. В частности, на использование метода чистых активов указывается в Законе об акционерных обществах (статья 77).

Порядок применения этой статьи прежде был регламентирован совместным Приказом Министерства финансов РФ № 71 и Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг № 149 от 05.08.96 г. «О порядке оценки стоимости чистых активов акционерных обществ»³, а в настоящее время определен совместным Приказом Министерства финансов РФ № 10н и Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг № 03-6/пз от 29.01.2003 «Об утверждении порядка оценки стоимости чистых активов акционерных обществ» (зарегистрировано в Минюсте РФ 12.03.2003 № 4252)⁴. Указанный Порядок применяется для исчисления стоимости чистых активов обществ с ограниченной ответственностью.

В настоящее время порядок определения стоимости чистых активов страховых организаций, созданных в форме акционерных обществ, утвержден приказом Минфина РФ № 83н, ФКЦБ РФ № 03-158/пз от 12.09.2003 «Об утверждении порядка оценки стоимости чистых активов страховых организаций, созданных в форме акционерных обществ» (зарегистрировано в

¹ См.: Философия: Учеб. для вузов / Под ред. П.В. Алексеева, А.В. Панина. М: Проспект, 2000. С. 438.

² Там же.

³ Экономика и жизнь. 1996. № 40.

⁴ Российская газета. № 51, 19.03.2003.

Минюсте РФ 03.10.2003 № 5146)¹, ранее для этих целей применялись правила Приказа от 24.12.96 г. Министерства финансов РФ № 108 и Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг № 235².

Актуализируется проблема в случае прекращения участия в хозяйственном обществе (товариществе) или кооперативе. Так, в июле 1998 г. У. вышел из состава учредителей общества, получив при этом стоимость причитающейся ему доли в размере 23,6 тыс. рублей (согласно балансовой стоимости имущества). Расчет доли произведен на основе переоценки основных фондов, осуществленной путем индексации балансовой стоимости объектов. Однако У., полагая, что эта сумма не отражает реальной стоимости и должна исчисляться по рыночной цене, обратился суд с иском о взыскании задолженности в сумме 29,2 тыс. рублей.

В иске было отказано, поскольку суд не усмотрел в этом нарушения законодательства, так как в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации «О переоценке основных фондов в 1997 году» организации вправе осуществлять данную переоценку двумя методами: либо «индексным» (что и было сделано), либо «методом прямой оценки», то есть прямым пересчетом стоимости отдельных объектов основных фондов по документально подтвержденным рыночным ценам на них, сложившимся на начало 1997 года. Требования же истца о взыскании своей доли в соответствии с рыночными ценами на имущество товарищества суд счел не правомерным, стоимость доли У. в соответствии с законом была также определена по балансу, составленному на момент его выбытия³.

С подобной квалификацией отношений вряд ли можно согласиться по следующим основаниям.

Прежде всего, стандартизированный термин «оценка имущества» означает определение стоимости имущества в соответствии с поставленной целью, процедурой оценки и требованиями этики оценщика⁴. Как следует из определения, первостепенное значение для определения стоимости имущества имеет поставленная цель, иначе – назначение оценки. Суд не принимает во внимание этот критерий и ошибочно поддерживает позицию ответчика, отождествляя различные цели проведения оценки: отражение в отчетности и определение доли имущественных прав. Вступительные рекомендации Международных стандартов оценки, разработанные Международным комитетом по стандартам оценки имущества (МКСОИ)⁵ в п. 8.7. убеждают в необходимости их различного понимания.

Принятый в бухгалтерском учете метод определения стоимости на основе затрат на приобретение учитывает только те первоначальные затраты и амортизационные начисления, которые соответствуют Закону об обществах с ограниченной ответственностью. Регламентируя порядок выхода участника из общества, законом определяется «действительная стоимость», и,

¹ Российская газета. № 206, 14.10.2003.

² Финансовая газета. 1997. № 6.

³ «Что мы имеем на выходе?» // Обозрение. Судебные новости. 1999. № 3 (7). С. 51.

⁴ ГОСТ РФ 51195.0.02-98 – П. 2.2.

⁵ Документ опубликован не был.

«действительная стоимость его доли определяется на основании данных бухгалтерской отчетности общества за год» (п. 2 ст. 26).

О выплате стоимости части имущества, соответствующей его доле в уставном капитале, общества говорится и в ст. 94 Гражданского кодекса Российской Федерации. В ст. 7 Федерального закона от 8 июня 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах» (в ред. от 14.05.2001 № 53-ФЗ, от 21.03.2002 № 31-ФЗ)¹ указывается на необходимость выплаты наследникам стоимости пая умершего члена наряду с выплатой причитающейся ему заработной платы, премии и доплат.

В литературе все более активно поднимается вопрос об определении размера этой самой искомой «действительной стоимости»².

В Законе об оценочной деятельности содержится легальное толкование понятия «рыночная цена». В качестве его синонимов используются термины «действительная стоимость», «разумная стоимость», «реальная стоимость», «эквивалентная стоимость» и т.д.

Судебной практике известны споры о различном понимании этих видов стоимости и условий выбора соответствующего способа ее исчисления. В частности, Людиновским городским судом Калужской области, а в последствии и с судебной коллегией по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации было рассмотрено дело по иску вышедшего участника к ТОО в связи с неправильно рассчитанной суммой, подлежащей выплате³.

Исходя из ст. 26 Закона об обществах с ограниченной ответственностью при определении размера «действительной стоимости» следует руководствоваться данными бухгалтерской отчетности, то есть методом чистых активов. В соответствии с Приказом Минфина Российской Федерации от 12.11.96. № 97 при исчислении стоимости чистых активов все организации, кроме бюджетных учреждений, страховых организаций и банков, руководствуются Порядком оценки стоимости чистых активов акционерных обществ.

Отмечая, что подобная информация обычно присутствует в правовых актах по бухгалтерскому учету и налогам, по мнению М.А. Ковалевского, «гражданское право вообще обходит вопрос о правовой природе и порядке исчисления таких крайне важных понятий как активы, прибыль, уставный капитал. Либо присутствующей в нормах гражданского права такой информации явно недостаточно для использования их в правовой практике»⁴.

Однако в связи с этим явствует и другая проблема, которая

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 20. Ст. 2321; 2001. № 21. Ст. 2062; 2002. № 12. Ст. 1093.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «Об обществах с ограниченной ответственностью» (постатейный) / Рук. авт. колл. и отв. Ред. Залесский В.В. - М., 1998; Комментарий к Федеральному закону «Об обществах с ограниченной ответственностью» / Под ред. Тихомирова М.Ю. - М., 1998; Могилевский С.Д. Общество с ограниченной ответственностью. - М.: Дело, 1999; Егизаров В.А. О порядке расчета и выплаты стоимости доли при выходе участника из общества // Право и экономика. 1999. № 2.

³ Определение Судебной коллегии Верховного суда Российской Федерации от 14 июля 1997 // Бюллетень Верховного суда Российской Федерации. № 12. С. 3.

⁴ Ковалевский М.А. Природа уставного капитала акционерного общества. - М.: Изд. Дом. «Страховое Ревю», 1997. С. 49.

обнаруживается в практической деятельности и поднимается на страницах юридических изданий. Она заключается в том, что так называемая действительная стоимость, или балансовая стоимость, в идеале должна совпадать с рыночной стоимостью, а практически, как правило, сильно отличаются друг от друга¹.

С технико-юридической точки зрения, представляются возможными две модели разрешения рассматриваемой проблематики.

Первая модель предполагает *определение общегражданскими правовыми нормами необходимых предписаний об оценке*. Этот прием применяется в законодательной практике зарубежных стран.

Для отражения его преимуществ показательны нормы права Германии, где предписания об оценке имущественных объектов включены в текст Германского торгового уложения и составляют самостоятельную главу: Книга третья «Торговые книги». Первый раздел «Предписания для всех коммерсантов». Предписания представлены в виде общих принципов оценки, отклоняться от которых разрешается в исключительных случаях. Они призваны способствовать установлению так называемой «прозрачности финансовой отчетности», и позволяют снять явные различия между «действительной» и «балансовой» стоимостью имущества юридического лица².

Данная модель допускает отражение в специальных нормах, определяющих правовой режим отдельных хозяйствующих субъектов, порядок применения общегражданских предписаний об оценке, последствия их несоблюдения. В частности, германским Акционерным законом от 6 сентября 1965 года предусмотрены основания ничтожности годового отчета вследствие нарушения предписаний об оценке и тем самым имущественное положение и уровень доходов общества отражены преднамеренно неправильно или скрыты. Таковыми основаниями являются случаи, если оценка статей завышена (активы указаны по более высокой стоимости, пассивы – по более низкой), и случаи, если оценка статей занижена (активы указаны по более низкой стоимости, а пассивы – по более высокой), чем допустимо соответствующими параграфами Торгового уложения³.

Для второй модели характерно, во-первых, *отсутствие общегражданских предписаний об оценке в виде общих принципов*, во-вторых, *определение обязательных предписаний об оценке не в законодательных нормах, а в подзаконных актах*.

Отчасти предписания об оценке сформулированы в Приказах Министерства финансов РФ и Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг № 10н / 03-6/пз от 29.01.2003 «Об утверждении порядка оценки стоимости чистых активов акционерных обществ»⁴ и № 83н / 03-158/пз от

¹ См., например: Корчевская Л.И. Объект наследственного преемства в условиях экономических преобразований. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. МГУ, 1997. С. 158 – 163; Петникова О. Практические особенности осуществления права выхода участника из общества с ограниченной ответственностью // Право и экономика. 2000. № 2. С. 12.

² Торговое уложение от 10 мая 1897 г. с последующими изменениями / Гражданское и торговое право Германии. Т. 3. - М., 1996. С. 68-70.

³ Там же. С. 260-264.

⁴ Российская газета. № 51, 19.03.2003.

12.09.2003 «Об утверждении порядка оценки стоимости чистых активов страховых организаций, созданных в форме акционерных обществ»¹.

Однако данная модель допускает множество актов, которые предполагают систематизации. Кроме того, рассмотренным технико-юридическим приемом невозможно отразить целостный механизм правового регулирования в отношении предписаний об оценке. Приказ №71/149 от 05.08.96 г. «О порядке оценки стоимости чистых активов акционерных обществ»² и Приказ от 24.12.96 г. Министерства финансов РФ № 108 и Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг № 235³ и прежде отражали некоторые элементы этого механизма, однако их существование не снижало актуальности проблемы.

Таким образом, первая модель представляется более обоснованной. *Предлагается формирование общего механизма в отношении предписаний об оценке, что с технико-юридической точки зрения обеспечивается определением общегражданских норм (предписаний об оценке) в виде общих принципов.* В дополнение к общегражданским нормам необходимо сформулировать специальные законодательные нормы, в которых детализируется порядок применения общегражданских предписаний об оценке, последствия их несоблюдения.

Срочность достоверности итоговой величины стоимости объекта оценки. Поскольку мы исходим из того, что в концепции достоверного знания отражается адекватность суждений к реальности, которая познается, мы так же признаем присущую реальности способность изменяться. Следовательно, достоверными суждения (знания) могут быть в определенный *период времени*.

Достоверность итоговой величины стоимости объекта оценки, как и собственно, категория рыночная стоимость – явление не постоянное. Таким образом, мы отмечаем *срочность* достоверности итоговой величины стоимости объекта оценки.

Этот временной отрезок установлен п. 20 Стандартов оценки, согласно которому итоговая величина стоимости объекта оценки, указанная в отчете об оценке, может быть признана рекомендуемой для целей совершения сделки с объектом оценки, если с даты составления отчета об оценке до даты совершения сделки с объектом оценки или даты представления публичной оферты прошло *не более 6 месяцев*.

Величина срока, несомненно, условна. Предполагается, что она определяет временной период динамических экономических процессов. Это условное состояние относительной статичности определено на основании данных экономической науки.

Отчет об оценке. Надлежащим исполнением оценщиком своих обязанностей, возложенных на него договором, в соответствии ст. 11 Закона об оценочной деятельности являются своевременное составление в письменной форме и передача заказчику отчета об оценке объекта оценки.

¹ Российская газета. № 206, 14.10.2003.

² Экономика и жизнь. 1996. № 40.

³ Финансовая газета. 1997. № 6.

Стандартами оценки отчет об оценке определен как документ, содержащий сведения доказательственного значения. Отчет об оценке имущества, прежде всего, представляет документ, содержащий обоснованное мнение оценщика о стоимости имущества¹. Это понятие отчета об оценке в узком смысле.

Заказчиком могут быть рекомендованы формы отчетов, как, например, отчеты об оценке имущества паевых инвестиционных фондов, для которых установлена типовая структура отчета².

В связи с этим представляется спорной позиция о «неправомерном утверждении об отсутствии письменного заключения эксперта, поскольку в актах ареста имущества указаны результаты предварительной (ориентировочной) оценки имущества, они подписаны специалистом и являются письменными доказательствами; кроме того, имелись справки специалиста по оценке транспортных средств»³. Подобное понимание надлежащего исполнения оценщиком своих обязанностей вызывает возражения. Позиция суда противоречит положениям ст. 11, согласно смыслу которой, отчет об оценке представляет собой формализованный документ с определенными реквизитами.

В отчете исполнителем указываются его имя (для юридического лица - наименование), юридический адрес. Так же должны содержаться в отчете сведения, подтверждающие право оценщика на оказание этого вида услуг, то есть информация о наличии лицензии на осуществление оценочной деятельности, включающей, собственно, данный вид услуг. Указывается порядковый номер и дата выдачи этой лицензии, орган, ее выдавший, а так же срок, на который данная лицензия выдана. Также отражаются сведения о работнике (работниках), фактически проводивших оценку, данные о его (их) квалификации с приложением копий соответствующих документов об образовании.

Таким образом, понятие отчета об оценке в *широком смысле* обнимает все существенные признаки этого понятия, согласно которому отчет об оценке – формальный документ, подготовленный в соответствии требованиями осуществления оценочной деятельности по результатам проведения объективного, на строго научной и практической основе, всесторонне и полном объеме, исследования объекта оценки, и содержащий в установленной форме обоснованное мнение оценщика о рыночной или иной стоимости объекта оценки, определенной в денежном выражении.

Таким образом, принцип достоверности осуществления оценочной деятельности представляет комплекс требований не только к содержанию (критериальные основы достоверности), но к форме, отражающей и

¹ ГОСТ Р 51195.0.02-98. Приняты и введены в действие Постановлением Государственного стандарта Российской Федерации от 18.08.98 № 328. - П. 7.

² Методические рекомендации по оценке имущества паевых инвестиционных фондов, утверждены соответствующим распоряжением Федеральной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку при Правительстве Российской Федерации от 25.09.96 № 6-р (Не опубликовано. Справочная система КносултантПлюс:ВерсияПроф).

³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 27 февраля 2001 г. №. 8504/99 // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 2001. № 7.

фиксирующей итоги оценочной деятельности.

Принцип достоверности в результате интегративности существует и функционирует во взаимодействии другими принципами осуществления оценочной деятельности. Нарушение принципа профессионализма или принципа независимости осуществления оценочной деятельности в результате приводит к оспоримости в целом достоверности итоговой величины стоимости, полученной в результате проведения оценки.

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ ДОГОВОР КАК ЮРИДИЧЕСКОЕ ВЫРАЖЕНИЕ КО-ОНКУРЕНЦИИ

*Ковалев М.В. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса,
К.Ю.Н.*

В ходе заключения и исполнения договора возникают «издержки сбора и обработки информации, издержки проведения переговоров и принятия решения, издержки контроля и юридической защиты выполнения контракта»¹.

Совершенно незначительные в составе общих затрат на потребление семьи, эти издержки при осуществлении предпринимательской деятельности могут занимать до двадцати процентов дохода. Наглядной иллюстрацией сказанному служат показатели работы крупнейшей американской компании «АТ&Т». Получив в 1994 г. доходы на сумму около 70 миллиардов долларов, она, вместе с тем, потеряла в виде издержек рыночных транзакций более 1 миллиарда долларов².

Стремясь к сокращению расходов на транзакционные издержки, предприниматели объединяют различные производственные процессы под единым управленческим началом, например, создают организации, которые изготавливают мебель и металлические пружины для кроватей, комбинируют добычу нефти с нефтепереработкой и торговлей³. Тогда, в отсутствие закупок соответствующей продукции, исчезают и издержки, сопутствующие им.

Но, избавившись от проблемы издержек на заключение и исполнение договоров, фирмы сталкиваются с проблемой внутриорганизационных издержек. Образование из множества мелких производств одного крупного с иерархией управленческих структур неминуемо влечет за собой расходы информационного и бюрократического порядка. Впечатляющий пример последних дает обычный процесс закупок товаров в крупной компании. Согласно Дж. Кавинато в ней «секретарь или механик, как правило, собирает три или четыре подписи на бланк заказа и доставляет его в отдел снабжения. К тому времени как будет доставлен вентиль или факс... закупка поднимет бурю бумаг у поставщика, отдела приемок и кредиторов, выписывающих чек. В

1 Коуз Р. Фирма, рынок, право. - М.: «Дело ЛТД» при участии изд-ва «Catallaxy», 1993. С. 9.

2 Tully Sh. Purchasing's new muscle // Fortune, 1995, № 3. P. 45.

3 Флоренс С. Структура промышленности и управление предприятиями Британии и США. - М.: Издательство иностранной литературы, 1958. С. 211 и сл.

большинстве компаний накладные расходы на покупку двадцатидолларового гаечного ключа составляют не менее четырех тысяч долларов»¹.

Выход из создавшейся дилеммы видится в новой практике ведения предпринимательской деятельности. В деловом сообществе все чаще приходят к осознанию того, что бизнес представляет собой смешение кооперации и конкуренции. Названное как ко-онкуренция², это новое явление выражается в следующих основных чертах.

В ходе заключения и исполнения предпринимательского договора стороны начинают все более основываться на долгосрочных отношениях. Характерной чертой при этом является забота каждой стороны не только о своих собственных интересах, но и об интересах своего контрагента. Это можно было наблюдать, например, в отношениях между производителем аэрокосмической электроники «AlliedSignal» и алюминиевым предприятием «Ваја Ориенте оф Еscanада». В условиях резкого скачка цен на сырье только увеличение заказов со стороны «AlliedSignal» позволило «Ваја» существенно уменьшить убытки от неблагоприятных изменений ситуации на рынке³. Та же практика присутствует в деятельности торгово-промышленной группы «Wimm Bill Dann». По словам ее президента, «мы всегда считали, что нужно покупать абсолютно все молоко, которое нам предлагают. Мы, например, летом закупаем по 5 тыс. тонн молока в сутки, хотя нам столько не нужно(!). Просто мы считаем, что, если мы не купим молоко, хозяйство... будет испытывать финансовые проблемы»⁴.

В результате развития отношений сотрудничества создаются предпосылки для достижения большей экономии и (или) максимизации прибыли. По свидетельству Ф. Котлера, сотрудничество предпринимателей «обычно приносит всем больше прибылей, чем каждый из них мог бы заработать по отдельности. Благодаря сотрудничеству они получают возможность острее почувствовать, лучше обслуживать и полнее удовлетворить целевой рынок»⁵. Однако это только одна «сторона медали». У нее есть и другая. Предприниматели сохраняют полную юридическую независимость друг от друга и конкурируют между собой по вопросу о распределении прибыли.

В условиях перехода Российской Федерации к рыночной экономике ко-онкуренция приобретает особое значение. При низком уровне культуры договорных отношений и высоком уровне административных барьеров она становится «формой выживания с преодолением очень серьезных препятствий внешней среды»⁶. С этим связывается появление интегрированных бизнес-

1 Tully Sh. Op. cit. P. 46.

2 Этот неологизм был образован основателем компании «Novell» Р. Нурдой в результате объединения двух слов - «кооперация» и «конкуренция» (См.: Nalebuff В. J., Brandenburger А. М. Co-opetition. - L.: HarperCollinsPublishers, 1996. P. 4).

3 Tully Sh. Op. cit. P. 49.

4 См.: Сельское хозяйство должно развиваться // Коммерсантъ-Daily, 2000, 4 февраля. С. 8.

5 Котлер Ф. Основы маркетинга. - С-Пб.: АО «Коруна»; АОЗТ «Литера плюс», 1994. С. 372.

6 Ярыгина Т. Правила игры в переходный период: кто и как может их установить? // Сборник статей и выступлений по материалам семинара «Роль моральных ценностей в российско-германских экономических отношениях» (Вайнгартен, 21–23 января 1998 г.) - М.: Эпицентр, 1999. С. 23.

групп¹ - специфического феномена российской экономики. Характеризуя этот феномен, отечественные исследователи отмечают, что в отличие от общепринятого представления о предприятии как юридически обособленной единице «предприятие в российской экономике представляет собой значительно более сложное явление», в котором «различные звенья... такие как закупки, производство и сбыт, как правило оказываются сосредоточенными в рамках разных юридически обособленных единиц»². Только этот подход к организации деловых отношений позволяет российским предпринимателям справляться с многочисленными трудностями, возникающими в ходе осуществления бизнеса.

Всем изложенным, на наш взгляд, объясняется появление в гражданском праве двух групп норм, определяющих особенности предпринимательского договора.

Первая группа норм направлена на развитие ко-онкуренции. Объединяет эту группу ст. 2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. В ней перед арбитражными судами ставится задача содействовать «становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота». Исходя из этого принципиального положения нормы гражданского права должны получать ограничительное толкование в отношении предпринимательского договора. Будет недопустимым, например, формулировку «по своему усмотрению», примененную в п. 1 ст. 9 ГК РФ ко всем субъектам, осуществляющим гражданские права, понимать как предоставленную и предпринимателю возможность действия без учета интересов его контрагента. Такое поведение станет выходить за рамки партнерских деловых отношений, будет отступать от требований этических начал.

Объединенные общей направленностью, нормы рассматриваемой группы различаются способами достижения поставленной цели.

В одних случаях законодатель предъявляет повышенные требования заботливости и осмотрительности при исполнении гражданских обязанностей. Так, в соответствии со ст. 152 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации «перевозчик обязан доставить груз в срок и маршрутом, которые установлены соглашением сторон, при отсутствии соглашения в срок, который разумно требовать от заботливого перевозчика с учетом конкретных обстоятельств, и обычным маршрутом». В силу п. 1 ст. 993 ГК РФ «комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет комитента, кроме случаев, когда комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица».

Повышенные требования к должнику не всегда выражаются с помощью терминов заботливость и осмотрительность. В законодательстве применяются и другие формулировки. Так, в силу ч. 1 ст. 992 ГК РФ «принятое на себя

1 Данный термин был введен в научный оборот Я. Ш. Паппэ (См.: Паппэ Я. Ш. «Олигархи». Экономическая хроника, 1992-2000. - М.: ГУ-ВШЭ, 2000. С. 5).

2 Яковлев А.А. Идентификация неформальных бизнес-групп для целей налогового администрирования / Яковлев А.А., Кузнецов П.В., Фоминых А.К.: Препринт WP1/2002/02. - М.: ГУ ВШЭ, 2002. С. 3.

поручение комиссионер обязан исполнить на наиболее выгодных для комитента условиях». Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона «О транспортно-экспедиционном обслуживании» «в случае, если указания клиента неточны или неполны либо не соответствуют договору транспортной экспедиции... экспедитор оказывает экспедиционные услуги исходя из интересов клиента».

Но какими бы ни были эти формулировки, все они свидетельствуют о расширении обязанностей должника в предпринимательском договоре. Он должен проявлять повышенную заботу об интересах своего кредитора, действовать на наиболее выгодных для него условиях.

В некоторых случаях эти общие положения приобретают необходимую степень конкретизации. Отражая общемировые тенденции к расширению обязанностей предпринимателя в отношении качества продаваемого товара¹, п. 4 ст. 469 ГК РФ устанавливает: «Если законом или в установленном им порядке предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого товара, то продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязан передать покупателю товар, соответствующий этим обязательным требованиям». В качестве другого примера можно привести п. 2 ст. 1031 ГК РФ, возлагающий на правообладателя обязанность «оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников».

Однако и при отсутствии специальных указаний на этот счет должник обязан проявлять заботливость и осмотрительность при исполнении предпринимательского договора. Очень показательным в этой связи является действие рассматриваемых требований по отношению к морскому перевозчику. В случае возникновения конфликта между интересами грузоотправителя и третьего лица при осуществлении спасательных операций перевозчик обязан все-таки отдавать предпочтение интересам грузоотправителя, «обязан проявлять должную заботливость о перевозимом грузе... Если окажется, что в результате длительной спасательной операции перевозимый на судне-спасателе груз будет утрачен, поврежден или задержан, перевозчик вряд ли будет освобожден от ответственности»².

В литературе заботливость и осмотрительность при исполнении гражданских обязанностей нередко рассматривается в качестве критерия для оценки невиновности должника. На этом основании делается вывод, что, устанавливая данные требования, законодатель не расширяет обязанности предпринимателя, а, напротив, ограничивает его ответственность. Так, по мнению Л. Ю. Михеевой, правило п. 1 ст. 1022 ГК РФ, обязывающее доверительного управляющего к «должной заботливости», исключает возможность применения в данном случае п. 3 ст. 401 ГК РФ об

1 В плане сравнительно-правового анализа особенно примечательны положения о подразумеваемых условиях ст. 2-314 Единообразного торгового кодекса США и ст. 14 Закона о продаже товаров Англии (См.: Единообразный торговый кодекс США. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 70; Judge S. Business law. - L.: Macmillan, 1995. P. 356-360).

2 Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации / Под ред. Г.Г. Иванова. - М.: Спарк, 2000. С. 205.

ответственности независимо от вины¹. Так же истолковывается и В. В. Витрянским термин «необходимая осмотрительность», использованный в п. 1 ст. 993 ГК РФ для определения обязанностей комиссионера². На наш взгляд, с этим выводом нельзя согласиться.

Действительно, термины «заботливость» и «осмотрительность» применяются для оценки невиновности должника. В соответствии с п. 1 ст. 401 ГК РФ «лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства». Но из этого вовсе не следует, что рассматриваемые термины определяют только границы должного поведения внутри установленной обязанности. С помощью них очерчиваются также внешние пределы самой обязанности.

К этому выводу приводит изучение п. 2 ст. 184 ГК РФ. В нем на коммерческого представителя возлагается обязанность действовать «с заботливостью обычного предпринимателя». Очевидно, что данное требование не может оцениваться в контексте общего вопроса о вине. Согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ «обычный» предприниматель несет безвиновную ответственность. Следовательно, с помощью термина «заботливость» законодатель расширяет внешние границы обязанностей предпринимателя, предписывая ему действовать исходя из интересов своего контрагента, на наиболее выгодных для него условиях.

Однако не только положения п. 2 ст. 184 ГК РФ свидетельствуют о расширении внешних границ обязанностей должника. На это указывает и п. 1 ст. 1022 ГК РФ. Данная норма состоит из двух частей. В части первой устанавливается: «Доверительный управляющий, не проявивший при доверительном управлении имуществом должной заботливости об интересах выгодоприобретателя или учредителя управления, возмещает выгодоприобретателю упущенную выгоду за время доверительного управления имуществом, а учредителю управления убытки, причиненные утратой или повреждением имущества, с учетом его естественного износа, а также упущенную выгоду». Вторая часть закрепляет: «Доверительный управляющий несет ответственность за причиненные убытки, если не докажет, что эти убытки произошли вследствие непреодолимой силы либо действий выгодоприобретателя или учредителя управления». Грамматический анализ этой нормы позволяет прийти к следующим выводам.

Объединение двух правил в п. 1 ст. 1022 ГК РФ свидетельствует о стремлении законодателя связать содержащиеся в них смысловые элементы единством цели - установлении ответственности доверительного управляющего перед учредителем управления и выгодоприобретателем. Однако эти правила не получили выражения в виде одного целого. Они разбиваются на две части. Поэтому можно предположить, что законодатель отводит каждому правилу

1 Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом. - М.: Юристъ, 1999. С. 145.

2 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. - М.: Издательство «Статут», 1997. С. 610.

свою область применения. В первой части с помощью термина «должная заботливость» расширяются внешние границы обязанности доверительного управляющего, выход за пределы которых влечет применение к нему мер ответственности. Как справедливо указывает в этой связи В.В. Витрянский, «оценивать действия доверительного управляющего... необходимо через призму интересов выгодоприобретателя или учредителя доверительного управления: несоблюдение интересов указанных лиц (непроявление должной заботливости об их интересах) следует квалифицировать как ненадлежащее исполнение обязательства»¹. Вторая часть определяет границы должного поведения внутри установленной обязанности. Отсутствие в этой части каких-либо указаний на заботливость и осмотрительность дает основания полагать, что доверительный управляющий несет ответственность независимо от своей вины. В этих условиях нужно согласиться с толкованием п. 1 ст. 1022 ГК РФ Федеральным Арбитражным Судом Восточно-Сибирского округа, который в Постановлении от 16 октября 2001 г. правильно отметил, что именно «противоправность поведения доверительного управляющего состоит... в непроявлении должной заботливости об интересах, обозначенных в договоре»². Вывод же о том, что термин «должная заботливость» обозначает в данном случае невиновность представляется ошибочным³.

Вывод о том, что гражданское право использует критерий заботливости и осмотрительности для расширения внешних границ обязанностей предпринимателя находит подтверждение в судебно-арбитражной практике. Показательным в этой связи является толкование Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации отдельных положений банковского законодательства. Оценивая действия банка по выплате денежных средств с аккредитива на основании подложных документов, он отметил надлежащее исполнение должником своих обязанностей, поскольку «при расчетах с аккредитива на банк возлагается обязанность проверки представленных получателем средств документов, а не факта поставки товаров» и в ходе такой проверки «банк действовал осмотрительно и с разумной тщательностью»⁴. Таким образом, было установлено, что поведение банка находится в пределах внешних границ, определенной для него повышенной обязанности действовать заботливо и осмотрительно. В этих условиях, разумеется, не мог быть поставлен вопрос о применении к банку правила п. 3 ст. 401 ГК РФ, устанавливающего для предпринимателя безвиновную ответственность. Является очевидным, что «при отсутствии самого факта правонарушения не

1 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. - М.: Издательство: «Статут», 2003. С. 956.

2 Постановление Федерального Арбитражного Суда Восточно-Сибирского округа от 16 октября 2001 г. № А19-5235/01-27-ФО2-2423/01-С2.

3 См.: Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право: Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садилов. - М.: Юристъ, 1997. С. 581; Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. - М.: МНИМП, 2001. С. 639; Суханов Е.А. Договор доверительного управления имуществом // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 1. С. 90.

4 П. 9 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1999 г. № 39 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчетов» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. № 4. С. 53.

может ставиться вопрос об основаниях ответственности»¹. Напротив, когда поведение банка выходит за пределы внешних границ повышенной обязанности о списании денежных средств со счета по распоряжению клиента он будет отвечать и в том случае, если проявит необходимую степень заботливости и осмотрительности в пределах внутренних границ установленной обязанности. В этой связи «банк несет ответственность за последствия исполнения поручений, выданных неуполномоченными лицами... когда с использованием предусмотренных банковскими правилами и договором процедур банк не мог установить факта выдачи распоряжения неуполномоченными лицами»².

Таким образом, законодатель содействует развитию ко-онкуренции, распространяя на предпринимателей повышенные требования заботливости и осмотрительности при исполнении гражданских обязанностей.

Повышенная требовательность к должнику сочетается с возложением обязанности действовать добросовестно на кредитора. При осуществлении гражданских прав он должен учитывать интересы своего контрагента по предпринимательскому договору. Можно указать в частности на ст. 514 ГК РФ, обязывающую покупателя к ответственному хранению товаров, не принятых им, ст. 662 ГК РФ, освобождающую арендодателя от возмещения стоимости неотделимых улучшений, если арендатором «при осуществлении таких улучшений были нарушены принципы добросовестности и разумности».

В литературе высказывается мнение о том, что требование добросовестности при осуществлении гражданских прав носит общий характер и распространяется на всех субъектов³. С этим мнением нельзя согласиться по следующим причинам.

Нормы гражданского права, определяющие сферу действия добросовестности, ограничивают ее в применении к двум случаям. В соответствии с п. 2 ст. 6 ГК РФ «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Согласно п. 3 ст. 10 ГК РФ «в случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются». Это не позволяет говорить об универсальности рассматриваемой категории⁴.

В равной степени и отдельные проявления добросовестности в

1 Там же.

2 П. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 апреля 1999 г. N 5 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. № 7. С. 6.

3 См.: Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998. № 8. С. 28; Вороной В. Добросовестность как гражданско-правовая категория // Законодательство. 2002. № 6. С. 35.

4 Для сравнения можно привести ст. 1 Гражданского кодекса Японии, где прямо устанавливается: «Осуществление прав и исполнение обязанностей должно быть добросовестным и соответствовать принципам доверия».

гражданском праве свидетельствуют о ее принципиальном значении только для некоторых случаев.

Так, например, по общим правилам допускается в ответ на поступившую оферту проявлять молчание (п. 2 ст. 438 ГК РФ). Выбор этого варианта поведения согласуется с установленным в п. 1 ст. 9 ГК РФ принципом диспозитивности при осуществлении гражданских прав. Нет никаких разумных оснований обязывать субъектов отвечать на все предложения, поступившие им. Однако молчание вряд ли можно считать допустимым в предпринимательских отношениях, где на передний план выдвигаются требования сотрудничества и взаимопомощи сторон. Как справедливо указывает в этой связи В. В. Витрянский, «если речь идет о промышленном предприятии-поставщике, которое делает оферту покупателю, рассчитывающему только на этого поставщика, а тот делает акцепт на иных условиях, то просто в урну выбросить такой акцепт нельзя. Ведь стороны готовятся к исполнению договора и должны формировать свои производственные программы»¹. Поэтому законодатель ограничивает в предпринимательском договоре свободу усмотрения адресата оферты, обязывая его в интересах оферента «принять меры по согласованию соответствующих условий договора либо письменно уведомить другую сторону об отказе от его заключения» (п. 1 ст. 507 ГК РФ).

В качестве другого примера можно привести различия в правовом регулировании последствий продажи товара ненадлежащего качества. Общие правила на этот счет позволяют покупателю требовать от продавца соразмерного уменьшения покупной цены, безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок, возмещения своих расходов на устранение недостатков товара и т. д. (ст. 475 ГК РФ). В отличие от обычного покупателя, который по своему выбору предъявляет одно из этих требований, покупатель по договору поставки может это сделать только, если поставщик, получивший уведомление покупателя о недостатках поставленных товаров, без промедления не заменит поставленные товары товарами надлежащего качества (п. 1 ст. 518 ГК РФ). Таким образом, в предпринимательском договоре законодатель учитывает даже интересы неисправного должника, позволяя ему наиболее экономичным образом устранить последствия допущенного нарушения.

Приведенные примеры свидетельствуют о том, что сфера действия добросовестности в гражданском праве ограничена. Этот подход, на наш взгляд, является правильным. Возлагать на лиц обязанность всякий раз при осуществлении гражданских прав соотносываться с чужими интересами означало бы на деле произвольно вмешиваться в свободу выбора личных ценностей индивидуума. Законодательство не может заменять собой нравственные постулаты во всех областях человеческой жизни. Но, с другой стороны, необходимо поддерживать развитие этических начал в тех ее областях, где этого требуют обоюдные интересы сторон. Было бы неразумным, например, устанавливая в предпринимательском договоре для должника

¹ Витрянский В.В. Вторая часть Гражданского кодекса о договорных обязательствах // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 6. С. 118.

повышенную обязанность к заботливости и осмотрительности, игнорировать его интересы, позволяя кредитору при осуществлении права полагаться исключительно на свое усмотрение¹.

Итак, содействие процессам конкуренции осуществляется в форме возложения на должника повышенной обязанности к заботливости и осмотрительности и ограничении свободы усмотрения кредитора границами добросовестности.

В отдельных видах предпринимательских отношений конкуренция проявляется настолько интенсивно, что это приводит к образованию особой правовой формы, объединяющей элементы синаллагматического и общецелевого договора². Наглядным примером сказанному служит конструкция договора коммерческой концессии. В п. 1 ст. 1027 ГК РФ этот договор определен как юридическая форма для экономических отношений обмена. Правообладатель обязуется предоставить пользователю комплекс исключительных прав, а пользователь обязуется выплатить правообладателю за это вознаграждение. Однако в ст. 1032 ГК РФ на пользователя возлагается обязанность использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя. Выходит, что, приобретая имущественное благо для удовлетворения своих собственных интересов, пользователь обязан действовать в общих с правообладателем интересах. Поэтому, как совершенно справедливо отмечает Г. Е. Авилов, «франчайзинг в каком-то смысле можно считать разновидностью совместной деятельности». Те же самые черты обнаруживаются в агентском договоре, договоре финансирования под уступку денежного требования и некоторых других договорах.

Недооценка данных особенностей предпринимательского договора, на наш взгляд, служит одной из причин тех затруднений, которые встречает в литературе квалификация некоторых правовых феноменов, появившихся в последнее время.

По мнению большинства авторов, юридическая сущность договора финансирования под уступку денежного требования выражается в моменте кредитования. Как отмечает, например, Д. А. Медведев, «факторинг – это

1 В этой связи нельзя согласиться с категоричным утверждением В.А. Белова о том, что «гражданское законодательство пишется и «работает» только в отношении добросовестных субъектов, если исключение не будет сделано в самом законодательстве». (См.: Белов В.А. Указ. соч. С. 28). Более обоснованным представляется сдержанный подход в оценке требования добросовестности. (См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. С. 118-119; Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незаупотребление гражданскими правами. – М.: «Лекс-Книга», 2002. С. 115).

2 Как представляется, термин «общецелевой договор», предложенный Ю.В. Романом (См.: Романец Ю.В. Договор простого товарищества и подобные ему договоры // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. № 12. С. 96), лучше выражает сущность договора, образованного в результате совпадения единых волеизъявлений, чем термин «многосторонний договор», используемый в литературе для этого (См., например: Козлова Н.В. Учредительный договор о создании коммерческих обществ и товариществ. – М.: Издательство БЕК, 1994. С. 25-26; Савельев А.Б. Договор простого товарищества // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Издательство «Статут», 1998. С. 278-279). Термин «общецелевой договор» акцентирует внимание на содержание соглашения, в то время как термин «многосторонний договор» ориентирует на состав сторон. Поэтому трудно сразу понять, почему, например, «учредительный договор является сделкой многосторонней, даже если он заключен между двумя лицами» (Козлова Н.В. Указ. соч. С. 26).

способ кредитования одного лица другим с условием платежа в форме правопреемства»¹. Если рассматривать данное утверждение само по себе, то оно выглядит вполне достоверным. Действительно, положение клиента, получающего денежные средства от банка при факторинге, в определенной мере сходно с положением заемщика в кредитном договоре. Но в связи со взглядами господствующей теории на возмездность рассматриваемого договора оценивать финансирование как способ кредитования затруднительно. Финансовый агент, согласно этим взглядам, «по сути, «покупает дебиторскую задолженность» клиента или его денежные требования к контрагентам»². Выходит, что предмет договора, каковым, безусловно, должен быть признан кредит, выражаемый в моменте финансирования, сливается со встречным предоставлением, состоящим все в том же моменте финансирования.

Избежать этого противоречия мог бы позволить подход Л. Г. Ефимовой, которая провела разделение между основной и вспомогательной целью договора финансирования под уступку денежного требования. На ее взгляд, финансирование в этом договоре носит основной характер, а передача права требования – вспомогательный³. После этого все как будто бы встает на свои места. Передавая денежные средства клиенту, финансовый агент осуществляет его кредитование, за что получает от клиента вознаграждение в виде уступленного денежного требования или, как уточняет Л. Г. Ефимова, в виде соответствующих поступлений от уступаемых прав требования⁴. Но, как справедливо указывает Л. А. Новоселова, на практике использование предлагаемого критерия приводит к полной неопределенности при установлении правового режима той или иной сделки: «Например, операция по передаче денежного права требования против немедленной передачи денег одной стороной будет рассматриваться как сделка, имеющая основной целью получение конкретного права требования (как товара), а отношения по платежу с ее точки зрения будут носить вторичный, подсобный характер. Другая сторона будет рассматривать ту же операцию как сделку, направленную на получение финансирования в денежной форме, передача же права требования будет рассматриваться как способ платежа»⁵.

Таким образом, анализ финансирования под уступку денежного требования, основанный на противопоставлении обязанностей сторон в рамках

1 Гражданское право. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: «Проспект», 1997. С. 439. См. также: Гражданское право. Часть вторая: Учебник / Под ред. А.Г. Калпина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. С. 293; Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 1997. С. 79.

2 Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 1997. С. 80. Ср.: «По ряду признаков уступку денежного требования взамен финансирования можно рассматривать как продажу имущественного права в смысле п. 4 ст. 454 ГК, денежное требование в этой трактовке займет место товара» (Гражданское право. Часть вторая: Учебник / Под ред. А.Г. Калпина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. С. 294). По другому считает Д.А. Медведев. На его взгляд, «цена договора - стоимость уступаемого требования» (Гражданское право. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: «Проспект», 1997. С. 442). Однако это несколько не проясняет сути дела, поскольку предметом договора также предлагается считать денежное требование (Там же. С. 441).

3 Ефимова Л. Г. Указ. соч. С. 584.

4 Там же.

5 Новоселова Л.А. Финансирование под уступку денежного требования // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 12. С. 95.

традиционных представлений о синаллагматическом договоре, терпит неудачу. В этих условиях более плодотворной может оказаться попытка исследования этого феномена в качестве правовой формы, объединяющей усилия сторон для совместного осуществления предпринимательской деятельности, с позиций общецелевого договора.

В соответствии с п. 1 ст. 1041 ГК РФ «по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели». Как видно из этого определения участники простого товарищества принимают на себя две обязанности: соединить вклады и совместно действовать. В договоре финансирования под уступку денежного требования объединения имущества не производится. Поэтому рассмотрению подлежит только обязанность по совместной деятельности.

В ст. 1044 ГК РФ обязанность по совместной деятельности разделяется на принятие решений, касающихся общих дел, и ведение общих дел. Первое означает согласование участниками простого товарищества конкретных путей и способов достижения поставленной цели. Второе заключается в представлении ими своих интересов перед третьими лицами.

Оценивая с этих позиций взаимоотношения сторон по договору финансирования под уступку денежного требования, нельзя не отметить существования в нем первого аспекта совместной деятельности. Принимая на себя обязанности по исследованию кредитного положения должников, контролю за соблюдением сроков платежа и согласованных объемов продаж, финансовый агент по существу начинает определять политику клиента в отношении отдельных должников. Конечно, указания финансового агента не являются юридически обязательными для клиента. Он может от них и отступить. Но в этом случае клиент лишается всех выгод своего положения, поскольку, по словам А. С. Комарова, «практически во всех договорах закрепляется, что фактор сохраняет за собой право выбирать требования, которые он намерен принять»¹. Таким образом фактически создается механизм, обуславливающий зависимость принимаемых клиентом решений от воли финансового агента, что по существу совпадает с целью правил п. 3 ст. 1044 ГК РФ, ст. 183 ГК РФ, ст. 174 ГК РФ, призванных защитить простое товарищества от самостоятельных действий его участников.

Второй аспект совместной деятельности сторон по договору финансирования под уступку денежного требования выражается в осуществляемом клиентом предоставлении товаров, выполнении работ или оказании услуг. Это не вступает в противоречие с положением п. 1 ст. 1044 ГК РФ, допускающего возможность передачи права на ведение общих дел отдельным участникам простого товарищества. Конечно, правовые последствия сделок, совершенных клиентом при осуществлении предпринимательской

¹ Комаров А.С. Финансирование под уступку денежного требования // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарий, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского. С. А. Хохлова. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 439.

деятельности будут существенно отличаться от аналогичных последствий, складывающихся при ведении общих дел. В этом случае не возникают обязательства, связывающие финансового агента. Однако последующая уступка денежного требования все-таки изменяет его правовое положение, приближая к статусу участника простого товарища.

В соответствии с п. 1 ст. 832 ГК РФ должник вправе предъявить к зачету только денежные требования, носящие встречный характер по отношению к требованиям клиента, уступленным банку. Это исключает возможность применения в данном случае ст. 410 ГК РФ, которая «не требует, чтобы предъявляемое к зачету требование вытекало из того же обязательства»¹. Таким образом, устанавливается характерная для договора простого товарищества взаимная обусловленность прав и обязанностей во внешних отношениях. Обязательства клиента, основанные на личных отношениях с должником, в расчет не принимаются.

Ограничивая права должника на зачет, законодатель предоставляет ему более широкие возможности при истребовании сумм, уплаченных финансовому агенту. Согласно п. 2 ст. 833 ГК РФ «должник, имеющий право получить непосредственно с клиента суммы, уплаченные финансовому агенту в результате уступки требования, тем не менее вправе требовать возвращения этих сумм финансовым агентом, если доказано, что последний не исполнил свое обязательство осуществить клиенту обещанный платеж, связанный с уступкой требования, либо произвел такой платеж, зная о нарушении клиентом того обязательства перед должником, к которому относится платеж, связанный с уступкой требования». В этих условиях возникает общее обязательство клиента и финансового агента перед должником, что выглядит совершенно неожиданным для традиционной цессии. Но с точки зрения договора простого товарищества, думается, все объяснимо. Клиент не исполняет свои обязательства по поставке товаров, выполнении работ или оказании услуг. Финансовый агент своими неправомерными или недобросовестными действиями способствует в ущемлении прав должника. Он либо «ставит клиента в такое положение, когда ему может оказаться затруднительно возратить должнику уплаченную финансовому агенту сумму», либо участвует в «недобросовестном сговоре»². Таким образом, возлагая на стороны договора финансирования под уступку денежного требования общее обязательство, законодатель принимает в расчет тот факт, что их совместная деятельность привела к нарушению прав должника.

Существование в договоре финансирования под уступку денежного требования элементов совместной деятельности подтверждается распространенной практикой включения в него оговорки об исключительности. По свидетельству А. С. Комарова «все договоры о факторинге включают в себя оговорку в пользу фактора, в соответствии с которой клиент обязуется

1 П. 7 Обзора практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 декабря 2001 г. № 65) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2002. № 3. С. 10.

2 Эрделевский А. Договор факторинга // Российская юстиция. 1999. № 1. С. 17.

передавать фактору всю дебиторскую задолженность, отраженную в его бухгалтерии, что делает невозможным для клиента вступать в аналогичные отношения с другим фактором». Это еще более сближает рассматриваемый договор с товариществом, где запрещаются любые действия участников, приводящие к нежелательной для целей их объединения конкуренции¹.

Все вышеизложенное позволяет прийти к выводу о том, что договор финансирования под уступку денежного требования, не выходя за рамки традиционных представлений о синаллагматическом договоре, приобретает некоторые черты правовой формы совместной деятельности, при которой «вывоз, включающий отправку товаров, документация и передача транспортных документов совершаются... продавцом, но осуществление кредитования в согласованных пределах составляет обязанность фактора»².

При исполнении гражданских прав и обязанностей стороны связаны не только условиями договора и требованиями нормативных актов. Они должны также учитывать внешние для правоотношения обстоятельства. В условиях социалистического хозяйствования к таким обстоятельствам относились создание материально-технической базы коммунизма и все более полное удовлетворение материальных и духовных потребностей граждан. Указывая на эти обстоятельства, В. С. Толстой писал: «В процессе исполнения обязательств необходимо иметь в виду и ч. 2 ст. 5 Основ, которая предписывает гражданам и организациям... уважать правила социалистического общежития и моральные принципы общества, строящего коммунизм»³. В современных условиях на передний план выдвигается другая задача - «создание условий, при которых граждане России могут зарабатывать деньги...»⁴. В основе этой задачи лежит не только забота о благосостоянии отдельных граждан. Общество заинтересовано в том, чтобы частная инициатива успешно претворялась в жизнь: «...зарабатывать и - с выгодой для себя - вкладывать в экономику своей собственной страны»⁵. Вот почему появляются нормы, направленные на развитие конкуренции. Способствуя повышению эффективности предпринимательской деятельности, законодатель обеспечивает рост производительных сил страны. Создается, по меткому замечанию Л.И.Петражицкого, эффект «парового двигателя», заставляющего граждан, работая для себя и своей семьи, работать на общую пользу, сохраняя и умножая свое частное благосостояние, сохранять и умножать народное и общечеловеческое богатство и благосостояние⁶.

Однако конкуренция приносит не только положительные для развития

1 Ср. с п. 3 ст. 73 ГК РФ: «Участник полного товарищества не вправе без согласия остальных участников совершать от своего имени в своих интересах или в интересах третьих лиц сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества».

2 Шмитгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. - М.: Юридическая литература, 1993. С. 231.

3 Толстой В.С. Исполнение обязательств. - М.: Юридическая литература, 1973. С. 37.

4 Послание Президента Российской Федерации В. В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета, 2002, 19 апреля. С. 2.

5 Там же.

6 Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - 2-ое изд. - Т. 2. - С-Пб.: Типография М. Меркушева, 1910. С. 700.

народного хозяйства черты сотрудничества и взаимопомощи в предпринимательские отношения. Она же служит и основой для централизации капитала, которая в определенных масштабах начинает угрожать общеэкономическим интересам. Это вызывает необходимость в разработке второй группы норм, направленной на ограничение свободы действия рыночных сил. Законодатель запрещает любые соглашения, которые могут иметь своим результатом негативные последствия для экономики.

В самом общем виде этот запрет выражен в п. 1 ст. 10 ГК РФ, предусматривающем: «Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке». Необходимую степень конкретизации он приобретает в Законе РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и Федеральном законе «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг».

Оба закона содержат перечень условий, при которых согласованные действия могут рассматриваться как ограничивающие конкуренцию. В этот перечень входят, например, установление (поддержание) цен (тарифов), скидок, надбавок, доплат, наценок, процентных ставок, повышение, снижение или поддержание цен на торгах, раздел рынка по территориальному принципу, по видам предоставляемых финансовых услуг или ассортименту реализуемых товаров либо по потребителям финансовых услуг на рынке финансовых услуг (п. 1 ст. 6 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ст. 6 Федерального закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»). Из-за «дифференциации товарных рынков и динамики экономической ситуации»¹ этот перечень не может носить закрытый характер. Законодатель запрещает также заключение «иных соглашений или осуществление согласованных действий, в результате которых имеются или могут иметь место недопущение, ограничение, устранение конкуренции и ущемление интересов других хозяйствующих субъектов» (п. 2 ст. 6 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»).

Однако поддержка конкуренции не является самоцелью. Она необходима потому, что это способствует лучшей организации производства и распределения имущественных благ. В тех же случаях, когда «хозяйствующие субъекты докажут, что положительный эффект от их действий превысит неблагоприятные последствия»², ограничение конкуренции будет вполне допустимым. Так, например, картельные соглашения могут быть признаны разумными для поддержания загрузки производственных мощностей в период экономического спада³. В этих условиях возникают сомнения в целесообразности безусловного запрета любых ограничений при продаже товаров, выполнении работ или оказании услуг пользователем в договоре

1 Тотьев К.Ю. Конкуренция и монополия: правовые аспекты регулирования: Учебное пособие. - М.: Юристъ, 1996. С. 78.

2 П. 4 ст. 6 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

3 Шерер Ф., Росс Д. Структура отраслевых рынков. - М.: ИНФРА-М, 1997. С. 316-317.

коммерческой концессии.

В соответствии с п. 2 ст. 1033 ГК РФ «являются ничтожными такие условия, ограничивающие права сторон по договору коммерческой концессии, в силу которых... пользователь вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории».

Международный опыт свидетельствует, что практика ограничения предпринимательской деятельности пользователя по территории и (или) кругу лиц оказывает полярное воздействие на экономические процессы. Она приводит к падению уровня конкуренции, сокращая до минимума количество продавцов и покупателей на рынке товаров одной марки. Но она же способствует повышению конкуренции между продавцами товаров разных марок, побуждая к более качественному обслуживанию конечных потребителей.

Эта полярность эффекта вертикальных ограничений отчетливо проявилась в деловой практике компании «GTE Sylvania Inc.». Как установил Верховный Суд США, данная компания заключала франчайзинговые соглашения, по которым пользователи могли осуществлять продажи только в пределах отведенных им территорий ограниченному числу лиц. Эти ограничения позволяли ей добиваться роста продаж, поскольку устранялась любая возможность межконкурентной борьбы среди пользователей. Оценивая эту практику, Верховный Суд США отметил, что наряду с пороками монополизации в ней присутствуют «искупающие добродетели». Вертикальные ограничения часто обостряют конкуренцию пользователей с продавцами товаров других марок, позволяя сосредоточиваться на «осуществлении таких инвестиций капитала и рабочей силы, которые... требуются при распределении продуктов неизвестных на рынке... предоставлении обслуживания и ремонтных работ, необходимых для эффективного маркетинга»¹.

Схожая оценка экономического эффекта вертикальных ограничений дается в Директивах Комиссии Европейского сообщества. На ее взгляд, вертикальные ограничения оказывают отрицательное воздействие на экономические процессы, поскольку закрывается доступ на рынок товаров для других производителей или продавцов, снижается уровень конкуренции между дистрибьютерами, ограничивается свобода потребителей в выборе товаров или услуг. Вместе с тем, по мнению Комиссии, эти ограничения часто приводят к положительным последствиям для экономики, в особенности, когда дело касается неценовой конкуренции. Поэтому их использование может быть оправданным, если дистрибьюторы известны на рынке в качестве «продавцов первоклассного товара», производители осуществляют инвестиции в специальное оборудование или обучение персонала, а также в других случаях².

Еще большие сомнения вызывает целесообразность безусловного запрета

1 Continental T. V., Inc., v. GTE Sylvania Inc. № 76-15 // United States Reports, 1977, vol. 433. P. 55.

2 См.: Guidelines on vertical restraints: Commission notice № 2000/C291/01 // Official Journal of European Communities, 2000, 13 October, vol. 43. P. 21-24.

вертикальных ограничений, сделанного для агентского договора в п. 3 ст. 1007 ГК РФ. Этот пункт почти дословно воспроизводит правило п. 2 ст. 1033 ГК РФ, устанавливая: «Условия агентского договора, в силу которых агент вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения или место жительства на определенной в договоре территории, являются ничтожными».

В отличие от пользователя по договору коммерческой концессии, который осуществляет самостоятельную экономическую деятельность, агент выступает в качестве независимого представителя принципала. Подчеркивая это обстоятельство, Л. С. Таль еще в 1914 г. писал: «Купцу отнюдь не всегда выгодно бывает прятаться за спину комиссионера. Они нуждаются в открытых постоянных представителях, деятельно отстаивающих его интересы и завязывающих торговые отношения непосредственно от его имени... Иметь же повсюду своих приказчиков для купцов слишком обременительно»¹. Конечно, в современных условиях резкая грань, отделяющая агента от других дистрибьютеров, смягчается. Под влиянием конкуренции он приобретает большую самостоятельность и нередко полностью вытесняет фигуру принципала на рынке, принимая на себя ответственность за соблюдение всех условий продаж. Однако это ни в коем случае не приводит к утрате им двух отличительных свойств. Агент остается представителем принципала и, действуя в его интересах, сохраняет полное право на возмещение расходов. Хорошей иллюстрацией сказанному может служить следующий пример.

В соответствии с агентским договором ООО «Ньювента» приняло на себя обязанность по продаже продукции ОАО «Кузнецкие ферросплавы». Во исполнение этого договора агент заключил договор поставки с фирмой «Сонако Трейдинг АВ», который не был исполнен принципалом. Это явилось основанием для предъявления ООО «Ньювента» требований к ОАО «Кузнецкие ферросплавы» об исполнении обязательства в натуре и уплате неустойки. Постановлениями судов нижестоящих инстанций требования истца были удовлетворены на том основании, что прекращение действия договора на будущее время предполагает сохранение взаимных прав и обязанностей сторон, возникших в прошлом. Отменяя постановление, возлагающее на ответчика обязанность поставить продукцию в натуре, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, указал, что «судом не исследована правомерность требования агента к принципалу об обязанности последнего поставить продукцию в натуре и не дана оценка соответствия этого требования существу природы агентских отношений, характеризующихся тем, что агент должен действовать в интересах принципала и за его счет»². По той же причине было отменено и постановление о взыскании с ответчика неустойки: «...судом не исследована правомерность включения в агентский договор условия о

1 Таль Л.С. Торговый агент и агентурный договор как правовые типы. - М.: Типография товарищества И.Н. Кушнерева и К., 1914. С. 13-14.

2 Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 июля 2002 г. N 7842/01 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2002. № 10. С. 18.

взыскании неустойки с принципала в пользу агента за неисполнение обязательств принципалом перед третьим лицом, не дана оценка соответствия этого требования существу природы агентских отношений, характеризующихся тем, что агент должен действовать в интересах принципала и за его счет»¹.

Таким образом, при всей широте экономических функций агента, требующих от него соблюдения всех условий продаж, он не становится самостоятельной фигурой на рынке, оставаясь лицом, действующим в интересах принципала. Именно по этой причине антимонопольное законодательство США и ЕС благосклонно относится к вертикальным ограничениям в агентском договоре.

В деле *U. S. v. Arnold, Schwinn & Co.* было установлено, что ответчик заключал агентские договоры, в которых предусматривались ограничения на продажу товара по территории и кругу лиц. Верховный Суд США не нашел в этой практике ничего предосудительного, посчитав, что поскольку компания сохраняет все права на товар ее деятельность не приводит к «неразумному» ограничению торговли².

По этому же пути идет европейское законодательство. Согласно § 13 Директив о вертикальных ограничениях «в случае подлинно агентских соглашений обязанности, возлагаемые на агента относительно договоров, согласованных и (или) заключенных в пользу принципала, не охватываются действием ст. 81 (1) Договора о Европейском сообществе», запрещающей любые соглашения, ограничивающие конкуренцию³.

В этих условиях, думается, целесообразно пересмотреть правила п. 2 ст. 1033 ГК РФ и п. 3 ст. 1007 ГК РФ. Вертикальные ограничения агентского договора во всяком случае должны быть выведены из под запрета п. 3 ст. 1007 ГК РФ. Что касается таких ограничений в договоре коммерческой концессии, то их регулирование должно быть увязано с нормами п. 4 ст. 6 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Предлагается оценивать правомерность этих соглашений с помощью «правила разумности», учитывающему, в частности, размеры компаний. Все это позволит малому и среднему бизнесу успешнее развиваться. Он сможет оказывать большее влияние на рыночные процессы, будет создавать «давление на крупные фирмы, также заставляя их постоянно ориентироваться на запросы населения»⁴. Не случайно поэтому, отказываясь признать вертикальные ограничения недействительными в упоминавшемся уже деле *Continental T. V., Inc., v. GTE Sylvania Inc.*, Верховный суд США принял во внимание тот факт, что до применения этих ограничений доля компании «GTE Sylvania Inc.» на общенациональном рынке составляла незначительные 1-2%, а после их применения она выросла до 5%⁵.

1 Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 июля 2002 г. N 9804/01 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2002. № 10. С. 20.

2 *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* № 25 // *United States Reports*, 1967, vol. 388, p. 381.

3 *Guidelines on vertical restraints: Commission notice* № 2000/C291/01. *Op. cit.*, p. 4.

4 Пугинский Б. И. *Коммерческое право России*. - М.: Юрайт, 2000. С. 84.

5 *Continental T. V., Inc., v. GTE Sylvania Inc.* № 76-15. *Op. cit.*, p. 36, 50.

ОСОБЕННОСТИ ЭМИССИИ ЖИЛИЩНЫХ СЕРТИФИКАТОВ

Марченко Т.В. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса

Рынок ценных бумаг – «совокупность правовых и экономических отношений по поводу выпуска и обращения ценных бумаг между его участниками».¹

В зависимости от роли, которую рынок ценных бумаг играет в процессе воспроизводства капитала, его принято делить на первичный и вторичный. На первичном рынке происходит распространение вновь выпускаемых ценных бумаг. Он объединяет фазу конструирования нового выпуска ценных бумаг и их первичное размещение. Весь дальнейший процесс перемещения ценных бумаг, от одного владельца к другому осуществляется на вторичном рынке.²

Первичный рынок эмиссионных ценных бумаг определяется как отношения, складывающиеся при эмиссии между эмитентами и первыми инвесторами, профессиональными участниками рынка ценных бумаг, а также их представителями. Первичное размещение бумаг на рынке является основой для его существования и развития. «Именно в решении этого вопроса заложена основа для проведения организационных мероприятий на рынке, создание соответствующей институциональной базы, а также разработки соответствующего юрисдикционного обеспечения».³

Осуществление первичного предложения ценных бумаг во многом зависит от сложившегося на данном рынке положения эмитента и инвестора.

Начальным моментом организации первичного рынка является разработка инвестиционного проекта. На этом этапе перед эмитентом стоит задача убедить своих будущих инвесторов в том, что предлагаемые им на рынке ценные бумаги обладают безусловной способностью приносить своему владельцу удовлетворяющий его доход.

Эмиссионная привлекательность бумаг для эмитента и инвестора составляет инвестиционную привлекательность ценной бумаги. Основными факторами, ее определяющими являются: доходность, ликвидность, ресурсное обеспечение со стороны эмитента, гарантированность обязательств со стороны эмитента, а также курсовая политика эмитента и его дилеров.⁴

Эмиссия муниципальных образований имеет некоторые особенности. Она допускается, если орган местного самоуправления утвердил в бюджете на текущий финансовый год предельный размер муниципального долга. В составе предельного объема заемных средств не учитываются средства, привлекаемые и полностью используемые в текущем финансовом году на погашение (реструктуризацию) имеющегося долга. Органы местного самоуправления

1 Белов В.А. Государственное регулирование рынка ценных бумаг в современной России. - М., 2000. С. 6.

2 Лялин В.А., Воробьев П.В. Ценные бумаги и их обращение. - М., 1996.

3 Мисько О.И. Организация и функционирование рынка ценных бумаг. Опыт России. Диссер. к.э.н. - М., 1993. С. 72.

4 Тарачев А.А., Карпиков Е.И. Ценные бумаги субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. - М., 1996. С. 43.

утверждают Генеральные условия эмиссии и обращения муниципальных ценных бумаг.

В ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее – Закон о РЦБ)¹ встречаются два термина, обозначающие отдельные этапы формирования и существования ценных бумаг: «эмиссия» и «размещение». На наш взгляд, определения, данные в Законе о РЦБ, требуют корректировки.

Эмиссия (от лат. Emission - выпуск) имеет три значения: выпуск денежных знаков; выпуск всяких обязательств (в том числе не являющихся ценными бумагами, например, банковских гарантий), а также публичный выпуск ценных бумаг.²

Согласно Закону о РЦБ эмиссия ценных бумаг – это последовательность действий эмитента по размещению эмиссионных ценных бумаг. К облигациям применяется регистрационный порядок эмиссии. Существует точка зрения, что сама по себе эмиссия – это торговая сделка, которая должна соответствовать нормам ст.ст. 153-181 ГК РФ. Эмиссия ценных бумаг – односторонняя сделка, которая создает обязанности для эмитента. Причем обязанность эта жестко определена законом и иными правовыми актами.³

В зависимости от цели деятельность субъектов с ценными бумагами может быть эмиссионной и инвестиционной. Эмиссионная деятельность имеет целью привлечение капитала для реализации определенной хозяйственной и финансовой программы (например, решение жилищной проблемы). Эмиссионная деятельность связана с выпуском ценных бумаг, продажей их первым владельцам и требует оценки расходов, связанных с выпуском, размещением, выплатой процентов, погашением долга. Каждый этап эмиссии характеризуется определенным набором операций, под которыми иногда понимают «комплекс действий, имеющих результатом определенный документ».⁴ Вряд ли можно согласиться с таким определением, поскольку не все этапы эмиссии заканчиваются составлением какого-либо документа.

Голубков А.Ю. вместо понятия «эмиссия» использует словосочетание «эмиссионная операция», под которой понимает «совокупность юридически значимых действий одного или нескольких субъектов рынка ценных бумаг, направленных на организацию выпуска инвестиционных ценных бумаг эмитентом и его распространение».⁵

Нельзя согласиться с мнением В.В. Долинской, о том, что эмиссия – как и обязательства из односторонних действий – это взаимосвязанная совокупность ряда гражданско-правовых организационных (неимущественных) и имущественных отношений, складывающихся в связи с определенными действиями инициатора (эмитента) и участников и проходящая в своем развитии ряд стадий. В пределах которых участники приобретают

1 СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

2 Советский энциклопедический словарь / Под ред. Прохорова. 4 изд. - М., 1988.

3 Белов В.А. Государственное регулирование рынка ценных бумаг в современной России. - М., 2000 С. 34

4 Едророва В. Операции и участники рынка ценных бумаг. Нижний Новгород. 1998 С. 82.

5 Голубков А.Ю. Правовые проблемы осуществления хозяйственной деятельности на рынке ценных бумаг. Диссерт. к.ю.н. - М., 1998. С.123.

определенные права и наделяются соответствующими обязанностями.¹ Хотя бы потому, что в процессе выпуска облигаций существуют только имущественные отношения; не только гражданско-правовые, но и административно-правовые.

Выпуск эмиссионных ценных бумаг связан с привлечением огромного количества денежных средств инвесторов, что чревато серьезными злоупотреблениями со стороны эмитентов. Чтобы защитить инвестора необходимо государственное регулирование и контроль, поэтому Закон о РЦБ устанавливает жесткие правила их выпуска и обращения, порядка деятельности участников рынка ценных бумаг, раскрытия информации эмитентом, рекламы ценных бумаг и наличие специального регулирующего органа – ФКЦБ, ныне именуемого Федеральной службой по финансовым рынкам. Помимо этого действует ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» от 5 марта 1999 г. № 46.² Процедура эмиссии должна соответствовать требованиям, предъявляемым этими законами, при нарушении которых должна наступать ответственность.

Как отмечает С. Хабаров, нормы Закона о РЦБ об эмиссии являются преимущественно финансово-правовыми, которые по методу правового регулирования близки к административным, так как используется метод властных предписаний и налицо неравенство государства и участников рынка ценных бумаг как субъектов правоотношений. Нормы носят преимущественно административный характер. По структуре нормы законодательства о рынке ценных бумаг делятся на нормы-предписания и нормы-санкции.³

Согласно ст. 2 Закона о РЦБ, размещение эмиссионных ценных бумаг – отчуждение их первым владельцам путем заключения гражданско-правовых сделок. Эмиссия – это последовательность действий эмитента по их размещению. Иными словами, эмиссия – это ни что иное, как последовательность действий эмитента по отчуждению первым владельцам путем заключения гражданско-правовых сделок. На наш взгляд, в действительности, под понятие эмиссии ценных бумаг должны подпадать не только действия эмитента по размещению ценных бумаг, но и последовательный процесс создания нового объекта. Поэтому следует уточнить понятие эмиссии. Определение, данное в Законе о РЦБ, его сужает.

Эмиссия жилищных сертификатов производится в соответствии с постановлением ФКЦБ «Об утверждении Стандартов эмиссии облигаций и их проспектов эмиссии» от 19 сентября 2001 г. № 27. Если речь идет о государственных и муниципальных жилищных сертификатах, то согласно ст. 19 Закона о РЦБ процедура эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг, условия их размещения и обращения регулируются федеральными законами или в порядке, ими установленном. Эмиссия таких сертификатов осуществляется в порядке, определенном законом «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных

1 Долинская В.В. Гражданское право. Учебник. Ч. 1 / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. - М., 1997. С. 133.

2 СЗ РФ. 1999. N 10. Ст.1163.

3 Хабаров С. Комментарии к федеральному закону о рынке ценных бумаг / Право и экономика. 2000. № 3. С. 8-10.

бумаг» от 15 июля 1998 года № 136.¹

Рассмотрим сначала процедуры эмиссии жилищных сертификатов эмитентами, не являющимися исполнительными органами власти и местного самоуправления.

Эмиссия состоит из нескольких этапов.

1. Принятие эмитентом решения о выпуске жилищных сертификатов.

Решение о выпуске ценных бумаг – документ, зарегистрированный в органе государственной регистрации ценных бумаг и содержащий данные, достаточные для установления объема прав, закрепленных ценной бумагой (ст. 2 Закона о РЦБ). Решение эмитента представляет собой одностороннюю сделку, так как данное действие направлено на порождение правовых последствий. Воля субъекта объективизируется в составленном документе – решении о выпуске ценных бумаг. Подобного же мнения придерживается Л.Р. Юлдашбаева.²

Если эмитент - акционерное общество, то решение принимается, как правило, советом директоров (наблюдательным советом); в обществе с ограниченной ответственностью – общим собранием участников. В других юридических лицах - иными соответствующими органами (должностными лицами). Решение должно быть утверждено не позднее 6 месяцев с момента принятия решения об их размещении. Решение о выпуске скрепляется печатью эмитента. Если сертификат эмитируется в документарной форме, к нему прилагается образец.

Если жилищные сертификаты должны быть размещены путем закрытой подписки, то должен быть определен круг лиц, среди которых эмитент намерен разместить жилищные сертификаты.

Решение о выпуске сертификатов, размещаемых путем подписки, должно устанавливать порядок заключения договоров, на основании которых осуществляется размещение. В решении о выпуске жилищных сертификатов должна быть представлена информация: вид жилищного сертификата, форма; если жилищный сертификат в документарной форме, то указание на наличие или отсутствие обязательного централизованного хранения; количество жилищных сертификатов этого выпуска; порядок размещения с указанием начала и даты окончания размещения; порядок и срок оплаты; обязательство эмитента обеспечить права владельца жилищного сертификата и другая необходимая информация.

2. Подготовка проспекта эмиссии жилищных сертификатов.

Проспект эмиссии дает развернутую характеристику эмитента и предстоящего выпуска ценных бумаг. Подготовка проспекта эмиссии преследует две цели:

- 1) предоставление потенциальным инвесторам максимума информации об эмитенте, его перспективах, привлекательности ценных бумаг;
- 2) обоснованность для регистрирующего органа необходимости выпуска

1 РГ. 6 августа 1998. № 148-149.

2 Юлдашбаева Л.Р. Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций). - М., 1999. С.136.

ценных бумаг.

Составление проспекта эмиссии жилищных сертификатов необходимо, если их размещение осуществлялось путем открытой подписки, а при закрытой подписке, если число жилищных сертификатов более 500 и (или) номинальная стоимость выпуска (объем эмиссии) превышает 50 тысяч минимальных размеров оплаты труда.

Представленный в регистрирующий орган проспект эмиссии жилищных сертификатов, размещаемых путем подписки, может не содержать срока, цены сертификата. Проспект эмиссии утверждается советом директоров или иным органом, осуществляющим подобные функции, подписывается руководителем, главным бухгалтером и скрепляется печатью.

Проспект эмиссии должен содержать определенные сведения об эмитенте и о предстоящем выпуске. Перечень этих сведений различен в разных правовых системах, но можно сказать, что он составляется по принципу полного раскрытия информации.

Проспект эмиссии должен соответствовать решению о выпуске жилищных сертификатов.

3. Государственная регистрация выпуска жилищных сертификатов и регистрация проспекта эмиссии.

К выпуску и обращению на территории РФ допускаются жилищные сертификаты выпуск и проспект эмиссии которых прошел государственную регистрацию и выпуск получил государственный регистрационный номер. Регистрация выпуска эмиссионных ценных бумаг осуществляется Федеральной службой по финансовым рынкам, в результате чего ему присваивается государственный регистрационный номер, представляющий собой цифровой, буквенный или знаковый код, который идентифицирует конкретный выпуск эмиссионных ценных бумаг. Порядок присвоения номера устанавливается регистрирующим органом.

Регистрация государственных ценных бумаг осуществляется Министерством финансов РФ. Структура номера государственной регистрации государственной ценной бумаги определена Приказом Минфина РФ от 21 января 1999 года № 2-н «О порядке формирования государственного регистрационного номера, присваиваемого выпускам государственных ценных бумаг субъектов РФ и муниципальных ценных бумаг».¹ При нарушении данных правил выпуск считается незаконным.

Государственная регистрация не может быть осуществлена: до полной оплаты уставного капитала эмитента; если сумма номинальных стоимостей жилищных сертификатов в совокупности с суммой номинальных стоимостей всех непогашенных жилищных сертификатов превышает размер уставного капитала эмитента или величину обеспечения. Запрещена реклама до государственной регистрации выпуска.

Документы на государственную регистрацию должны быть представлены не позднее 1 месяца со дня принятия решения об их выпуске. Тексты решения о выпуске, проспекта эмиссии, анкета эмитента представляются также на одном

¹ РГ. 16 февраля 1999. № 29

магнитном носителе.

Эмитент и должностные лица органов управления эмитента отвечают за полноту и достоверность информации, содержащейся в документах, представляемых на регистрацию (ст. 20 Закона о РЦБ). По мнению С. Хабарова в интересах инвесторов формулировка ст. 20 нуждается в изменении и дополнении для закрепления сложившейся практики регистрации ценных бумаг, так как:

1) нет норм об ответственности регистрирующего органа не только за полноту, но и за достоверность информации в зарегистрированных им документах;

2) уставом и/или внутренними документами эмитента может и не предусматриваться ответственность эмитента и должностных лиц органов управления эмитента за полноту и достоверность информации.

Регистрирующий орган принимает решение в течение 30 дней со дня представления всех документов. Одновременно с государственной регистрацией выпуска жилищных сертификатов осуществляется регистрация решения о выпуске жилищных сертификатов и их проспекта эмиссии.

Как верно отмечает В.В. Долинская, регистрация выпуска эмиссионных ценных бумаг, проспекта эмиссии эмиссионных ценных бумаг, хотя и являются юридически значимыми действиями, с гражданско-правовыми отношениями непосредственной связи не имеют.¹ Отношения между эмитентом и регистрирующим органом – это отношения публично-правовые, поэтому данное действие носит характер административного акта.

4. Изготовление сертификатов в случае размещения их в документальной форме.

Сертификат эмиссионной ценной бумаги – документ, выпускаемый эмитентом и удостоверяющий совокупность прав на указанное в сертификате количество ценных бумаг. На его основании владелец ценных бумаг имеет право требовать от эмитента исполнения его обязательств (ст. 2 Закона о РЦБ). Содержание сертификата является приоритетным в сравнении с текстом решения о выпуске ценных бумаг, что с точки зрения защиты прав инвесторов предполагается благоприятным.

Эмитент при принятии решения о выпуске может определить, что сертификаты могут выдаваться либо на руки, либо подлежат обязательному хранению в депозитариях. Реквизиты сертификата эмиссионной ценной бумаги содержатся в ст. 18 Закона о РЦБ. Один сертификат удостоверяет права на одну, несколько или все ценные бумаги одного владельца под одним номером (так называемый глобальный сертификат). «Для устранения расходов по изготовлению бланков и хранению ценных бумаг переходят к созданию, вместо множества бумаг, только одной бумаги (так называемый общий или глобальный сертификат – *Sammel-oder Globalurkunde*)».² Представляется, что отдельное хранение сертификата и именных ценных бумаг позволяет без особых проблем восстановить те или иные бумаги в случае их утраты в порядке

1 Долинская В.В. Акционерное право. Учебник / - М., 1997. С. 185.

2 Brox H. *Handelrecht und Wertpapierrecht*. 10. Auflage. – München: Verlag C.H. Beck, 1993. S. 241.

вызывного производства.

Некоторые юристы полагают, что сертификат не ценная бумага, он является дополнительным легитимирующим документом, как бы «замещает ценную бумагу».¹ Нельзя согласиться с мнением Ф.А. Гудкова о том, что «совмещение в сертификате качеств документа, удостоверяющего права владения ценной бумагой и права, составляющие ценную бумагу, придает сертификату смысл нечто среднего между производной ценной бумагой и бланком самой ценной бумаги». При документарной форме эмиссионных ценных бумаг документами, удостоверяющими права, закрепленные ценной бумагой являются сертификат и решение о выпуске; при бездокументарной форме – решение о выпуске ценных бумаг. Поскольку действие эмитента по изготовлению сертификатов носит правообразующий характер, то его можно обозначить как одностороннюю сделку. В.В. Долинская иного мнения: она считает, что изготовление сертификата хотя и реализуется через гражданско-правовые сделки, носит, скорее, технический характер.²

5. Раскрытие информации, содержащейся в проспекте эмиссии.

Под раскрытием информации понимается обеспечение ее доступности всем заинтересованным в этом лицам независимо от целей получения данной информации по процедуре, гарантирующей ее нахождение и получение. Раскрытой информацией на рынке ценных бумаг признается информация, в отношении которой проведены действия по ее раскрытию. Общедоступной информацией на рынке ценных бумаг признается информация, не требующая привилегий для доступа к ней или подлежащая раскрытию в соответствии со ст. 30 Законом о РЦБ. Раскрытие информации, содержащейся в проспекте эмиссии, регулируется ст. 23 Закона о РЦБ.

В случае открытой эмиссии эмитент публикует уведомление о порядке раскрытия информации в периодическом печатном издании с тиражом не менее 50 тысяч экземпляров, также раскрывает информацию о своей финансово-хозяйственной деятельности в форме ежеквартального отчета и сообщение о существенных фактах, затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность. Каждому приобретателю должна быть предоставлена возможность ознакомления с проспектом эмиссии.

Данное действие носит технический (неюридический) характер, поскольку совершается во исполнение решения о выпуске жилищных сертификатов (такого же мнения придерживаются В.В. Долинская и Л.Р. Юлдашбаева).

6. Размещение (подписка) жилищных сертификатов.

Размещение эмиссионных ценных бумаг согласно ст. 2 Закона о РЦБ – отчуждение эмитента ценных бумаг первым владельцам путем заключения гражданско-правовых сделок.

На наш взгляд, определение «размещения» как «отчуждения», неверно. При таком понимании предполагается обладание всей совокупностью прав, а в

1 Юлдашбаева Л.Р. Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций). - М., 1999. С. 79.

2 Долинская В.В. Акционерное право. Учебник / - М., 1997. С. 185.

случае документарных бумаг также права собственности, отчуждателем, который при размещении передает их в полном объеме приобретателю. Однако до момента приобретения права, закрепленные ценной бумагой, не возникают. Л.Р. Юлдашбаева указывает, что «несмотря на то, что на момент заключения сделки существует запись о наличии ценных бумаг на специальном эмиссионном счете в реестре, а также может существовать сертификат, эмиссионная ценная бумага до заключения сделки размещения как объект гражданского права еще не существует».¹

Поскольку речь идет об облигациях, воплощающих заемное обязательство, необходимо определить, с какого момента оно возникает. Как считает М.М. Агарков, одностороннее волеизъявление не указывается законом как источник каких-либо определенных обязательственных правоотношений; поэтому обязательственное правоотношение, выраженное в бумаге на предъявителя может возникать только на основании договора между составителем и приобретателем.² Это положение применимо и к именованным ценным бумагам. Действия эмитента на данном этапе можно охарактеризовать как оферту, сделанную в случае открытой подписки неограниченному кругу лиц, а действия приобретателя как акцепт на предложенных условиях. В совокупности это представляет собой договор между кредитором и должником, с момента заключения которого возникает обязательство. В данной ситуации имеет смысл говорить о договоре купли-продажи эмиссионных ценных бумаг, предметом которого выступает товар особого рода.

Размещение эмиссионных ценных бумаг осуществляется в форме:

- а) открытой (публичной) подписки – размещение среди неограниченного круга лиц;
- б) с публичным объявлением, проведением рекламной компании и регистрации проспекта эмиссии (частного размещения) – среди заранее известного круга лиц.

Представляется, что размещение жилищных сертификатов целесообразнее проводить в форме открытой подписки для привлечения инвестиций большого круга участников.

Размещение жилищных сертификатов осуществляется в течение срока, указанного в зарегистрированном решении о выпуске жилищных сертификатов, но не более года со дня его принятия. В течение срока размещения эмитент обязан представить в регистрирующий орган изменения и дополнения проспекта эмиссии, отражающие любые обстоятельства, которые могут повлиять на принятие решения о приобретении жилищных сертификатов.

Субъектами, реализующими первичное размещение, могут выступать сами эмитенты. Однако первичное размещение связано с приобретением права собственности, поэтому от субъекта, его реализующего, требуется доскональное знание нормативных актов и высокий профессионализм. Отсюда сами эмитенты облигаций редко производят размещение, а прибегают к

1 Юлдашбаева Л.Р. Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций). - М., 1999. С. 140.

2 Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. - М., 1993. С. 266.

помощи посредников, специализирующихся на рынке ценных бумаг, так называемых инвестиционных институтов. Такая возможность предусмотрена и для эмиссии жилищных сертификатов: размещение жилищных сертификатов может осуществляться: эмитентом жилищных сертификатов; профессиональным участником рынка ценных бумаг.

Андеррайтер – инвестиционный институт (или группа), обслуживающий и гарантирующий эмитенту первичное размещение на рынке ценных бумаг на согласованных условиях за вознаграждение (*underwriting* (англ.) - гарантировать размещение займа, ценных бумаг).¹ Акт купли-продажи при размещении ценных бумаг осуществляется через специальные финансовые институты: инвестиционные банки, брокерские фирмы, дилерские агентства, клиринговые компании и т. д. В отдельных случаях размещение ценных бумаг может производиться и через фондовые биржи.

7. Регистрация отчета об итогах выпуска жилищных сертификатов.

Не позднее 30 дней после завершения размещения жилищных сертификатов эмитент обязан представить отчет об итогах выпуска в регистрирующий орган. Отчет утверждается советом директоров, подписывается руководителем, главным бухгалтером, скрепляется печатью. Регистрирующий орган в течение двухнедельного срока принимает решение о регистрации отчета. В этом случае эмитенту выдается отчет с отметкой о регистрации, а также уведомление о регистрации.

Если в течение срока размещения будет размещено меньшее количество жилищных сертификатов, то их количество данного выпуска уменьшается регистрирующим органом на число не размещенных жилищных сертификатов на основании данных отчета об итогах их выпуска.

Поскольку данное действие является актом органа исполнительной власти, то речь идет об административном акте.² Для приобретателя жилищного сертификата оно не несет никакой правовой нагрузки, за исключением ситуации, когда регистрирующий орган признает такой выпуск несостоявшимся или эмиссию недобросовестной.

8. Раскрытие информации, содержащейся в отчете об итогах выпуска.

Эмитент обязан раскрыть в периодическом печатном издании информацию, содержащуюся в отчете об итогах выпуска жилищных сертификатов, в порядке, предусмотренном для раскрытия информации о выпуске. Данное действие носит технический (неюридический) характер.

На этом завершается эмиссия жилищных сертификатов. После чего выпуск считается состоявшимся.

Эмиссия жилищных сертификатов, проводимая органами исполнительной власти и местного самоуправления имеет свои особенности. Государственные ценные бумаги привлекательны прежде всего своей надёжностью. Это объясняется тем, что к государству имеется больше доверия, чем к любой компании. Муниципальные ценные бумаги имеют статус государственных ценных бумаг с точки зрения вопросов налогообложения для

1 Рынок ценных бумаг. Под ред. В.А. Галанова, А.И. Басова. - М., 2000. С. 175.

2 Аналогичных позиций придерживается В.В. Долинская / См. Указ. Соч. С.185.

юридических и физических лиц, а также порядка эмиссии и обращения. Займы федерального, субфедерального и муниципального уровней, с одной стороны, по конституционно-правовому статусу эмитентов являются принципиально различными, но, с другой стороны, по целевым назначениям, организационно-функциональным схемам, методическим и финансово-технологическим аспектам эмиссии и направлениям инвестирования заемных средств они вполне могут рассматриваться едва ли не как идентичные.

Выпускать жилищные сертификаты по Указу Президента РФ № 1182 от 10 июня 1994 года «О выпуске и обращении жилищных сертификатов» вправе не только юридические лица как участники гражданских правоотношений, но и органы исполнительной власти, и органы местного самоуправления. Однако по ст. 19 Закона о РЦБ процедура эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг, условия их размещения и обращения регулируются федеральными законами или в порядке, ими установленном. Их эмиссия подчиняется федеральному закону «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг», принятому Государственной Думой 15 июля 1998 года.¹ Анализируя соответствующие нормативные акты, мы видим, что порядок формирования пакета документов, необходимых для проведения эмиссии облигаций несколько отличается от процедуры эмиссии облигаций юридических лиц.

Процедура эмиссии государственных и муниципальных облигаций может быть представлена следующим образом:

1. Утверждение органами власти и местного самоуправления Генеральных условий эмиссии и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг в форме нормативного акта;
2. Принятие эмитентом решения о выпуске ценных бумаг;
3. Государственная регистрация условий эмиссии;
4. Изготовление сертификатов жилищных сертификатов (в случае размещения их в документарной форме);
5. Раскрытие информации, содержащейся в решении о выпуске;
6. Размещение жилищных сертификатов;
7. Принятие эмитентом нормативного правового акта, содержащего отчет об итогах эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг.

Согласно Бюджетному кодексу РФ решение об эмиссии ценных бумаг РФ, субъектов РФ или муниципальных ценных бумаг принимается соответственно Правительством РФ, органом исполнительной власти субъекта РФ, органом местного самоуправления в соответствии с предельными объемами дефицита бюджета и государственного или муниципального долга, установленными в соответствии с Бюджетным кодексом РФ, законом (решением) о бюджете, а также программой внутренних заимствований. Решение об эмиссии государственных ценных бумаг РФ принимается также в соответствии с Программой государственных внешних заимствований РФ (п. 1 ст. 114 БК РФ).

Правительство Российской Федерации, орган исполнительной власти

¹ РГР РФ. 6 августа 1998. № 148-149.

субъекта Российской Федерации, орган местного самоуправления утверждают Генеральные условия эмиссии и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг (далее - Генеральные условия) в форме нормативных правовых актов соответственно Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований.

На основе Генеральных условий эмитентом принимается решение о выпуске ценных бумаг также в форме нормативного правового акта, содержащего условия эмиссии и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг.

Решение о выпуске ценных бумаг Российской Федерации подлежит государственной регистрации в порядке, установленном для государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти. Нормативный правовой акт, содержащий условия эмиссии ценных бумаг субъекта РФ или муниципальных ценных бумаг, подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном Правительством РФ на составление и (или) исполнение федерального бюджета. Эмитенты ценных бумаг РФ, ценных бумаг субъектов РФ и муниципальных ценных бумаг принимают нормативный правовой акт, содержащий отчет об итогах эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг.

На начальном этапе при принятии эмитентом принципиального решения об использовании эмиссии долговых обязательств с целью стабилизации экономической и финансовой ситуации в регионе, анализируется и принимается тот или иной вариант ее решения с позиций профессионального анализа бюджетной ситуации и сопровождения эмиссионного проекта. При постановке этой задачи разные эмитенты по-разному подходят к организации подготовки своих эмиссионных программ. Некоторые из них образуют в структуре своих исполнительных органов специализированные подразделения по профессиональной подготовке и сопровождению эмиссий. Другие органы местной власти создают формально независимые структуры или привлекают к работам местные инвестиционные и финансовые институты, а затем - содействуют их профессиональному росту.

Большинство эмитентов используют для решения этих задач услуги независимых профессионалов этого нового сектора рынка ценных бумаг в качестве исполнителей по инвестиционному консультированию эмитента.¹

После решения эмитентом (самостоятельно или в партнерстве с привлеченным финансовым консультантом) ряда аналитических и организационных задач, процедура реализации эмиссионного проекта переходит в практическую, организационно-правовую плоскость.

Порядок предоставления информации содержащейся в решении о выпуске и ее состав определяются органом, осуществляющим государственную регистрацию условий эмиссии ценных бумаг субъектов РФ и муниципальных ценных бумаг. Раскрытие информации о государственных и муниципальных

¹ Подобным путем пошли такие эмитенты, как, например, Ярославская, Тюменская, Оренбургская, Новгородская и Ростовская области, Республика Саха (Якутия) и т. д.

ценных бумагах, осуществляется путем: опубликования нормативного правового акта - Генеральных условий; опубликования нормативного правового акта - условий эмиссии; опубликования и/или раскрытия иным способом эмитентом информации, содержащейся в решении о выпуске, не позднее чем за два рабочих дня до даты начала размещения; опубликования и/или раскрытия иным способом эмитентом информации, связанной с решением о выпуске, в том числе информации о размере очередного купона по государственным или муниципальным ценным бумагам с переменным купонным доходом в соответствии с условиями эмиссии и решением о выпуске. Помимо этого, органы исполнительной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления обязаны ежеквартально опубликовывать отчеты об исполнении бюджетов субъектов Российской Федерации и местных бюджетов.

Размещение муниципального облигационного займа осуществляется через посредство одного или нескольких уполномоченных на это коммерческих банков или других коммерческих структур. Выбор таких посредников для размещения муниципальных займов должен осуществляться на конкурсной основе с учетом минимизации расходов местного органа власти на выпуск и обращение облигаций.

Каково соотношение характера этапов эмиссии юридических лиц и публичных субъектов? Если в первом случае мы их обозначили как совокупность юридических фактов (сделок, административного акта и договора), то, что представляют собой подобные действия во втором случае? Что служит основанием для возникновения обязательства между эмитентом и приобретателем ценной бумаги?

«Правоотношение – это такое общественное отношение, которое предусмотрено нормой права. Правоотношение возникает при наличии предпосылок:

1) нормы права, которые, регулируя общественные отношения, придает ему характер (форму) правоотношения;

2) правоспособности, носители которой могут быть субъектами правоотношения;

3) юридических фактов, с наличием или отсутствием которых нормы права связывают движение правоотношения».¹

«Норма права предусматривает условия возникновения, изменения и прекращения правоотношения. Указание на эти условия содержится в гипотезе нормы, и называются они юридическими фактами».² «Юридические факты – это обстоятельства или жизненные факты, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение, прекращение правоотношения».³

Нормы права устанавливаются нормативными актами. Нормативные акты – «акты, устанавливающие нормы права, вводящие их в действие, изменяющие

1 Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Диссерт. к.ю.н. - М., 1976. С.9.

2 Общая теория права и государства. Учебник. Под ред. В.В. Лазарева - М., 1994. С.140.

3 Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. - М., 1961. С. 242-243; Денисов А.И. Теория государства и права. - М., 1967. С. 361; Кечекьян С.Ф. Правоотношение в советском обществе. - М., 1953. С. 161.

или отменяющие правила общего характера».¹ Поэтому Закон об особенностях эмиссии в своих нормах содержит условия для возникновения правоотношения по эмиссии ценных бумаг публичных субъектов.

В теории юридические факты разделяются на действия и события. В свою очередь выделяются действия правомерные и неправомерные. Правомерные действия проявляются в качестве юридических актов и юридических поступков. Юридические акты разделяются на сделки и административные акты. Юридические акты – действия, прямо направленные на достижение правового результата. Совершая юридические акты, граждане, государственные органы и другие субъекты создают, изменяют, прекращают правоотношение либо для себя, либо для других субъектов.² Сделки – это действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Форма сделок может быть устная и письменная, в случаях, указанных в законе, они подлежат государственной регистрации. Административные акты государственных органов и органов местного самоуправления являются по своей природе ненормативными и непосредственно направлены на возникновение гражданских прав и обязанностей у конкретного субъекта – адресата акта.

Те действия, которые совершает эмитент рассматриваемых ценных бумаг (утверждение Генеральных условий эмиссии, принятие решения об эмиссии, принятие отчета об итогах эмиссии) являются условиями возникновения правоотношения, то есть юридическими фактами. Но в систему юридических актов по общепринятому мнению нормативные акты не входят.

Принятие корпоративным эмитентом решения о выпуске жилищных сертификатов и подготовка проспекта эмиссии жилищных сертификатов, являясь сделкой, соотносится с принятием Генеральных условий эмиссии и решения об эмиссии. Государственная регистрация выпуска жилищных сертификатов и регистрация проспекта их эмиссии (является административным актом) соотносится с государственной регистрацией Генеральных условий эмиссии и решения об эмиссии как нормативных актов. Изготовление сертификатов жилищных сертификатов (в случае размещения их в документарной форме), раскрытие информации и размещение, имея некоторые особенности, тем не менее, во многом типичны. И последнее, регистрация отчета об итогах выпуска корпоративного эмитента (административный акт) сопоставим с принятием публичным эмитентом нормативного правового акта, содержащего отчет об итогах эмиссии. Принятие властного предписания компетентного органа и особый порядок государственной регистрации вместо совершения сделки и административного акта, порождающих гражданские правоотношения, отличают данную эмиссию от эмиссии юридическими лицами.

Здесь мы видим проявление особого статуса публичных образований. «Это особое положение отражает две противоположные тенденции. С одной стороны, необходимость уравнивания государства в отношениях с субъектами

1 Общая теория права и государства. Учебник. Под ред. Лазарева. В.В. - М., 1994.

2 Исаков В.Б. Юридические факты в советском гражданском праве. - М., 1984. С. 27.

частного права, не обладающими властными полномочиями, а с другой – использование этих полномочий для направления хозяйственного развития в определенное русло».¹ То есть, здесь может идти речь об особенностях правоспособности публичных субъектов.

Ко всему прочему, объединяет эти две процедуры то, что вне зависимости от типа эмитента на них распространяются нормы ГК РФ и Закона о РЦБ (кроме процедуры эмиссии, условий размещения и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг).

Таким образом, мы столкнулись со случаем, когда нормативный акт, не являясь юридическим фактом, выполняет функцию юридического факта.

О.А. Красавчиков, исследуя юридические факты, обратил внимание на следующее. В нашей литературе существует точка зрения, согласно которой правовая норма может создавать непосредственно (помимо юридических фактов) права и обязанности для конкретных лиц.² По его мнению, их точка зрения основывается на смешении конкретных предписаний с общими (нормами права). Он считает, что «конкретных, индивидуальных норм» не существует. Конкретными могут быть не нормы, а предписания, которые в определенных случаях выступают в качестве юридических актов.

Норма права (общее предписание) не обращена к какому-то конкретному лицу (лицам). Ее предписание обращено ко «всякому и каждому», чье поведение подпадает под действие этой нормы. Кто из неопределенной массы субъектов станет участником правоотношения, еще не известно.³

Под так называемыми правоотношениями из закона обычно понимают правовые связи, основанием движения которых служит непосредственно сам закон.

Отнесение той или другой юридической связи к числу правоотношений из закона, не облегчает, а затрудняет выяснение природы, характера и отраслевой принадлежности данного отношения. Анализ заканчивается там, где он должен черпать свое начало. В нашей литературе и по сей день, пользуются правами гражданства такие понятия как обязательство из закона, представительство по закону, наследование по закону.

Закон не является непосредственным основанием движения конкретных правоотношений в специальном смысле этого слова. Он стоит над каждым правоотношением, признавая те или иные факты в качестве основания движения правоотношений. Закон – общая и обязательная предпосылка динамики правовых связей, но не частная их основа подобно договору или деликту. Установление юридического состава (факта) обуславливающего в силу закона определенный этап движения конкретного правоотношения позволит вскрыть юридическую конструкцию рассматриваемой связи, найти в ней главное и характерное.⁴

Основываясь на вышесказанном, можно сделать вывод, что этапы

1 Иванов А.А. Гражданское право. Учебник. Ч. 1. Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева - С-Пб., 1996. С. 153.

2 См.: Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. - М., 1940. С. 279-280.

3 Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. - М., 1958. С. 26-27.

4 Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. - М., 1958. С.180.

эмиссии ценных бумаг публичных субъектов не могут быть нормативными актами и проходить регистрацию в качестве нормативного акта. Это такие же юридические факты, как и в случае с эмиссией ценных бумаг корпоративных эмитентов, служащие основанием возникновения соответствующего гражданского правоотношения. И, как следствие, необходимо внести соответствующие изменения в ФЗ «Об особенностях эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг».

ПОНЯТИЕ ПРИЗНАНИЯ ИНОСТРАННОГО СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ

*Саттарова З.З. – ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса,
К.Ю.Н.*

Одним из дискуссионных вопросов международного гражданского процесса является вопрос о признании и исполнении решений иностранных судов. Законная сила и обязательность судебных решений как актов верховенства права государства действуют только на территории государства, в котором они были вынесены. Действие иностранных судебных решений в другом государстве возможно при условии его признания последним. Признавать или не признавать решение иностранного суда, и на каких условиях – это суверенное право каждого государства. Нормы международного права не устанавливают обязанности признавать иностранные судебные решения. Известны различные системы признания и исполнения решений иностранных судов.

Выделяют пять закрепленных в различных правовых системах типов отношения к иностранному решению.

1. Отказ в признании за решением иностранного суда практически любой юридической силы, прежде всего в том, что касается возможности его принудительного исполнения. Для реализации своих прав на территории таких стран стороны должны заново начинать процесс, заявляя самостоятельный иск перед национальным судьей (Голландия, Дания, Финляндия, Швеция).

2. В ряде систем юридическая сила признается за любым иностранным судебным решением при условии прохождения им специальной процедуры контроля, обуславливающей получение экзекватуры, в том числе и за не нуждающимися в принудительном исполнении, например, решении об отказе в исковых требованиях. До получения экзекватуры за решением не признается никакой юридической силы и стороны не могут на него ссылаться (Италия).

3. Третий тип систем исходит из признания юридической силы за любым иностранным решением, отвечающим определенным условиям, с момента его вынесения. В то же самое время, получение экзекватуры требуется для его принудительного исполнения в отношении лиц или имущества (Германия, Греция).

4. Страны, придерживающиеся смешанной системы, проводят различие в зависимости от типа иностранного решения. Экзекватура обязательна в

отношении решений имущественного характера. Юридическая сила признается за ними только с момента ее получения. Решения лично-неимущественного характера признаются обладающими юридической силой с момента вынесения. Экзекватура, которая требуется лишь для их материального исполнения в отношении лиц или имущества, не наделяет их юридической силой, а лишь регистрирует признание таковой (Бельгия, Люксембург, Франция, Япония).

5. Наконец, страны общего права воспроизводят систему полноправного признания юридической силы, применяя, тем не менее, специальные процедуры непосредственно к исполнению. Признание и исполнение могут иметь место непосредственно, если это прямо предусмотрено законом, определяющим отношения со странами Британского содружества или с теми, с которыми подписана международная конвенция. В таких случаях имеет место «регистрация» иностранного решения. Если решение вынесено в другой стране и не попадает под действие такого закона, ему можно придать исполнительный характер при помощи основанного на нем иска *«on the judgement»* о выплате сумм с соответствующей стороны. Такой иск является воспроизведением первоначального иска, где иностранному решению отводится роль доказательства (Великобритания, Австралия, Новая Зеландия).

Таким образом, все правовые системы балансируют между двумя полюсами отношений: новым пересмотром дела по существу и контролем иностранного решения. В системах, требующих пересмотра дела по существу, стадия экзекватуры напоминает апелляционную инстанцию, в которой суд, наряду с возможностью оценки правильности применения правовых норм и интерпретации фактов, обладает полномочиями по принятию новых доказательств и их оценке, возможно новых требований, и в итоге, может заменить первоначальное решение совершенно иным. Не являясь просто новым изучением дела, пересмотр его по существу выражает политику систематического отказа в признании эффективности иностранного решения, всякий раз, когда точка зрения судей страны вынесения и страны исполнения может различаться.

Принципа контроля придерживаются правовые системы, исходящие из того, что, поскольку права сторон, вытекающие из правомерного с международной точки зрения иностранного решения, возникли на законном основании и пользуются юридической защитой в государстве вынесения, то они должны пользоваться уважением и в других странах. Зачастую в пользу признания иностранных решений служит то, что они затрагивают сферу международного оборота, в нормальном развитии которого государства заинтересованы. Контроль иностранного решения ограничивается проверкой его соответствия определенным требованиям. Объем и содержание критериев такой проверки могут различаться. Но каковы бы они не были, общим остается принцип, согласно которому после установления правомерности иностранного решения, судья должен разрешить его экзекватуру. Одновременно, такой подход не отрицает возможности нового изучения дела, что иногда имеет место

при проверке соответствия решения некоторым условиям выдачи экзекватуры¹.

Каждое признающее государство создает для себя правила, на основании которых оценивает со своей точки зрения наличие международной подсудности у государства, вынесшего судебное решение. В связи с этим следует отметить, что для европейской доктрины международного частного права проверка компетенции иностранного суда, вынесшего решение, является основным условием выдачи экзекватуры. Данные правила компетенции в части признания иностранных судебных решений называются опосредованной компетенцией или правилами оценки. Широко распространен так называемый принцип зеркального отражения, согласно которому признающее государство зеркально переносит свои правила, регулирующие компетенцию по вынесению решений, на государство, выносящее решение: мы признаем решение, если иностранный суд при гипотетическом действии нашего правила подсудности обладает международной компетенцией по вынесению решения.

Законодательство ряда стран предъявляет требование наличия взаимности со стороны иностранного государства в качестве необходимого условия признания и/или исполнения решений его судов на своей территории. Обычно оно формулируется абстрактным образом, без каких бы то ни было пояснений. Поль Лагард, автор одной из лучших работ о взаимности в международном частном праве, в первом абзаце своей лекции перед Академией международного права сначала определяет взаимность в международном частном праве как «положение, в соответствии с которым государство ставит решение проблем международного частного права, возникающих на его территории, в зависимость от того, как иностранные государства разрешают аналогичные проблемы, возникающие на их территории, а затем иллюстрирует такой подход в области судебных решений; это отношение, состоящее для государства в признании эффекта за судебными решениями, вынесенными в иностранном государстве, лишь при том условии, что в этом иностранном государстве признается эффект за его собственными судебными решениями»².

Предъявление требования взаимности в качестве условия исполнения иностранных судебных решений более характерно для начального периода развития международного частного права. На сегодняшний день оно встречается все реже, однако продолжает действовать в праве ряда стран.

В Германии³, Испании, - это требование существует давно. Швейцария отказалась от общего характера требования взаимности лишь в 1987 г. после принятия закона о международном частном праве. Право отдельных штатов США требует ее наличия (Джорджия, Айдахо, Нью-Гемпшир). Однако условие взаимности еще принимается во внимание при реформах национальных законодательств и закрепляется в ряде новых законов, принятых недавно в Беларуси, Грузии, Перу, Румынии, Тунисе, Турции и Югославии.

До появления идеи универсального характера права отношения между

1 Литвинский Д.В. Условия исполнения иностранных судебных решений во Франции // Журнал международного частного права. 2001. № 2-3 (32-33). С. 35-37.

2 Lagarde P. La reciprocite en droit international prive // Recueil des Cours de l'Academie de droit international. 1977-1. T. 154. P. 11.

3 Шак Х. Международное гражданское процессуальное право - М., 2001. С. 426-427.

государствами строились исключительно на принципе взаимности. Именно взаимность использовалась юристами в качестве средства обоснования международного права. Мишель Виралли указывал, что «...учитывая современную структуру международного сообщества, взаимность находится в основании всего международного права»¹.

В сфере международного частного права источники взаимности лежат в теории территориальности. Требование взаимности применительно к вопросам исполнения иностранных судебных решений тесно связано с теорией *comitas gentium*, разработанной в области коллизии законов голландскими учеными в конце XVII века, искажением первоначального смысла которой оно в конечном итоге и является.² Как полагали придерживавшиеся принципа территориальности голландцы, закон, принятым от имени носителя государственного суверенитета, должен рассматриваться как единственно применимый ко всем лицам, постоянно или временно находящимся на его территории. Идея государственного суверенитета позволяла принимать во внимание права, приобретенные в соответствии с иностранным законом, при условии отсутствия ущерба для местной власти: иностранный закон мог применяться *ex comitae*, из вежливости. При этом речь шла о добровольной уступке, совершаемой для совместного удобства, необходимость и пределы которой самостоятельно определяются каждым сувереном.

В этой теории взаимность играла достаточно позитивную роль. Исходя из идеи взаимности, в своих действиях каждая «нация» должна руководствоваться не политикой, реально проводимой другими странами, а исходить из ожидаемой от них модели поведения, рассматриваемой в качестве универсально приемлемой схемы отношений.

Вместе с тем, постепенно высказывается мысль о том, что несоблюдение принципа взаимного удобства создает риск реторсий со стороны иностранного государства. Уступки, осуществляемые по отношению к иностранным законам в силу принципа взаимности, обосновывались не только ожиданием от иностранных государств соответствующего отношения, но и опасением перед ответными мерами.

Идея о том, что признание в одной стране юридической силы за решением, вынесенным в иностранном государстве, представляет собой акт сотрудничества по отношению к его системе правосудия, обосновывала тезис о возможности подобного отношения лишь к тем решениям, которые вынесены в странах, придерживающихся аналогичного поведения. Постепенно *comitas* окончательно сводится к простому опасению реторсий со стороны другого государства. Основанная на идее взаимного удобства позитивная взаимность постепенно трансформируется в негативную, принимая форму реторсий по отношению к иностранному праву: или в качестве превентивной меры или как реакция на действия иностранных государств, не оправдавших ожиданий,

1 Virally. Le principe de reciprocite dans le droit international contemporain // Recueil des Cours de l'Academie de droit international. 1967 -III. T 122. P. 9-10.

2 Lagarde P Op. cit. P. 114.

которые возлагались на них *comitas*.¹

С течением времени теория *comitas gentium* породила два возможных типа отношения к вопросу признания и исполнения иностранных решений:

1) Исходя из того, что каждое государство обладает на своей территории полнотой государственного суверенитета, проявляющегося в том числе и в его монополии в сфере осуществления правосудия, они отрицают признание любой обязательной силы за решением суда другого государства, если новый процесс не имеет места на их территории. Для требования взаимности здесь не остается места.

2) В системах, акцентирующих внимание на признании актов иностранной власти, дело обстоит иначе. Возможные противоречия между местной и иностранной властью подталкивают к рассмотрению поведения иностранного государства с точки зрения взаимности.

Примером высокой степени доверия служит Брюссельская конвенция по вопросам юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров от 27.09.1968 г., в соответствии с которой признание судебных решений, вынесенных в другом государстве – участнике Конвенции происходит автоматически без специального судебного производства и проверки наличия международной подсудности суда, в котором было вынесено решение.

Поль Лагард различает два возможных подхода к условию взаимности.² 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 ссылка 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, для суда ее наличие создает дополнительные сложности на стадии оценки»³. Поэтому правовые системы многих стран развиваются в направлении признания и исполнения иностранных решений на базе проверки юрисдикционной компетенции иностранного суда и соответствия публичному порядку.

Проблема признания иностранных судебных решений неразрывно связана с вопросом о суверенитете государств, который не должен нарушаться вмешательством судебной власти одного государства в иностранную судебную

1 Интересно отметить тот факт, что идея *comitas* все еще находит свое отражение в праве различных государств. Например, пункт 20 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда № 8 от 11 июня 1999 г. «О действии международных договоров Российской Федерации, применяемых к вопросам арбитражного процесса» напоминает, что исполнение поручений иностранных судов возможно «на условиях международной вежливости». См.: Вестник ВАС. Специальное приложение к № 1. 2001.

2 Lugarde P. Op.cit. P. 141.

3 Литвинский Д.В. Взаимность в области признания и исполнения решений судов иностранных государств // Журнал международного частного права. 2002. № 2-3 (36-37). С. 34.

власть. Начиная с 60-х годов прошлого века, наметилась тенденция к установлению упрощенного порядка признания иностранного судебного решения. В процессуальной литературе справедливо отмечается, что «признание иностранного судебного решения экономит обеим сторонам время и деньги, необходимые для второго судебного разбирательства внутри страны; препятствует уклонению должника от исполнения им своих обязанностей, если он после вынесения неблагоприятного для него судебного решения переселится со всем своим имуществом за границу»¹. Признание иностранного судебного решения, предотвращая вынесение противоречащих друг другу решений по одному и тому же делу, служит также согласованности судебных решений, исключает образование свободных от исполнения территорий, что соответствует интересам мирового правопорядка.

Известный российский ученый Т.М. Яблочков подчеркивал, что признанием на территории своего государства законной силы решения иностранного суда не умаляется значение государственной власти, ее суверенитета. «Здесь дело идет, - пишет он, - не об исполнении приказов, исходящих от иностранной власти, и никакого материального содействия от отечественных органов не испрашивается иностранцем, все, что требуется от последних - это не пренебречь существованием другого судебного решения и приписать решению иностранного суда ту же доказательную силу, как и всякому другому акту, засвидетельствованному гражданским чиновником. Ясно, что этим требованием не может быть оскорблена независимость государства».²

В правовой доктрине о признании иностранных судебных решений не выработано единообразного понимания о том, что в точности означает понятие «признание иностранного судебного решения». Отсутствует определение этого понятия в действующих международных договорах и процессуальном законодательстве Российской Федерации, в связи с чем возникают вопросы правовой регламентации процессуального порядка признания и исполнения иностранных судебных решений.

В процессуальной литературе высказаны различные точки зрения относительно сущности признания иностранного судебного решения.

По мнению И.С. Перетерского «признание иностранного судебного решения означает признание его исполнительной силы»³. Д.Д. Аверин под признанием решения иностранного суда понимает признание правового действия решения, выражающегося в его свойстве обязательности на территории своего государства⁴. Представляет интерес определение, которое дано Н.И. Марышевой, рассматривающей сущность признания решений иностранных судов в «признании за этими решениями такой же юридической силы, какую имеют вступившие в законную силу решения судов данного государства: они приобретают свойства неопровержимости, исключительности,

1 Шак Х. Указ. соч. С. 386.

2 Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. - Ярославль, 1909. С. 206.

3 Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. - М., 1959. С. 104.

4 Аверин Д.Д. Положение иностранцев в советском гражданском процессе. - М., 1966. С. 148.

а решения о присуждении – также исполнимости; они становятся обязательными для должностных лиц и органов государственной власти данного государства»¹. В указанном определении обращается внимание не на отдельные элементы действия решения (обязательность или исполнимость), а на действие законной силы судебного решения в целом.

Признание решения иностранного суда служит подтверждением гражданских и иных прав и обязанностей в такой же степени, что и решение соответствующего отечественного суда. В ряде случаев достаточно, чтобы решение было признано. В других же случаях оно должно быть еще и исполнено, т.е. подвергнуто специальной процедуре по разрешению исполнения. Таким образом, признание иностранного судебного решения является необходимой предпосылкой для его исполнения, но для принудительного исполнения обычно устанавливаются дополнительные требования сверх тех, которые обязательны для признания иностранного решения². Следует также иметь в виду, что между принудительным исполнением и признанием может быть установлена и иная связь. В случае, когда принудительное исполнение предполагает признание иностранного судебного решения, указание в законе на возможность принудительного исполнения означает и указание на признание такого решения.

Рассматривая сущность признания иностранного судебного решения, С.С. Сорокина дает следующее определение: «Признание иностранного судебного решения представляет собой распространение правового действия судебного решения на территории другого суверенного государства в пределах действия аналогичного решения, вынесенного в признающем государстве, и являющееся необходимой предпосылкой для его исполнения на территории признающего государства».³ Недостатком данного определения, по нашему мнению, является использование формулировки «распространение правового действия судебного решения» вместо «распространение законной силы судебного решения», а также сопоставление правового действия иностранного и внутригосударственного судебного решения.

Признание решения иностранного суда не может сводиться к подтверждению факта существования этого решения без учета правовых последствий, которые влечет принятое по конкретному делу судебное решение, вступившее в законную силу. Юридический интерес в признании решения в другом государстве заключается в одобрении (подтверждении) его законной силы. Законная сила судебного решения есть его правовое действие, проявляющееся в том, что наличие или отсутствие прав и лежащих в их основе фактов устанавливаются окончательно, и в том, что установленные решением суда права подлежат беспрекословному осуществлению по требованию

1 Марышева Н.И. Рассмотрение судами гражданских дел с участием иностранцев. - М., 1970. С. 93.

2 Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс. - М., 1976. С. 167-213; Курс гражданского процессуального права. Т. 2. Судопроизводство по гражданским делам. - М., 1981. С. 391-395; Богуславский М.М. Международное частное право. - М., 1994. С. 381-388.

3 Сорокина С.С. Правовая сущность и предпосылки признания и исполнения иностранного судебного решения // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве // Под ред. М.К. Треушников. - М., 2004. С. 210.

управомоченных лиц¹. Правовое действие законной силы судебного решения проявляется в свойствах неопровержимости, исключительности, преюдициальности, исполнимости. С учетом международной договорной практики и особенностей различных правовых систем необходимо выработать единообразную правовую доктрину о свойствах законной силы судебного решения, действие которых будет допускать государство, признавая иностранное судебное решение. От определения предмета признания зависит установление условий признания и оснований к отказу в признании. Предмет признания судебных решений составляет не судебное решение как единое целое, а его отдельные последствия. Некоторые последствия судебного решения с самого начала не представляют интереса для признания. По мнению некоторых авторов, важнейшим действием судебного решения является его материальная законная сила, диапазон действия которой в разных системах права различен.²

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. 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.

С учетом вышеизложенного под признанием иностранного судебного решения следует понимать дозволение действия законной силы судебного решения, проявляющегося в свойствах неопровержимости, исключительности, преюдициальности, а также допущение принудительного исполнения.

1 Авдюков М.Г. Судебное решение. - М., 1959. С. 23.

2 Шак Х. Указ. соч. С.381-382.

РАЗВИТИЕ И СОВРЕМЕННОЕ ТОЛКОВАНИЕ ПОНЯТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

Стройкина Ю.В. – доцент кафедры гражданского права и процесса, к.ю.н.

Гражданского правоотношение – это не просто базовая категория гражданского права. Без наличия правоотношения в реальной жизни присутствие правовых норм бессмысленно. В свою очередь, правоотношение определяет, какое правило должно возникнуть в законе. Здесь, как нигде более, проявляется общий постулат регулирования – право должно реагировать на изменения общественной жизни.

Результат действия нормы права может выразиться в различных формах. Одна из таких форм - обличение общественных отношений в форму правоотношений. Указанная связь нормы и правоотношения была названа реализацией нормы, хотя норма реализуется не только в правоотношении¹.

Правоотношение представляет собой результат действия нормы права. Данное положение нельзя понимать упрощенно. Конечно, правоотношение возникает в результате действия самых различных факторов. Важно, что реальное отношение осуществляется в соответствии с предписаниями нормы. Именно в этом выражается реализация нормы, «превращение долженствования в акт конкретного поведения»². С указанной точки зрения правоотношение и должно рассматриваться как результат действия нормы.

Несмотря на то, что первый взгляд на рассматриваемую категорию дает представление о четкости теоретических положений, касающихся правоотношения, в литературе понятие, признаки его вызывают спорные суждения цивилистов. Рассмотрим различные точки зрения на поставленные вопросы с применением, в том числе, исторической систематизации.

Дореволюционная теория права вообще и цивилистика, в частности, придавала категории правоотношения, несомненно, большое значение. Правоотношение рассматривалось как субъективное право, реализация которого обеспечивается посредством притязания к другому лицу. Так, М.Н. Коркунов определял правоотношение как бытовое отношение, регулируемое юридической нормой. Он конструировал понятие юридического быта как совокупности юридических отношений. Но самый круг этих отношений он существенно ограничивал. Основным в правоотношении он считал обязанность, рассматривая правоотношение как отношение двух субъектов, связанных друг с другом взаимными правами и обязанностями.³ Ф.В. Тарановский, Г.Ф. Шершеневич, Л.И. Петражидский также считали юридические отношения связью между двумя лицами, между которыми

1 «Вопросы общей теории советского права». - М.: Госюриздат, 1960. С. 126-127; Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М. С. 62-72; Керимов Д.А. Проблема целостности в праве // Советское государство и право. 1971. № 7. С. 14.

2 Явич Л.С. Право и общественные отношения. – М.: Госюриздат, 1971.

3 Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права, изд. 9-е. - С-Пб, 1914.

устанавливаются взаимная обязанность и притязание.¹ ГФ. Шершеневич писал, что «юридическое отношение находится в тесной зависимости от норм права. Нормы права устанавливают юридическое отношение тем, что принуждают одно лицо к известному поведению, с которым связан какой-либо интерес для другого или других. Отсюда обнаруживается строение всякого, юридического отношения»². В соответствии со структурой правоотношения подвергались анализу основные элементы правового регулирования- субъекты права, объекты, основания возникновения прав и обязанностей. Таким образом, теория правоотношения в дореволюционной науке не раскрывала связи права с регулирующими им общественными отношениями, но имела известную юридико-техническую ценность, помогая анализу механизма правового регулирования.

Вопрос о понятии правоотношения, в том числе и гражданского, является в современной литературе спорным. Можно сказать, что сложилось два основных направления. Согласно первому из них, гражданские правоотношения - это основанные исключительно на нормах гражданского права особые, самостоятельные отношения, существующие отдельно от отношений, регулируемых нормами гражданского права. Иначе говоря, они представляют собой опосредующие звенья между нормой права и теми отношениями, на которые норма права воздействует.³

Согласно второму направлению, гражданские правоотношения - это те отношения, которые составляют предмет гражданского права, но только принявшие в результате их урегулирования правовую форму. Иначе говоря, правовое регулирование не влечет за собой образования двух отношений - регулируемых и правовых, поскольку в реальной действительности существует только урегулированное правом отношение.

Оба направления, как справедливо отмечают, занимают несколько крайние позиции. Первое, справедливо исходя из того, что правоотношение самостоятельный вид отношений, отказывает фактическим волевым отношениям в признании юридического характера, что неправомерно. Второе направление, исходя из единства формы и содержания, регулируемого нормами гражданского права, отношение не утрачивает, что само правоотношение формой этого отношения не является. Оно является формой фактического отношения, «в котором отражается экономическое отношение».⁴ Это фактическое волевое отношение возникающее благодаря обмену и в обмене, и получает «правовую форму в виде договора».⁵

Если провести исторический анализ развития учения правоотношения советского периода, мы придем к следующим выводам. В литературе советского периода даются различные понятия гражданского правоотношения,

1 Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. - Юрьев, 1917. С. 143-164; Шершеневич Г.Ф. Философия права. Т.1. - М., 1911. С. 568; Петражидский Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 2. - С-Пб., 1907. С. 344.

2 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. - М., 1912. 805 с.

3 Толстой Ю.К. К теории правоотношения. -Л., 1959. С. 22.

4 Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения т.23. с.94.

5 Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения т.19. с.393.

в зависимости от того, какой теории правоотношения придерживается тот или иной автор. Можно рассмотреть условную периодизацию развития учения о правоотношении.

Первые советские юристы подошли к решению вопросов, касающихся сущности правоотношений, зависимости от экономики. К числу наиболее заметных работ в советской теории права периода 20—30-х годов относились работы Н. В. Крыленко, П. И. Стучки, Е. Б. Пашуканиса, А. Г. Гойхбарга.¹

В начальный период под правоотношением понималось общественное отношение, урегулированное нормами права. Как показал Б.Л. Назаров, до половины 30-х годов правоотношение считалось первичной категорией теории права и поэтому включалось в понятие права многими юристами². Совпадающую в принципе характеристику этому явлению дает в своей работе и Л.С.Явич.³

Второй этап развития теории правоотношения – с конца 40-х до 60-х годов – характеризуется углублением представлений о связи правоотношений с экономикой, о взаимосвязи норм права и правоотношений, о субъектах права, более полной разработкой теории субъективных прав и юридических обязанностей. Выходят работы Н. Г. Александрова, М. Н. Агаркова, С. Н. Братуся, А. И. Денисова, А. К. Стальгевича, С. Ф. Кечекьяна.

Третий период – с начала 60-х годов – связан с ростом внимания к проблеме правоотношений. Он отличается тем, что, с одной стороны, углубленно исследуются отдельные вопросы проблемы, такие, как субъект права, субъективные права, а с другой – правоотношение изучается в системе других правовых явлений. Все это находит отражение в работах специалистов как общей теории права, так и отраслевых юридических наук. 70-80-е г.г. характеризуются возрастанием интереса к проблеме правоотношения⁴. В его определении уже нет единства⁵. Появилась точка зрения, согласно которой правоотношение есть лишь связь субъектов правами и обязанностями⁶. По мнению Л. С. Явича, эта точка зрения связана с ошибочной формализацией правоотношений⁷. Часть ученых отстаивает правоотношение как реальное отношение, урегулированного правом⁸.

Одно из наиболее аргументированных и специфичных мнений было выражено Ю.Г. Ткаченко. Он считает, что термин «правоотношение» следует раскрывать в одном случае как «отношение», в другом – как «модель»⁹, тем самым спорность позиций по поставленному вопросу будет устранена.

Отдельные явления общественной жизни охватываются первым

1 Назаров Б. Л. Социалистическое право в системе социальных связей. - М., Юрид. лит., 1976.

2 Назаров Б. Л. Социалистическое право в системе социальных связей. - М., Юрид. лит., 1976. С. 36. Совпадающую в принципе характеристику этому явлению дает в своей работе и Л. С. Явич. См.: Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 108

³ Явич Л.С. Общая теория права. – Л., 1976. С. 108.

4 Назаров Б.Л. Социалистическое право в системе социальных связей. - М.: Юрид. лит-ра, 1976. С. 36; Явич Л.С. Общая теория права. - Л., 1976. С. 108.

5 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М.: Юрид. лит-ра, 1980. 176 с.

6 Толстой Ю.К. Еще раз о правоотношении. // Правоведение, 1969. № 1.

7 Явич Л.С. Общая теория права. - Л., 1976. С. 83.

8 Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. - М.: Юрид. лит-ра, 1974. С. 7.

9 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М.: Юрид. лит-ра, 1980. 176 с.

понятием, заложенном Ткаченко, - «правоотношения-отношения». В юридической литературе в этом контексте понимается урегулированное правом общественное отношение. Общеизвестность такого понятия четко выразила Р.О. Халфина, указав, что, «несмотря на различие словесных формулировок, сущность правоотношения видится в том, что оно представляет собой общественные отношения, урегулированные нормой права»¹.

Действительно, общественные отношения - это результат социальной деятельности. Многие авторы (например, В.П. Мозолин и М.П. Карпушин) отмечают, что общественное отношение не может возникнуть без деятельности людей. Поэтому нельзя согласиться с критикой этих аспектов (Б.Л. Назаров).

Связь правоотношения с деятельностью необычна. Объясняется это тем, что право призвано лишь формировать определенные стороны объективно существующей предметной деятельности. От такой регламентации нового отношения, которое входило бы в состав прежнего, не возникает. На это положение обратили внимание О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский. Они писали, что правоотношения вне реального отношения нет.²

Следовательно, «правовые» отношения появляются не на пустом месте и не представляют собой нового правового вида отношений. Они не вносят в эти отношения и нового правового предмета, отличного от предмета тех отношений, которые правом регулируются. Мы считаем, что в юридической литературе выяснены и другие специфические черты, возникающие вследствие регулирования правом общественных отношений. Они были рассмотрены Н.Г. Александровым, С.С. Алексеевым, В.М. Горшеневым, А.И. Денисовым, А.В. Мицкевичем, А.Ф. Шебановым, Р.О. Халфиной, Л.С. Явичем и другими исследователями этого вопроса. О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский специально поставили в своей работе вопрос о том, какие «специфические свойства возникают у общественного отношения вследствие того, что оно облекается в правовую форму».³

Раскрывая эти свойства, они показали, что правоотношение возникает между конкретными лицами, характеризуется определенностью поведения его участников, возникает на основе норм, а осуществление правоотношений обеспечивается государством. С.С. Алексеев добавляет к характеристике указание на «связь между лицами через субъективные права и обязанности»².

Однако для Ткаченко все сказанное позволяет сделать вывод, что, называя отношение правоотношением, «мы даем не содержательную, а лишь функциональную характеристику отношения. Указание на правовой характер этого отношения свидетельствует о том, что на это отношение оказано правовое воздействие с целью упрочения или вытеснения».⁴

Ткаченко считает, что «не существует правовых в собственном смысле отношений, а есть лишь правовой способ регулирования общественных отношений. Такой вывод на первый взгляд кажется парадоксальным.

1 Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. С. 23.

2 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений.— М.: Юрид. лит-ра, 1980. 176 с.

3 Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. - М.: Госюриздат, 1961. С. 183.

4 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М.: Юрид. лит-ра, 1980. 176 с.

Предметом юридической практики является либо формирование, оформление деятельности индивидуальных субъектов в соответствии с предписанием права в различных областях жизни, либо оценка с правовых позиций этой деятельности и принятие мер защиты и принуждения»¹.

Законодатель решает, приняли ли отношения тот вид, на который он рассчитывал, создавая правовую норму – общую модель поведения, и решает вопрос об эффективности данного закона².

Модель индивидуального поведения с самим поведением отождествлена быть не может. В силу этого, по Ткаченко, признание за правоотношением качества мысленной «модели» исключает характеристику его как общественного отношения³. Само поведение – реализация нормы.

Предложенная изначально в 1973 году точка зрения Ткаченко на правоотношение как индивидуальную модель поведения субъектов права получила неодинаковую интерпретацию в вышедших затем работах Р.О. Халфиной и Б.Л. Назарова. Рассмотрению правоотношения в единстве понятий «модели» и «отношения» посвящена работа Р.О. Халфиной. В ней исследуется правоотношение как урегулированное нормой права реальное общественное отношение «в единстве его формы и содержания. При этом форма 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»⁴. Развивая это положение, автор пишет: «Рассматривая отношение как единство материального содержания и правовой формы, можно различать следующие связи элементов правоотношения: связь прав и обязанностей, как той модели, которая должна определять реальное поведение; реальная связь участников правоотношений, которая должна соответствовать модели; связь реального поведения и модели, которая находит свое выражение в осуществлении прав и выполнении обязанностей»⁵.

Правоотношение как модель есть субъективное право и юридическая обязанность, понимаемые как возможность и необходимость определенного предписываемого поведения⁶. Специально этот вопрос поставил в своей монографии Б.Л. Назаров. При его рассмотрении он исходит из того, что правоотношение – это модель поведения. Поведение в само правоотношение им не включается. Б.Л. Назаров полагает, что «содержанием правоотношений является поведение их участников»⁷, то есть содержание и форма, по его мнению, существуют в связи, но не в единстве. Связано это, видимо, с трактовкой Б.Л. Назаровым самого понятия модели. Он полагает, что «идея о правоотношении как модели поведения вряд ли говорит в пользу утраты им (т.е. правоотношением) качества разновидности общественного отношения».

1 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 154.

2 Там же. С. 160.

3 Там же. С. 159.

4 Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. С. 7.

5 Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. С. 211.

6 Ткаченко Ю.Г. О соотношении содержательного и формального в понятии «правоотношение». - Труды ВЮЗИ. Т. XXXII. - М., 1973.

7 Назаров Б.Л. Социалистическое право в системе социальных связей. С. 41.

Такое положение он аргументирует тем, что модель поведения есть связь субъектов правами и обязанностями, а связь дает основание говорить о реальности общественного отношения.

Отождествление «правоотношения-модели» с реальным отношением нашло отражение в позиции Назарова и Халфиной. Признание правоотношения моделью привело к трактовке правоотношения как явления, соединяющего в одно и модель поведения, и само поведение. Именно с этих позиций излагает вопрос о понятии правоотношения Р.О. Халфина. Она предполагает, что правоотношение есть единство модели и поведения¹.

Рассмотрение «правоотношений-отношений» показывает результат воздействия «правоотношений-моделей» на фактические отношения. Следовательно, сами «правоотношения-отношения» – это реализованные в деятельности субъектов правовые модели. Соединение этих явлений в одно представляется неоправданным с точки зрения Ю.Г. Ткаченко.

Фактические действия субъектов дает основание для формирования понятия правомерного (либо противоправного) поведения. Так образуются понятия большей абстракции; в данном случае это понятие «правоотношение-модель». Применительно к праву, но в общем виде, к широкому кругу правовых явлений это положение рассмотрел Д.А. Керимов, исследовавший вопросы философии права².

«Правоотношением называется модель индивидуального поведения людей, возникающая на основе общей модели — нормы права. Эта модель указывает на право и обязанность. «Правоотношение-модель» дает основания для квалификации фактического отношения»³.

На наш взгляд, выделение отдельных категорий правоотношения – модели и правоотношения – отношения не отвечает целесообразности. Общая категория правоотношения заложена в этом случае в трактовке правоотношения – отношения. Модель же есть не что иное, как сама норма права, фиксирующая правило поведения субъектов отношения. Если возникает ситуация, когда общая совокупность прав и обязанностей в норме не соответствует совокупности в реальном отношении, мы говорим либо о частичном применении нормы права, либо о нарушении нормы и необходимости возложения ответственности на субъекта.

Необходимо отметить, что указанные аспекты не описывают всех спорных моментов теории правоотношения. Например, Лазарев утверждает, что «правоотношение — это объективно возникающая в обществе в соответствии с законом или даже до закона особая форма социального взаимодействия, участники которого обладают взаимными, правами и обязанностями и реализуют их в целях удовлетворения своих потребностей и интересов в особом порядке, не запрещенном государством или гарантированном и охраняемом им в лице определенных органов»⁴. «Правоотношения,

1 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М.: Юрид. лит-ра, 1980. С. 161.

2 Керимов Д.А. Философские проблемы права. - М.: Мысль, 1972. С. 51-73.

3 Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. - М.: Юрид. лит-ра, 1980. 176 с.

4 Общая теория права и государства: Учебник под ред. В.В. Лазарева. – 3-е издание, переработанное и дополненное. – М.: Юристъ, 2001. 520 с.

возникающие до закона, служат источником юридических норм, то есть формируют общественную, а значит, и государственную волю. Правоотношения, возникающие на основе юридических норм, в основе своей имеют юридический факт (фактический состав). Они реализуют государственную волю, содержащуюся в юридических нормах, носящих общий (безличный) характер, гарантируются и охраняются государством».¹

Однако, на наш взгляд, категорически недопустимо говорить о возможности отнесения к категории правоотношения формы взаимодействия субъектов (реальные отношения) до регулирования их законом. До этого момента это социальные отношения. Становятся правовыми отношениями они только в случае, если начинают регулироваться правом.

Следует отметить, что сторонников теории Ткаченко в полном объеме нет. Теоретики соглашались с теми или иными аспектами, но в большинстве своем речь ведется о двух основных направлениях, упомянутых в начале.

Первое: гражданские правоотношения – это основанные исключительно на нормах гражданского права особые, самостоятельные отношения, существующие отдельно от отношений, регулируемых нормами гражданского права, представляющие собой опосредующие звенья между нормой права и теми отношениями, на которые норма права воздействует.

Второе: гражданские правоотношения – это отношения, составляющие предмет гражданского права, но только принявшие в результате их урегулирования правовую форму. В реальной действительности существует только одно урегулированное правом отношение, представляющее собой единство формы и содержания.

В.С. Ем определяет понятие гражданского правоотношения, опираясь на общее понятие правоотношения, как отношения, являющиеся особым видом специальных связей субъектов, возникающих и существующих на основе правовых норм с акцентом на связи субъектов, носящей юридический характер. Содержание этой связи составляют права и обязанности субъектов.

В.С. Ем дает понятие гражданского правоотношения, в котором отражены его признаки: гражданское правоотношение – это юридическая связь равных, имущественно и организационно обособленных субъектов отношений, выражающаяся в наличии у них субъективных прав и обязанностей, обеспеченных возможностью применения к их нарушителям государственно-принудительных мер имущественного характера.²

По мнению В.Г. Вердникова, гражданское правоотношение представляет собой юридическую связь между участниками урегулированного гражданским правом имущественного или лично неимущественного отношения, выражающуюся в наличии у них взаимных субъективных прав и обязанностей.

А.П. Сергеев и Ю.К. Толстой считают, что гражданское правоотношение – это само общественное отношение, урегулированное нормой гражданского

1 Общая теория права и государства: Учебник под ред. В.В. Лазарева. – 3-е издание, переработанное и дополненное. – М.: Юристъ, 2001. 520 с.

2 Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник /отв. ред. Профессор Е.А. Суханов. – 2-е изд. Переработанное и дополненное. – М.: Издательство БЕК, 1998. С. 92.

права¹. И, в продолжение взглядов советского периода: «правовое регулирование не приводит к созданию каких-либо новых общественных отношений, а лишь придает определенную форму уже существующим отношениям, которые становятся одним из гражданских правоотношений».²

А.П. Сергеев спорит с мнением тех авторов, которые рассматривают гражданское правоотношение в качестве особого идеологического отношения, существующего наряду с реальным имущественным отношением.³ Такой подход к понятию гражданского правоотношения, считает теоретик, позволяет четко разграничить идеологические и базисные отношения, но не дает достаточно ясного представления о том, как право воздействует на экономику.

Аналогичного определения придерживается С.П. Гришаев: «гражданские правоотношения — это волевое общественное имущественное, или личное неимущественное отношение, урегулированное нормами гражданского права, в котором его участники юридически связаны наличием взаимных субъективных прав и обязанностей»⁴.

Ю.Н. Гревцов считает, что правоотношение есть специфическая форма социального взаимодействия субъектов права для реализации интересов и достижения результата, не противоречащего источнику права.

В.А. Дозорцев считает, что правоотношение - это конкретная правовая связь между конкретными субъектами; выражается она в установлении их взаимных прав и обязанностей; следовательно, гражданское правоотношение - это имущественное или личное неимущественное отношение, урегулированное нормой гражданского права, устанавливающей или санкционирующей взаимные права и обязанности конкретных субъектов или одного субъекта).⁵

Н.И. Матузов определяет правоотношения как урегулированные правом и находящиеся под охраной государства общественные отношения, участники которых выступают в качестве носителей взаимно корреспондирующих друг другу юридических прав и обязанностей.⁶

Глущенко указывает, что правоотношение – общественное отношение, участники которого наделены субъективными гарантированными государством правами и юридическими обязанностями, и урегулированное нормами права, возникающее одновременно на основе нормы права и доброй воли вступающих в эти отношения сторон⁷.

По мнению Халфиной, Рясенцева, правоотношение может рассматриваться в аспекте единства правовой формы и материального содержания⁸. Выражение «урегулированное правом» означает не только

1 Толстой Ю.К. К теории правоотношения. - Л., 1959. С. 30.

2 Гражданское право. Т. 1. Учебник. Изд. 4-е переработанное и дополненное / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого – М.: «Проспект», 1999. С. 81-83.

3 Толстой Ю.К. К теории правоотношения. - Л., 1959. С. 22.

4 Гражданское право: Учебник под ред. С.П. Гришаева. - М.: Юрист, 1999. 484 с.

5 Советское гражданское право: Учебник под ред. О.М. Садикова. - М.: Юрид. лит-ра, 1983. С. 30.

6 Теория государства и права: Курс лекций под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е издание, переработанное и дополненное. - М.: Юристъ, 2000. С. 515.

7 Глущенко В.В. Теория государства и права, системно- управленческий подход. - Железногорск, Моск. обл., ООО НПЦ «Крылья», 2000. С. 321-336.

8 Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. - М., 1974. С. 91.

конкретную регламентацию отношений данного вида специальными правовыми нормами, но и распространение на них общих норм гражданского права, либо только придание юридического значения действиям, которые соответствуют общим началам и смыслу гражданского законодательства¹.

Правоотношение - это волевое отношение, так как всегда обусловлено волей государства, волей участников. Юридическое отношение реально возникает только в ходе действительного взаимодействия сторон. Отсюда можно сделать вывод, что возникновение правоотношений зависит от волеизъявления и поведения сторон данных отношений. В этом смысле правоотношение есть всегда результат взаимодействия сторон, они определяют качество взаимодействия в рамках юридического отношения. Разумеется, отмеченное – не единственное условие возникновения и реализации правоотношений. Но эти признаки являются существенными, при их отсутствии исключается возможность возникновения правоотношений.²

Любопытно присутствие в теории взглядов, пытающихся примирить две противоположные позиции. С точки зрения Афанасьева и Граната, это возможно в случае, если мы рассматриваем предлагаемые учеными категории правоотношения в узком и широком смысле.

В.С. Афанасьев, Н.Л. Гранат выделяют два вида правоотношения (в широком и узком смысле) по отношению к юридическим нормам. Под правоотношением в широком смысле понимается объективно возникающая до закона особая форма социального взаимодействия, участники которого обладают взаимными, корреспондирующими правами и обязанностями, и реализуют их в целях удовлетворения своих потребностей и интересов в особом порядке, не запрещенном государством. Под правоотношением в узком смысле слова понимается разновидность социального отношения, урегулированного юридической нормой, участники которого обладают корреспондирующими правами и обязанностями и реализуют их в целях удовлетворения интересов в особом порядке, гарантированном и охраняемом государством в лице его органов. Иными словами, под правоотношениями этого вида понимается юридическая норма в действии.

На наш взгляд, подобные предложения следует отнести к одной группе с теорией Ткаченко. Здесь также выделяется некое правоотношение, приближенное к идеальному, к норме права. Как мы отмечали в критике теории Ткаченко, в этом случае авторы находят иную трактовку самого правила поведения, урегулированного правом.

Подводя итог характеристике, можно сделать следующие выводы. Существование гражданских правоотношений — следствие урегулирования отношений, составляющих предмет гражданского права. Так, «экономическое отношение, в свою очередь образующее содержание имущественного отношения, не утрачивает своей объективной (материальной) сущности»³.

1 Советское гражданское право. Ч. I. 3 - изд. (отв. ред. В.А. Рясенцев). - М.: Юрид. лит-ра, 1986. С. 70.

2 Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е. Ответственный редактор профессор М.Н. Марченко. Том 2. - М.: ИКД «Зеркало-М», 2001. С. 405.

3 Советское гражданское право. Ч.1 2-е изд. Доп. и перераб. // Под ред. В.Ф.Маслова, А.А. Пушкина. - Киев: Изд-во «Ваша школа», 1983. С. 86-95.

В современном правоведении выделяются следующие подходы к определению понятия правоотношения. В одном случае, под правовым отношением понимают специфическую связь между правом и юридической обязанностью в смысле их соотношения. В результате, рассматриваемый взгляд оказывается ближе всего к пониманию правоотношения как абстрактного соотношения субъективного права и юридической обязанности. По существу, на правовое отношение в этом случае переносят основные характеристики нормы законодательства. В другом случае под правовым отношением понимают самостоятельное положение субъекта права в правовой структуре. Это – трактовка, которая может указывать на характеристики, отражающие соотношенность должного субъекта права с иными субъектами права.

Очень распространена трактовка правоотношения как разновидности общественного отношения, урегулированного нормой права. По существу это нормативистское объяснение юридического отношения. Наконец, мы придерживаемся той позиции, согласно которой под правовым отношением понимают реальное взаимодействие субъектов права в интересах пользования правами и достижения желаемого результата, не противоречащего юридической норме. В более полном смысле правоотношение есть специфическая форма социального взаимодействия субъектов права для реализации интересов и достижения результата, предусмотренного законом или не противоречащего закону, а также иным источникам права.

Придя к выводу, что представляет собой само правоотношение по существу, мы можем перейти к анализу признаков правоотношения и гражданского правоотношения.

Теория права в качестве постулата принимает следующие признаки правоотношения вообще:

основная масса правоотношений, без предусматривающих их юридических норм, не возникает;

участниками правоотношений могут быть только субъекты права, т.е. лица, обладающие правосубъектностью;

для правоотношений характерна специфическая связь сторон в форме взаимных прав и юридических обязанностей;

в основе возникновения правоотношений лежит юридический факт (фактический состав);

правоотношения, поскольку возникают на основе юридических норм, гарантируются в исполнении и охраняются государством.

В свою очередь, мы должны более подробно говорить именно о признаках частных правоотношений. Думается в современной теории стоит останавливаться на гражданских правоотношениях именно как на частных, рыночных отношениях.

Понятие рынка есть понятие экономическое, но это не означает, что юридическую характеристику его, и отношений, которые в условиях рынка возникают, невозможно дать. Государство решает основную задачу — создание правовых основ рынка, без которых невозможно функционирование рыночного

механизма¹. Важное значение имеет определение рыночных отношений как правоотношений. Они характеризуются как экономическими, так и правовыми признаками. С экономической точки зрения рыночные отношения признаются таковыми при следующих условиях: неограниченное число участников конкуренции; свободный доступ на рынок и такой же выход из него; мобильность трудовых, материальных, финансовых и прочих ресурсов; полная информированность каждого участника конкуренции о предложении и спросе, ценах и норме прибыли; ни один участник свободной конкуренции не в состоянии оказывать влияние на решения, принимаемые другими участниками; свободное предпринимательство и возмездность и др.² При этом надо иметь в виду, что рыночные отношения не тождественны экономическим, последние значительно шире по своему содержанию и существуют в любом обществе, при любой экономической и политической системе. Рыночные отношения действуют лишь при определенных условиях.

Теоретики справедливо отмечают, что правовые признаки рыночных отношений можно вывести лишь в том случае, если возможно будет определить их как объект правового регулирования³.

Объект правового регулирования — это общественные отношения, требующие правового воздействия и подвергающиеся ему. Рыночные отношения, регулируемые нормами права, являются правоотношениями, «поскольку они, во-первых, возникают как результат социальной деятельности на основе действующих правовых норм; во-вторых, они являются волевыми, поскольку ну функционирование производительных сил, ни органически связанные с ним отношения процессов производства, распределения и обмена невозможны без сознательно, волевым образом действующих людей, ...проявляются в форме волевых актов и материальных интересов участников процессов общественного производства и воспроизводства...»⁴.

Вместе с тем, как подчеркивала Р.О. Халфина, в самом начале становления в России рынка мера внешнего воздействия на экономику должна быть такова, чтобы не подрывать способность к саморегуляции.⁵ Мы поддерживаем цивилистов, считающих, что отдельные акты должны соответствовать переходному периоду, другие должны быть рассчитаны на условия уже сложившегося рынка⁶. Нормативная система должна улавливать динамику рынка.

В сфере рынка категория гражданского правоотношения является конкретизирующей категорией с точки зрения системы законодательства. Тот факт, что система частного права РФ представляет пример монистической системы, позволяет, на наш взгляд, утверждать, что иные отношения (кроме

1 Халфина Р.О. Что необходимо для правового обеспечения рынка // Советская юстиция. 1993. № 2. С. 5; Ее же. Современный рынок: правила игры. - М., 1993. С. 4.

2 Ведяхин В.М., Ревина С.Н. Об особенностях рыночных правоотношений // Журнал Российского права. № 8, 2002. С. 48-56.

3 Денисов Л.И. Теория государства и права. - М., 1999. С. 206.

4 Шкрядов В.П. Экономика и право: опыт экономико-юридического исследования. - М., 1990. С. 6.

5 Халфина Р.О. Право и переход к рынку. С. 54.

6 Ведяхин В.М., Ревина С.Н. Об особенностях рыночных правоотношений // Журнал Российского права. № 8, 2002. С. 48-56.

гражданских) в категорию рыночных отношений включать мы не можем.

«Отношения гражданского права обладают определенными типичными чертами, являясь правоотношениями особого структурного типа по общему характеру их построения и по специфике их основных элементов»¹.

Цивилисты называют несколько отличные друг от друга признаки.

По мнению О.С. Иоффе, существует следующий ряд внешних признаков, отличающих гражданское правоотношение от иных видов²:

1) метод защиты гражданских прав. Права эти могут быть осуществлены против воли обязанной стороны, в порядке гражданского иска.³

2) основания возникновения гражданских правоотношений. Отношения гражданского права, как правило, имеют своим основанием свободное волеизъявление их участников⁴. Этот признак справедливо критикуется различными учеными, ведь отношения гражданского права могут возникать и при отсутствии волеизъявления сторон.

3) диспозитивный характер гражданских прав и как следствие диспозитивность их правового регулирования. Отсюда вытекает специфика норм гражданского права – они диспозитивны в большинстве своем.

4) особые способы прекращения гражданских правоотношений, например новация, зачет, сложение долга одностороннее волеизъявление и другие, известны только гражданскому праву.⁵

Гражданское правоотношение обладает признаками, свойственными любому правоотношению и некоторыми специфическими чертами⁶. Это юридическое равенство субъектов, множественность объектов, возможность установления содержания правоотношений по соглашению сторон, специфика способов осуществления субъективных прав, мер ответственности.

Таким образом, гражданские правоотношения — урегулированные нормами гражданского права социально-значимые отношения, возникающие по поводу материальных и нематериальных благ, осуществляемые юридически равноправными субъектами, наделенными правовой автономией и имущественной обособленностью, действующими на основе диспозитивного волеизъявления, реализация которых подкреплена возможностью применения имущественных санкций в качестве мер государственного принуждения.

1 Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права (докторская диссертация - автореферат). - Вестник ЛГУ, 1947. № 12. С. 95.

2 Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». 2-е изд., испр. - М.: «Статут», 2003. 782 с. (Серия «Классика российской цивилистики»).

3 Там же.

4 Там же.

5 Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». 2-е изд., испр. - М.: «Статут», 2003. 782 с. (Серия «Классика российской цивилистики»). ISBN 5-8354-0031-4.

6 Советское гражданское право. Ч. 1, 3-е изд / отв ред В.А. Рясенцев. - М.: Юрид. лит-ра, 1986. С. 69-80.

ДЕЙСТВИЕ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В АРБИТРАЖНОМ СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ И КАССАЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ

Томиной А.П. – преподавателя кафедры гражданского права и процесса

1. На страницах периодической печати отмечается, что расширение состязательных начал является одной из основных тенденций развития арбитражного процесса¹. Такой тенденции подчинено всё процессуальное законодательство. В настоящее время каждый процессуальный институт, так или иначе, стремится к соответствию состязательной модели. В основе состязательности лежит полярность интересов сторон, распределённая между ними обязанность по доказыванию, наделение сторон широкими полномочиями по осуществлению предоставленных прав.

Однако необходимы определённые процессуальные шаги, обеспечивающие реальность правового состязания, в котором активность и инициативность принадлежит сторонам, а суд играет относительно пассивную роль.

В.П.Кашепов отмечает, что гарантией судебной защиты прав и свобод гражданина является установленная Конституцией РФ и действующим законодательством возможность повторного (двухинстанционного) судебного разбирательства. Законодательство о судебной системе должно обеспечить всем гражданам право обратиться в вышестоящий суд иного звена судебной системы с просьбой о пересмотре решения суда по любому делу².

Апелляционное производство представляет собой урегулированный АПК порядок пересмотра не вступивших в законную силу решений и определений арбитражного суда субъекта РФ посредством повторного рассмотрения и разрешения дела по существу³.

«Производство в апелляционной инстанции – одна из стадий арбитражного процесса, перед которой стоят общие для всего арбитражного процесса задачи (ст. 2 АПК РФ). Вместе с тем, данная стадия процесса имеет свои специфические цели. Главная из них – проверить законность и обоснованность не вступивших в законную силу решений и определений, вынесенных судом первой инстанции, и тем самым не допустить вступление в законную силу и исполнение ошибочных судебных актов. Арбитражный суд апелляционной инстанции обязан проверить правильность судебных актов, как с фактической, так и с правовой стороны по имеющимся в деле и дополнительно представленным доказательствам»⁴.

С данным определением, в целом, следует согласиться. Однако, необходима, на наш взгляд корректировка терминов. Важно разграничивать по

¹ Решетникова И.В. Состязательная система доказывания: новеллы АПК РФ // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 31.

² Кашепов В.П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства её реализации // Государство и право. 1998. № 2. С. 69.

³ Гражданское процессуальное право. Учебник под ред. М.С.Шакарян. - М.: Проспект. 2004. С. 536.

⁴ Арбитражный процесс. Учебник под ред. М.К.Треушникова. - М.: Городец, 2003. С. 476-477.

смыслу такие категории, как «цели» и «задачи». Правильным в решении этого вопроса является подход, предложенный Г.А.Жилиным. Согласно ему, цели и задачи, составляющие в совокупности целевые установки правосудия, определяют функции суда и являются объективным критерием судебной деятельности. При этом определяющей является цель правосудия – защита нарушенных прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций. В то время как задачи правосудия играют подчинённую роль по отношению к цели и служат средством её достижения¹.

Поэтому выполнение апелляционной инстанцией своей функции по пересмотру судебных актов и решение специальной задачи по проверке законности и обоснованности обжалованных судебных актов также должно приводить к достижению цели правосудия – защите нарушенного материального права.

Таким образом, как отмечает И.Г.Арсёнов, апелляционное производство, представляющее собой повторное рассмотрение спора, то есть собственно «пересмотр», позволяет исправлять ошибки в установлении фактических обстоятельств дела, что, согласно п. 3 ст. 287, ч. 4 ст. 305 АПК РФ, не допустимо в кассационном и надзорном производстве².

Право апелляционного обжалования является правом на возбуждение деятельности суда второй инстанции по проверке законности и обоснованности решения суда первой инстанции, не вступившего в законную силу.

В отличие от ГПК РФ, ч. 1 ст. 257 АПК устанавливает, что право обжаловать в порядке апелляционного производства решение суда первой инстанции, не вступившее в законную силу, имеют лица, участвующие в деле, а также иные лица в случаях, предусмотренных процессуальным законодательством. Правовой статус последних регулируется ст. 42 АПК. Представляется, что систематическое толкование норм АПК позволяет отнести их к лицам, участвующим в деле, что подтверждается в процессуальной литературе³, а также соответствует официальным разъяснениям, данным Пленумом ВАС⁴.

Что касается конкретных проявлений принципа состязательности в арбитражном суде апелляционной инстанции, то оно прослеживается уже при подаче апелляционной жалобы. Так, ст. 260 АПК предписывает необходимость указать в апелляционной жалобе, помимо «технических» реквизитов, также требования лица, подающего жалобу, и основания, по которым решение обжалуется, со ссылкой на законы, иные нормативные правовые акты, обстоятельства дела и имеющиеся в деле доказательства.

Кроме того, лицо, подающее апелляционную жалобу, обязано направить другим лицам, участвующим в деле, копии апелляционной жалобы и документов, которые у них отсутствуют (ч. 3 ст. 260 АПК). Причём, в суд должны быть представлены документы, подтверждающие выполнение этой

¹ Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. - М., 2000. С. 6-7.

² Арсёнов И.Г. Арбитражный процесс. Проблемы кассационного пересмотра. - М.: Норма. 2004. С. 43-44.

³ См., например, Арбитражный процесс. Учебник под ред. М.К.Треушников. - М.: Городец, 2003. С. 479. Комментарий к АПК РФ под ред. В.В.Яркова. - М., 2004. С. 623.

⁴ Вестник ВАС РФ. 1997. № 12.

обязанности.

В процессуальной литературе отмечается, что «особое внимание при составлении жалобы надо обратить на изложение доводов жалобы. Каждый из них должен быть подкреплён материалами дела. Если жалобщик считает, что суд не применил закон или иной нормативный акт, который необходимо было применить в данном деле, или суд неправильно истолковал применённый нормативный акт, то он должен сослаться на надлежащий закон или дать правильное, по его мнению, толкование закона»¹.

В отличие от гражданского процесса, здесь очевидна существенная специфика в проявлении принципа состязательности: ст. 322 ГПК РФ не содержит столь жестких требований и предписывает лишь представить апелляционную жалобу и приложенные к ней документы с копиями по числу лиц, участвующих в деле.

Кроме того, необходимость сослаться на нормы права, которые, по мнению апелланта, были нарушены судом, предполагает наличие специальных знаний, что само по себе является отличительной чертой функционирования апелляционной инстанции в арбитражном процессе. «Состязательность – сложное процессуальное явление, которое способно дать положительный эффект особенно в тех случаях, когда участники процесса обладают высоко профессиональными знаниями, профессиональной культурой, точным пониманием своих задач»².

Содержание принципа состязательности в арбитражном процессе включает в себя право лиц, участвующих в деле, знать об аргументах друг друга до начала судебного разбирательства (ч. 2 ст.9 АПК). В суде первой инстанции это право обуславливает обязанность ответчика представить отзыв на исковое заявление (ч. 1 ст. 131 АПК). Для суда второй инстанции это право проявляется в необходимости предоставления отзыва на апелляционную жалобу, причём, формулировка законодателя может быть понимаема как императивное указание, на что обращается внимание в процессуальной литературе³.

Однако, это не вполне правильно с формально юридической точки зрения. Общепринято считать, что юридическая обязанность – это предусмотренная нормой права мера должного поведения участника правоотношений⁴. «В отличие от субъективного права, от исполнения юридической обязанности нельзя отказаться. Отказ от исполнения юридической обязанности является основанием для юридической ответственности»⁵.

¹ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С.Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 598.

² Фурсов Д.А. Предмет, система и основные принципы арбитражного процессуального права (проблемы теории и практики). - М.: Инфра, 1999. С. 427.

³ Комментарий к АПК РФ под ред. А.Н.Гуева. - М.: ИНФРА-М, 2003. С. 445. Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. - М.: Городец, 2004. С. 135.

⁴ Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. - М., 1994. С. 95. Хропанюк В.Н. Теория государства и права. - М., 1997. С. 317. Теория государства и права. Курс лекций под ред. Матузова Н.И., Малько А.В. - М., 1997. С. 490; Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Гражданский процесс. - М.: Норма, 2004. С. 84; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. - М., 2003. С. 52.

⁵ Общая теория права и государства. - М.: Юрист, 1994. С. 146.

Как справедливо отмечает А.Т.Боннер¹, в соответствии с ч. 3 ст. 41 АПК, неисполнение процессуальных обязанностей лицами, участвующими в деле, влечёт за собой последствия, предусмотренные процессуальным законодательством. В случае же непредставления отзыва на апелляционную жалобу никаких санкций судом не может быть применено. Следовательно, более правильно было бы вести речь о том, что отзыв на апелляционную жалобу – это право, а не обязанность лиц, участвующих в деле.

Что касается содержательной стороны отзыва, то, как правило, в нём приводится анализ доводов апелляционной жалобы. Указание на новые доказательства здесь встречается довольно редко. Как отмечает А.Н.Гуев, содержание отзыва – произвольное: лицо, участвующее в деле, не обязано в нём реагировать на все доводы, приводимые в жалобе. В отзыв могут быть включены определённые ходатайства лица, участвующего в деле (например, о необходимости дополнительного исследования доказательств).²

И.П.Гонзус указывает, что в стадии апелляционного обжалования без ограничений могут быть представлены доказательства, подтверждающие возражения по отзыву на апелляционную жалобу³.

Гарантией действия принципа состязательности является требование ст. 262 АПК о том, что, во-первых, отзыв должен быть направлен всем лицам, участвующим в деле; во-вторых, к отзыву, направленному в арбитражный суд, необходимо приложить доказательства отсылки копий отзыва другим лицам, участвующим в деле; в третьих, отзыв направляется заказным письмом с уведомлением о вручении в срок, обеспечивающий возможность ознакомления с ним до начала судебного заседания (о дне судебного заседания участники процесса узнают из определения арбитражного суда, направленного им в соответствии со ст.186, 261 АПК).

Систематическое толкование норм главы 19 и 34 АПК позволяет выявить основные элементы, характеризующие состязательный процесс в стадии апелляционного производства.

«В первой и апелляционной инстанциях арбитражное дело рассматривается в полном объёме по существу по одинаковым практически процессуальным правилам»⁴. Это означает, в частности, что жалоба рассматривается в судебном заседании (ст. 152, 153 АПК), где суд исследует доказательства в соответствии со ст. 162 АПК. В заседании арбитражного суда должен соблюдаться порядок (ст. 154 АПК).

Не касаясь подробно общего порядка рассмотрения дела, следует отметить, что в свете реализации принципа состязательности особое место занимает выяснение вопроса о явке в судебное заседание участников процесса, и, в частности, лиц, участвующих в деле. Так же, как и в суде первой инстанции, в случае неявки в судебное заседание кого-либо из лиц,

¹ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С.Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 601.

² Комментарий к АПК РФ под ред. А.Н.Гуева. - М., 2003. С. 446.

³ Гонзус И.П. Принцип состязательности в новом АПК РФ // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 8. С. 14.

⁴ Кожемяко А.С. Кассационное производство в арбитражном суде. Теория и практика. - М.: Городец, 2004. С. 16; Клеандров М.И. Арбитражный процесс. - М.: Юрист, 2003. С. 270.

участвующих в деле, надлежащим образом не извещённых о времени и месте рассмотрения дела, суд обязан отложить разбирательство дела.

В соответствии со ст. 266 АПК, арбитражный суд апелляционной инстанции рассматривает дело в судебном заседании по правилам рассмотрения дела арбитражным судом первой инстанции с особенностями, предусмотренными главой 34 АПК¹. На наш взгляд, существенное значение имеет указание данной нормы на особенности производства в суде апелляционной инстанции, что выгодно отличает её от формулировки ст. 327 ГПК.

«Каждая стадия процесса характеризуется стоящей перед ней задачей. Каждая стадия отражает тем самым право и обязанность суда по осуществлению правосудия на том или ином его этапе в сотрудничестве со сторонами и другими участвующими в деле лицами»².

Следует согласиться с А.Т.Боннером³ в том, что природа апелляции не может сводиться только к новому рассмотрению дела по существу. Главное назначение апелляции – проверка законности и обоснованности уже вынесенных решений и исправления ошибок, которые в них допущены.

Как отмечает С.Загребнев, апелляционная инстанция не подменяет собой суд первой инстанции и остаётся по отношению к нему контрольным правовым институтом⁴.

«Таким образом, задача апелляционной инстанции состоит, прежде всего, в том, чтобы путём рассмотрения спора по существу, но на основании уже сформированного доказательственного и фактического материала проверить правильность решения суда первой инстанции. При этом апелляционная инстанция может устанавливать новые юридически значимые факты, которые не были установлены судом первой инстанции, а также исследовать новые доказательства»⁵.

Важной гарантией реализации состязательных правомочий лиц, участвующих в деле, является то, что в ходе каждого судебного заседания арбитражного суда апелляционной инстанции, а также при совершении отдельных процессуальных действий вне судебного заседания ведётся протокол (ст. 155 АПК РФ)⁶. Отсутствие в деле протокола заседания арбитражного суда апелляционной инстанции или неподписание его лицами, указанными в ст. 155 АПК, является безусловным основанием к отмене постановления, на что справедливо обращает внимание А.Н.Гуев⁷.

В соответствии со ст. 268 АПК, арбитражный суд апелляционной инстанции принимает дополнительные доказательства, если лицо, участвующее

¹ Арбитражный процесс. Учебник под ред. М.К.Треушникова. - М.: Городец, 2003. С. 490.

² Гражданское процессуальное право. Учебник под ред. М.С.Шакарян. - М.: Проспект, 2004. С. 24.

³ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С.Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 609.

⁴ Загребнев С. Апелляционная и кассационная инстанция в арбитражных судах – общее и различия // Хозяйство и право. 1997. № 2. С. 106.

⁵ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С.Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 609.

⁶ В процессуальной литературе норма, установившая обязательность ведения протокола, справедливо называется «нововведением принципиального характера». Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Гражданский процесс. - М.: Норма. 2004. С. 641.

⁷ Комментарий к АПК РФ под ред. А.Н.Гуева. - М.: 2004. С. 453.

в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными¹.

Исходя из принципов состязательности и процессуального равноправия можно сделать вывод, что право предоставлять новые доказательства принадлежит всем лицам, участвующим в деле (к которым следует относить и субъектов, указанных в ст. 42 АПК).

«Дополнительные доказательства могут быть не приняты судом апелляционной инстанции, если будет установлено, что заинтересованное лицо в суде первой инстанции вело себя недобросовестно и не представило эти доказательства с целью затянуть процесс»².

К вопросу о представлении в суд апелляционной инстанции новых доказательств нужно отметить, что достаточно часто причиной их непредставления в суд первой инстанции является мнение лица о том, что сведения, в них содержащиеся, к делу не относятся. «В то же время, по смыслу ч. 1 ст. 76 АПК вопрос об относимости доказательств решает арбитражный суд, который вправе (но не обязан) предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства»³. Неизбежно возникает вопрос о том, можно ли считать в этом случае, что доказательства не были представлены по уважительной причине, тем более, если они имеют существенное значение для исхода дела.

Представляется, что в свете ст. 19, 46 Конституции РФ на данный вопрос ответ должен быть положительным. Но в этом случае налицо противоречие с содержанием ч. 2 ст. 268 АПК, так как такая причина непредставления доказательств не может считаться не зависящей от лица, участвующего в деле.

Как справедливо отмечает В.В.Азаров, «суд апелляционной инстанции повторно рассматривает дело, проверяет как законность, так и обоснованность судебных актов, и столь явное ограничение действия принципа состязательности, как установление крайне жестких условий принятия новых доказательств в этой инстанции вряд ли уместно»⁴.

Таким образом, указанные положения АПК нуждаются в совершенствовании, или, во всяком случае, в официальном разъяснении.

Порядок ведения заседания и исследования дополнительных доказательств, если они были представлены в апелляционную инстанцию, определяется председательствующим.

По общему правилу, в первую очередь заслушиваются объяснения лиц, участвующих в деле и представителей.

Затем суд должен исследовать дополнительные доказательства, принятые или истребованные апелляционной инстанцией по их ходатайству.

«Во время рассмотрения дела заинтересованные лица вправе

¹ Как отмечает В.М.Шерстюк, в этом заключается специфика проявления принципа состязательности в суде апелляционной инстанции. См. Арбитражный процесс. Учебник под ред. М.К.Треушниковой. - М.: Городец. 2003. С. 487.

² Постановление Пленума ВАС РФ от 19 июня 1997 № 11 // Вестник ВАС. 1997. № 12, п. 9.

³ Азаров В.В. Принятие дополнительных доказательств арбитражным судом апелляционной инстанции и принцип состязательности // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 11. С. 25.

⁴ Азаров В.В. Указ. соч. С. 26.

представлять лишь те доказательства, которые появились после подачи апелляционной жалобы или отзыва на нее. При этом обязанность обоснования невозможности представления данных доказательств в суд первой инстанции или в суд апелляционной инстанции до начала производства по апелляционной жалобе сохраняется»¹.

Конкретным проявлением принципа состязательности здесь является право лиц, участвующих в деле, заявлять ходатайства о вызове новых свидетелей (ст. 88 АПК), проведении экспертизы (ст. 82 АПК), приобщении к делу или об истребовании письменных и вещественных доказательств (ст. 66 АПК), в исследовании или истребовании которых им было отказано судом первой инстанции. По справедливому замечанию А.В. Абсалямова, изложенные правила призваны способствовать более объективному рассмотрению дела².

Как отмечает А.Н. Гувев, систематическое толкование ст. 262, 268 АПК показывает, что в заседании суда апелляционной инстанции наряду с другими доказательствами исследуется отзыв³. Документы (в качестве дополнительных доказательств), представленные в обоснование отзыва на апелляционную жалобу, принимаются и рассматриваются арбитражным судом апелляционной инстанции по существу.

Однако правила рассмотрения дела, установленные только для суда первой инстанции, в апелляционной инстанции не применяются.

Отличительной особенностью здесь является и то, что «обстоятельства дела, которые признаны, удостоверены лицами, участвующими в деле, в порядке, установленном ст. 70 АПК РФ, и приняты арбитражным судом первой инстанции, не проверяются арбитражным судом апелляционной инстанции»⁴.

Кроме того, ограничены и права лиц, участвующих в деле, на обращение к апелляционной инстанции с ходатайством об истребовании доказательств в соответствии со ст. 66 АПК. Если такие ходатайства указанные лица не заявили в суде первой инстанции, то трудно рассчитывать на их удовлетворение апелляционной инстанцией.

Как отмечается в процессуальной литературе, «эти запреты нельзя рассматривать как абсолютные»⁵. Тем более, что представление новых доказательств теоретически может вести к необходимости совершения указанных действий.

Для формулирования выводов об особенностях проявления принципа состязательности в апелляционном производстве в арбитражном процессе представляется необходимым остановиться на следующем важном моменте. Характер любого вида судебной процедуры зависит от соотношения в нем публичного и частного начал, которые, неизбежно конкурируя между собой, создают конфликт интересов правосудия с интересами участвующих в деле лиц. «Публичные интересы, неизбежно «наталкиваясь» на частные, всегда

¹ Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. - М.: Городец, 2000. С. 149.

² Комментарий к АПК РФ под ред В.В. Яркова. - М., 2004. С. 616.

³ Комментарий к АПК под ред. А.Н. Гувева. - М., 2003. С. 446.

⁴ Арбитражный процесс. - М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. С. 156.

⁵ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 610.

должны соизмеряться друг с другом и отражать действительные общественные условия, в которых вершится правосудие»¹.

Практически это означает, что ни состязательного, ни следственного процесса в чистом виде быть не может². И это обусловлено тем, что само гражданское процессуальное право не может быть отнесено однозначно ни к частному, ни к публичному праву³.

«Публичное начало в процессе, то есть судебное следствие, никогда не упраздняет начала частного или состязательности, а участвующие в деле лица ни при каких условиях не становятся объектами судебного исследования, поскольку им обязательно должна представляться возможность реально участвовать в процедуре рассмотрения дела, высказывать свое мнение и представлять аргументы по тому или иному вопросу»⁴.

Как отмечает А.С. Кожемяко, в апелляционной инстанции процесс развивается в основном под непосредственным влиянием спорящих сторон и в большей мере обусловлен их частными интересами. «Преобладание здесь частного начала сказывается на ходе рассмотрения арбитражного дела и даже на принятии окончательного акта: истец вправе скорректировать размер, предмет или основание иска; по инициативе стороны в процесс могут привлекаться новые лица и даже может быть заменен ответчик; спор может быть передан на рассмотрение третейского суда и т.п.»⁵.

Таким образом, на данной стадии арбитражного процесса действие принципа состязательности имеет специфику. И при ее оценке нужно учитывать две группы обстоятельств.

Во-первых, при рассмотрении апелляционной жалобы очевидно, на наш взгляд, преобладание частного-правового начала: суд оценивает имеющиеся в деле и дополнительно представленные лицами, участвующими в деле, доказательства. То есть, от конкретных действий по выяснению фактических обстоятельств дела участников спорного материального правоотношения зависит в немалой степени исход процесса.

Во-вторых, апелляционная инстанция – это инстанция, главная задача функционирования и назначения которой – проверка законности и обоснованности вынесенного судебного акта. Поэтому мысль законодателя о повторном рассмотрении здесь дела по существу не может пониматься буквально. Именно с наличием специфических, отличных от суда первой инстанции задач данной стадии арбитражного процесса, и связаны определенные ограничения в действии принципа состязательности,

¹ Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 34.

² Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. - М.: Городец, 1997. С. 120.

³ Зайцев И.М. Соотношение публично-правового и частного-правового в гражданском процессуальном кодексе // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции под ред. В.В. Яркова. – Екатеринбург, 1998. С. 27-32; Бабаков В.А. Публично- и частного-правовые начала в гражданском процессуальном праве; Там же. С. 207-218. Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. - М.: Юристъ, 2003. С. 23-31.

⁴ Экштайн К., Шафхаузер Р., Вершинин С. Как упорядочить отношения гражданина и чиновника? Административные процедуры на примере законодательства Швейцарии. - М., 2000. С. 22. Цит. по: Кожемяко А.С. Кассационное производство в арбитражном суде. Теория и практика. - М., Городец. 2004. С. 34-35.

⁵ Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 34-35.

выражающиеся в невозможности представления новых доказательств в случаях, установленных законом.

2. «Институт кассационного пересмотра судебных постановлений арбитражных судов призван служить важным средством обеспечения законности судебных актов. Его специфика обусловлена двумя факторами. Во-первых, подача кассационной жалобы является достаточным основанием для возбуждения производства по пересмотру судебных постановлений в кассационном порядке. Это сближает кассацию с одноименным институтом в гражданском процессе и апелляционным пересмотром по АПК. Во-вторых, Кодекс допускает кассационное производство только в отношении судебных актов, вступивших в законную силу. Таким образом, в арбитражном процессе, наряду с производством в порядке надзора и производством по пересмотру по вновь открывшимся обстоятельствам, существует третья и наиболее важная в плане доступности и демократичности форма пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу»¹.

Производство в суде кассационной инстанции нацелено на выполнение общих целей, установленных в ст. 2 АПК. Вместе с тем оно имеет свои специфические задачи, объект, полномочия, субъектный состав, содержание и предпосылки возникновения. «Производство в кассационной инстанции предназначено для проверки законности вступивших в законную силу актов арбитражного суда»². Кассационное судопроизводство является самостоятельной контрольной стадией арбитражного процесса.

Как отмечает Э.Н. Нагорная, ключом к выявлению пределов полномочий суда кассационной инстанции является степень проявления в этой инстанции общих принципов арбитражного процесса, соблюдаемых всеми арбитражными судами³. Пределы рассмотрения дела в кассационной инстанции обусловлены различными задачами, которые стоят перед судами субъектов РФ и федеральными арбитражными судами округов⁴.

По смыслу ст. 286 АПК, суд кассационной инстанции проверяет только законность обжалуемого акта, на что обращается внимание в процессуальной литературе⁵. Однако, учитывая специфику соотношения понятий законности и обоснованности⁶, суд кассационной инстанции проверяет, соответствуют ли выводы нижестоящих инстанций о применении нормы права установленным ими по делу обстоятельствам и имеющимся доказательствам.

Суд кассационной инстанции обязан отменить судебный акт, если

¹ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 624.

² Нагорная Э.Н. Производство в кассационной инстанции арбитражного суда. Сравнительный комментарий АПК РФ. - М., 2003. С. 33. Арсенов И.Г. Арбитражный процесс. Проблемы кассационного пересмотра. - М.: Норма, 2004. С. 43-44.

³ Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 50.

⁴ Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 56.

⁵ Приходько И.А., Пацация М.Ш. Арбитражный процесс в современной России: актуальные проблемы. - М., 2002. С. 289; Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 6; Кац С.Ю. Судебный надзор в гражданском судопроизводстве. - М., 1980. С. 41-44.

⁶ См, например: Лесницкая Л.Ф. Пересмотр решения суда в кассационном порядке. - М., 1974. С. 158-162. Щеглов В.Н. Законность и обоснованность судебного решения. Автореф. дисс. канд. юр. наук. - Томск, 1955. С. 12; Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. - Свердловск, 1971. С. 45-47.

содержащиеся в нем выводы не соответствуют установленным по делу фактическим обстоятельствам или имеющимся доказательствам (ч. 3 ст. 286). Системное толкование ст. 286, 287, 288 АПК показывает, что с целью кассационного производства неразрывно связана и проверка обоснованности решения¹. А.С. Кожемяко отмечает, что указанная функция будет «служебной» по отношению к проверке законности, так как требуется лишь постольку, поскольку это необходимо для ответа на главный вопрос, стоящий перед кассационным судом: соответствует ли проверяемое решение нормам материального и процессуального права².

Кроме того, АПК не запрещает лицам, участвующим в деле, указывать в кассационных жалобах на необоснованность судебных актов. Как отмечает Э.Н.Нагорная, проверяя правильность применения судом первой или апелляционной инстанции той или иной нормы материального права, суд кассационной инстанции постоянно сталкивается с попытками противоборствующих сторон заставить его переоценить собранные по делу доказательства³.

Пленум ВАС РФ в п. 11 Постановления от 24 сентября 1999 года «О применении АПК РФ при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции» разъяснил, что суд кассационной инстанции должен проверять как законность, так и обоснованность вступивших в законную силу судебных актов суда первой и апелляционной инстанций⁴.

Таким образом, поскольку в соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 277 АПК в кассационной жалобе допустима ссылка на обстоятельства дела и имеющиеся в деле доказательства, в зависимости от содержания жалобы в отзыве в соответствующих пределах может обсуждаться вопрос и об обоснованности постановленного судебного акта. Однако, с учетом того, что по смыслу закона суд кассационной инстанции проверяет законность судебного акта, доводы кассационной жалобы должны излагаться с учетом взаимосвязи законности и обоснованности судебного акта. Поэтому заявитель должен не просто сослаться на то, что существенное обстоятельство установлено неправильно, но и указать на те нарушения закона и конкретных прав заявителя, которые, по мнению заявителя, допущены из-за неправильного установления фактических обстоятельств дела.

Нужно сказать, что при этом кассационная инстанция не может самостоятельно устанавливать фактические обстоятельства дела или устранять недостатки в обосновании проверенного решения⁵.

Как справедливо отмечает Л.Ф. Лесницкая, именно такого рода ограничения отличают судебный контроль от повторного рассмотрения дела по существу⁶.

«Установление пределов судебного контроля в кассационной инстанции

¹ Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. - М.: Городец, 2004. С. 201.

² Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 7-8.

³ Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 25.

⁴ Вестник ВАС РФ. 1999. № 11.

⁵ Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 10.

⁶ Лесницкая Л.Ф. Пересмотр решения суда в кассационном порядке. - М., 1974. С. 56.

обусловлено, главным образом, специальной процессуальной задачей кассации (проверка законности обжалованных актов) и диспозитивным началом судопроизводства в арбитражном процессе, предполагающим зависимость судебного контроля от процессуальных действий заявителя»¹.

В соответствии со ст. 273 АПК, право кассационного обжалования принадлежит лицам, участвующим в деле, а также другим лицам в случаях, предусмотренных законом. Представляется, что вопрос о правовом статусе последних должен решаться так же, как и при рассмотрении дела судом апелляционной инстанции. «К таким субъектам могут быть отнесены не только юридические лица и граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, но и физические лица. С момента принятия к производству кассационной жалобы названные субъекты пользуются правами и несут обязанности лиц, участвующих в деле, то есть приобретают правовое положение лиц, участвующих в деле»².

И.Г. Арсенов справедливо отмечает, что решение вопроса об отнесении к числу лиц, участвующих в деле, указанных субъектов, зависит от усмотрения суда, который должен исходить из характера правовых последствий, наступивших для таких лиц в связи с принятием судебного акта. «В подавляющем большинстве ими являются судебные акты следующих двух видов: судебные акты, резолютивная часть которых непосредственно содержит указания о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, а также судебные акты, содержанием резолютивной части которых права и обязанности лиц, не привлеченных к участию в деле, будут определяться фактически, в результате вступления в законную силу или исполнения данных судебных актов»³.

В соответствии со ст. 277 АПК, кассационная жалоба обязательно должна содержать требования лица, подающего жалобу, о проверке законности обжалуемого судебного акта и основания, по которым лицо, подающее жалобу, обжалует решение, постановление, со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты, обстоятельства дела и имеющиеся в деле доказательства.

Кроме того, лицо, подающее кассационную жалобу, обязано направить другим лицам, участвующим в деле, копии кассационной жалобы и прилагаемых к ней документов, которые у них отсутствуют (ч. 3 ст. 277 АПК РФ).

Э.Н. Нагорная обращает внимание на то, что в АПК РФ порядок рассмотрения дела в кассационной инстанции детально не определен⁴.

Как справедливо отмечает А.Т. Боннер, правила рассмотрения дела арбитражным судом первой инстанции складываются из двух групп норм. Одни из них сосредоточены в разделе 1 «Общие положения», а другие – в разделе 2 «Производство в арбитражном суде первой инстанции. Исковое производство». Из буквального смысла закона следует, что нормы раздела 1

¹ Комментарий к АПК РФ под ред. В.В. Яркова. - М., 2004. С. 638.

² Комментарий к АПК РФ под ред. В.В. Яркова. - М., 2004. С. 623.

³ Арсенов И.Г. Арбитражный процесс. Проблемы кассационного пересмотра. - М.: Норма, 2004. С. 78-81. Комментарий к АПК РФ под ред. В.В. Яркова. - М., 2004. С. 623.

⁴ Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 112.

АПК применимы на всех стадиях арбитражного процесса. Однако с этим трудно согласиться, так как, в частности, при рассмотрении дела арбитражным судом кассационной инстанции не применяется глава 7 АПК «Доказывание и доказательства». Напротив, большинство иных норм раздела 1 АПК в суде кассационной инстанции могут быть применимы.

Как отмечает В.М. Шерстюк, деятельность суда и других участников процесса в этой стадии построена на общих принципах¹, среди которых он называет и принцип состязательности.

А.С. Кожемяко, конкретизируя составные элементы данного принципа, отмечает, что состязательность, во-первых, есть выяснение в суде взаимоотношений сторон при помощи обмена доказательствами, облеченными в строго процессуальную форму.

Во-вторых, состязательность, помимо этого, включает в себя устную и письменную полемику сторон в арбитражном процессе.

«Если с учетом сказанного вернуться к кассационному производству в арбитражном суде, то здесь заметно преобладает состязательность в виде полемики по имеющимся уже доказательствам и материалам дела. Состязаясь указанным способом, стороны сохраняют некоторое влияние на кассационный суд, но результативность их действий гораздо слабее, чем при рассмотрении спора по существу, где имеются более широкие возможности в использовании доказательств»².

Содержание этого принципа составляют в том числе и нормы, закрепленные в ст. 279 АПК³. В свете реализации принципа состязательности действующий АПК установил правило, в соответствии с которым стороны процесса имеют право знать об аргументах друг друга. В этой связи отзыв на кассационную жалобу является важным процессуальным документом.

Как справедливо отмечает И.Г. Арсенов, принимая во внимание то, что ведение протокола в суде кассационной инстанции законом не предусмотрено, своевременное выполнение обязанности по направлению отзыва объективно отвечает интересам участников спора, так как способствует наиболее полной оценке доводов не только заявителя, но и всех других лиц, участвующих в деле⁴.

Еще одной гарантией реализации состязательных правомочий лиц, участвующих в деле, является требование о том, что отзыв должен быть направлен всем лицам, участвующим в деле, в срок, обеспечивающий возможность ознакомления с ним до начала судебного заседания. Доказательством его отсылки будет являться почтовая квитанция. Представляется, что такого рода требования призваны оказывать дисциплинирующее воздействие на всех участников судебного состязания с целью обеспечения его надлежащей эффективности.

По смыслу ч. 3 ст. 284 АПК РФ, лица, участвующие в деле, извещаются о

¹ Арбитражный процесс. Учебник под ред. М.К. Треушникова. - М.: Городец, 2003. С. 510.

² Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 33. Лесницкая Л.Ф. Указ. соч. С. 112-113.

³ Арбитражный процесс. Учебник под ред. М.К. Треушникова. - М.: Городец, 2003. С. 521.

⁴ Комментарий к АПК РФ под ред. В.В. Яркова. - М., 2004. С. 631.

времени и месте судебного разбирательства. Однако, если они не явились, будучи надлежаще извещенными, дело может быть рассмотрено в их отсутствие¹.

Применительно к процедуре рассмотрения дела следует отметить, что в законе ничего не говорится о необходимости доклада дела председательствующим или одним из судей кассационной инстанции. Однако доклад дела необходим, поскольку в кассационной инстанции действуют принципы законности, состязательности, гласности и другие.

Поэтому представляется, что рассмотрение дела в кассационной инстанции должно начинаться докладом, «в котором необходимо изложить обстоятельства дела, суть решения суда первой инстанции, суть постановления суда апелляционной инстанции (если дело пересматривалось в апелляционном порядке), доводы, изложенные в кассационной жалобе, а также в отзыве на нее»².

После доклада кассационная инстанция заслушивает объяснения явившихся в судебное заседание лиц, участвующих в деле, и их представителей, которые вправе приводить также доводы, не указанные в кассационной жалобе.

«Лица, участвующие в деле, могут приводить правовую аргументацию. В кассационном производстве она не ограничивается какими-либо рамками и заключается в изложении сторонами мнения о правильности применения (неприменения) судом норм материального или процессуального права. Доводы же об установленных (неустановленных) фактических обстоятельствах, судя по содержанию ст. 286 АПК, принимаются кассационной инстанцией в строго ограниченных пределах»³.

Суд должен ознакомиться с представленными участвующими в деле лицами дополнительными материалами.

С пределами кассационного пересмотра связан вопрос о представлении в суд кассационной инстанции дополнительных доказательств. АПК не содержит по этому поводу прямого запрета. И.Г. Арсенов считает, что, поскольку суду кассационной инстанции предоставлено право проверять, соответствуют ли выводы суда нижестоящей инстанции о применении норм права установленным обстоятельствам дела и собранным доказательствам, то это предполагает оценку кассационной инстанцией доказательств, относящихся к существенным обстоятельствам дела, что не исключает возможность по усмотрению суда исследовать дополнительно представленные доказательства.

«Однако результатом оценки совокупности имеющихся в деле и дополнительных доказательств не может стать установление новых обстоятельств дела судом кассационной инстанции (п. 3 ч. 1, ч. 2 ст. 287 АПК). Правовые последствия такой оценки заключаются в направлении дела на новое рассмотрение»⁴.

¹ Скворцов О.Ю. Кассационная инстанция в арбитражном суде. - М., 1997. С. 78.

² Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 86.

³ Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 33.

⁴ Комментарий к АПК РФ под ред. В.В. Яркова. - М., 2004. С. 640.

Однако в процессуальной литературе существует и другое мнение¹. Как отмечает О.В. Баулин, в каждой стадии решаются свои определенные задачи, и если рассмотрение дела по существу с использованием доказательств производится в первой и апелляционной инстанциях, то задачей кассации должна быть проверка законности состоявшихся постановлений, для чего новые материалы не нужны. Не случайно кассационная инстанция лишена права устанавливая новые обстоятельства при помощи дополнительных доказательств, а при выявлении доказательственных ошибок должна направлять дело на новое рассмотрение².

Представляется, что последняя точка зрения в большей степени согласуется с назначением и спецификой функционирования кассационной инстанций в арбитражном процессе. Это объясняется тем, что соотношение публичных и частных интересов в суде первой, апелляционной и кассационной инстанции различается. В суде первой и апелляционной инстанции преобладает частное начало, поскольку процесс развивается в основном под влиянием спорящих сторон и в большей мере обусловлен их частными интересами. В кассационном же производстве ситуация иная, так как его контрольные функции в отношении законности вступившего в законную силу судебного акта несут элементы публичного начала.

«В результате производство в кассационной инстанции арбитражного суда происходит преимущественно в сфере публичных интересов и в распоряжении участвующих в деле лиц остаются лишь некоторые состязательные права. Обязанность кассационной инстанции проверять по жалобе законность судебного акта, даже если из участвующих в деле лиц остался только один заявитель, обусловлена приоритетом публичного начала, и, как следствие, заметным умалением состязательности»³.

Из-за различия задач, стоящих перед разными судебными инстанциями, пределы рассмотрения дела сужаются по мере его последовательного продвижения из одной инстанции в другую. Это соображение справедливо и при сравнении полномочий кассационной и апелляционной инстанций. Ведь если пределы рассмотрения дела в апелляционной инстанции ограничены по сути, только наличием злоупотребления сторонами своим правом при предоставлении новых доказательств, то в суде кассационной инстанции проверка обоснованности судебных актов ограничена уже оценкой правильности применения закона нижестоящими судебными инстанциями⁴.

Представляется, что принцип состязательности призван создавать одинаковые процессуальные гарантии для реально участвующих в деле лиц, которым должно быть обеспечено реальное право на возбуждение кассационного процесса и участие в нем в пределах имеющихся правомочий. Таким образом, в кассационном производстве публичное начало хотя и ограничивает действие принципа состязательности, но не вступает в

¹ Комментарий к АПК РФ под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект, 2003. С. 644.

² Баулин О.В. Указ. соч. С. 203.

³ Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 36-37.

⁴ Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 100.

противоречие с ним, и последний, даже при наличии одной стороны, сохраняет свое значение.¹ Как отмечает И.Г. Арсенов, кассационный пересмотр в арбитражном процессе, как и все судопроизводство в арбитражных судах, должен быть построен на началах состязательности и диспозитивности.

Активная роль кассационного суда может проявляться в том, что он вправе и должен отменить судебные акты суда нижестоящей инстанции, если они приняты с нарушением принципа состязательности, а суд не использовал всех полномочий с целью установления материальной истины². Поэтому степень активности суда кассационной инстанции, пределы ее полномочий определяются такими процессуальными юридическими фактами, как действия лица, обратившегося за пересмотром, и содержание доводов кассационной жалобы.

Поскольку кассационный пересмотр не завершает процедуру судебного урегулирования спора, кассационная инстанция не может выполнять общегосударственную функцию единообразного толкования и правоприменения. «Это означает, что нет необходимости исключать из полномочий кассационной инстанции проверку обоснованности обжалованных судебных актов. В сферу деятельности кассации наряду с вопросами права попадают в той или иной степени и фактические обстоятельства дела, поскольку без установления последних невозможна проверка правильности применения норм права к спорному правоотношению, принятие в кассации нового решения»³.

Таким образом, действие принципа состязательности в кассационной инстанции ограничено пределами рассмотрения дела в этой инстанции⁴. Общее правило кассационного контроля должно заключаться в ограничении пределов пересмотра доводами кассационной жалобы с законодательным определением границ возможных отступлений от принципа состязательности и диспозитивности в публичных интересах⁵.

¹ Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 37.

² Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 69.

³ Арсенов И.Г. Указ. соч. С. 58.

⁴ Нагорная Э.Н. Указ. соч. С. 66, Арсенов И.Г. Там же. С. 67, 70.

⁵ Арсенов И.Г. Там же. С. 101-102.

Раздел третий

Укрепление законности и борьба с преступностью

ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВИЛ ОХРАНЫ ТРУДА

*Бессонова И.В. - ст. преподаватель кафедры уголовного права и криминологии,
К.Ю.Н.*

Проблема уголовной ответственности за преступленные нарушения правил охраны труда не нова для российского уголовного законодательства.

В России первые законы, регулирующие труд, относятся еще ко времени, когда помещики имели крепостных рабочих. В регламенте Адмиралтейства Петра I, изданном в 1722 г., был установлен рабочий день продолжительностью 10 часов зимой и 13 часов летом. «Официальный наказ заводскому комиссару Уральских заводов» 1723 г. определил рабочее время 14 часов летом, 12 часов осенью и 10 часов зимой. В 1838 г. закон запретил работу на казенных горно-металлургических заводах малолетних до 12 лет. По законодательству 1882 г. было запрещено принимать на работу малолетних до 12 лет (хотя через короткое время было разрешено в порядке исключения принимать достигших 10 лет), была запрещена ночная работа подростков до 15 лет, а для подростков от 12 до 15 лет установлен восьмичасовой рабочий день.¹

Впервые нормы об ответственности за преступления против трудовых прав граждан появляются в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. Этот законодательный источник содержит широкий круг норм об ответственности различных профессионалов за нарушение ими своих обязанностей: норма об ответственности лиц, использующих в своей деятельности ядовитые или сильнодействующие вещества; о нарушении обязанности корабельщиками, штурманами и многие другие. Кроме того, в этом законодательном акте содержатся нормы, которые устанавливают ответственность не только обычных граждан, но и работников различных профессий «в неприятии надлежащих мер предосторожности».²

В Уголовном уложении 1903 года также предусмотрен широкий круг специальных норм об ответственности работников различных профессий за нарушение обязанностей. В этом источнике впервые появляется самостоятельная норма, предусматривающая ответственность за причинение смерти в результате несоблюдения виновным правил, установленных законом или обязательным постановлением для его рода деятельности (ст. 464 ч. 2).³

С первых дней установления Советской власти значительное место в

¹ Памятники русского права. Вып. 8. Законодательные акты Петра I. – М., 1961. – С. 496-498.

² Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. – С-Пб.: Государственная типография, 1885. С. 422, 432.

³ Уголовное уложение. – С-Пб.: Сенатская типография, 1903. С. 131.

нормотворческой деятельности нашего государства занимали законы о труде, в том числе направленные на обеспечение его безопасности. 29 октября 1917 года Совет Народных Комиссаров РСФСР принял Декрет «О восьмичасовом рабочем дне», который распространялся на все частные и государственные предприятия. По существу в декрете содержалась первая норма социалистического уголовного законодательства, посвященная борьбе с нарушениями законов о труде. В пункте 26 сказано: «Виновные в нарушении настоящего закона караются по суду лишением свободы до одного года».

Большую роль в развитии уголовно-правового регулирования безопасности труда сыграл Декрет СНК РСФСР «Об инспекции труда», принятый 18 мая 1918 г. Пункт 9 Декрета в случаях нарушений безопасности труда, предоставлял инспекторам по труду право «за неисполнение или нарушение декретов, постановлений и других подобных актов Советской власти и за неприятие необходимых мер по охране безопасности, жизни и здоровья трудящихся привлекать виновных к суду, а также налагать денежные взыскания в пределах, установленных особой инструкцией».¹ Необходимо отметить также и Декрет СНК РСФСР от 19 января 1920 года «О порядке всеобщей трудовой повинности», который в числе нарушений, влекущих за собой ответственность в судебном порядке, называл небрежную организацию работ.²

С 1-го июня 1922 года был введен в действие первый Уголовный кодекс РСФСР. Принятие этого документа имело большое политическое и практическое значение не только для Российской Федерации. УК РСФСР послужил примером для других союзных республик. Многие принципиальные положения и нормы УК РСФСР 1922 г., в том числе направленные на охрану безопасности труда, были восприняты уголовными кодексами других союзных республик, изданными в 1922 – 1923 годах.

Поскольку в УК 1922 года специальных норм об ответственности работников различных профессий было еще мало, лица, виновные в таких, а также других технических преступлениях, привлекались к уголовной ответственности по статьям о квалифицированном виде убийства (телесных повреждений), то есть по ч. 2 ст. 147 (ч. 2 ст. 154).

Так, в гл. V «Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности» в разделе 1 «Убийство» была расположена ст. 147, в части 2 которой устанавливалась ответственность за случаи, когда «неосторожное убийство явилось результатом сознательного несоблюдения правил предосторожности».³ Законодатель к числу таких правил относил и правила, обеспечивающие безопасность труда.

Аналогичное указание содержалось и в части 2 ст. 154 УК РСФСР, предусматривающей ответственность за причинение телесных повреждений по неосторожности, когда «неосторожное телесное повреждение явилось

¹ См.: Там же. С. 27.

² См.: Там же. С. 65-66.

³ Собрание Кодексов РСФСР. Юрид. изд. Народного Комиссариата Юстиции. - М., 1925. С. 553.

последствием сознательного несоблюдения правил предосторожности».¹

В то же время УК РСФСР 1922 г. содержал группу правовых норм, специально предусматривавших ответственность за преступления, направленные против трудовых прав граждан и безопасности производства.

Так, уголовная ответственность предусматривалась: а) за нарушение нанимателем установленных Кодексом законов о труде и общим положением о тарифе правил, регулирующих продолжительность рабочего дня, сверхурочные часы, ночную работу, работу женщин и подростков, оплату труда, прием и увольнение, а также за нарушение специальных норм об охране труда (ч. 1, ст. 132); за то же нарушение, если оно охватывало группу рабочих или значительное их количество (ч. 2, ст. 132); б) за нарушение предпринимателями (как частными лицами, так и соответствующими лицами государственных предприятий и учреждений) заключенных ими с профсоюзами коллективных договоров и соглашений (ст. 133); в) за воспрепятствование законной деятельности фабрично-заводских комитетов (местных комитетов), профсоюзов и их уполномоченных или препятствование использованию ими их прав (ст. 134).²

Среди уголовно-правовых норм в области охраны труда самое широкое применение получила ст. 132 УК РСФСР 1922 г. Цель этой правовой нормы состояла в гарантировании средствами уголовного права строгого выполнения действовавшего трудового законодательства, систематизированного в Кодексе Законов о труде РСФСР 1922 г.

Таким образом, УК РСФСР 1922 г. закрепил реальность правовых гарантий трудовых прав граждан и общественной безопасности производства.

Однако, несмотря на значительное количество правовых норм в области охраны труда, этот перечень не является исчерпывающим. Отсутствовали специальные нормы об охране труда несовершеннолетних, были недостаточно конкретными некоторые действующие нормы, в частности, поверхностно описывались отдельные признаки, характеризующие тот или иной состав преступления.

Анализ первого УК РСФСР показывает, что законодатель тех лет уделил достаточное внимание охране безопасности труда от наиболее опасных посягательств. Однако в процессе применения норм УК возникали трудности, которые были обусловлены рядом причин, среди которых и недостатки законодательной техники, допущенные при конструировании отдельных норм, охранявших безопасность труда, и их чрезмерное количество.

Постепенно в уголовном законодательстве появлялись новые специальные нормы об ответственности профессионалов, которые были, в основном, нормами о технических преступлениях.

Постановлением от 22 ноября 1926 года с 1 января 1927 года на территории РСФСР был введен Уголовный кодекс в новой редакции. К числу правовых норм, непосредственно направленных на охрану трудовых прав

¹ См. там же. С. 554.

² См. там же. С. 551-557.

граждан и безопасности производства, относились статьи 133, 134, 135.¹

Статья 133 предусматривала ответственность: а) за нарушение нанимателем, как частными лицами, так и соответствующими лицами государственных или общественных учреждений и предприятий законов, регулирующих применение труда, а равно - законов об охране труда и социальном страховании; б) если это нарушение охватывает группу рабочих не менее трех человек, однородно по своему составу в отношении всех входящих в данную группу лиц и совершено в отношении всех их одновременно; в) за поставление работника, с нарушением правил об охране труда, в такие условия работы, при которых он утратил или мог утратить свою трудоспособность; г) за нарушение правил об охране труда, технике безопасности, промышленной санитарии и гигиене, устанавливаемых местными органами власти в порядке обязательных постановлений, а равно постановлениями, приказами и инструкциями Народного Комиссариата Труда.

Признаками состава, характеризующими объективную сторону нарушений правил об охране труда являются: 1) нарушение правил об охране труда в отношении трудящегося (работника), поставленного на работу; 2) утрата или возможность утраты трудоспособности трудящегося вследствие нарушений правил об охране труда.

Кроме того, применение ст. 133 УК РСФСР могло иметь место, если правила об охране труда были нарушены в отношении тех лиц, которые поставлены на работу, проводимую с нарушением этих правил. Поставленным на работу считается трудящийся, имеющий отношение к работе, проводимой с нарушением правил об охране труда. Такое отношение к работе трудящийся может иметь в силу приказа, распоряжения, поручения соответствующего должностного лица.²

Рассматриваемое преступление является оконченным с момента поставления работника в опасность вне зависимости от того, наступили или не наступили указанные в законе последствия.

Однако ст. 133 УК РСФСР, определяя наказуемость преступлений в области охраны труда, не устанавливает ограничений в зависимости от вида производств, в котором подобное преступление имело место. Такое ограничение может быть обусловлено лишь пределами действия тех правил и норм по охране труда, технике безопасности и промышленной санитарии, к которым эта статья отсылает.

Таким образом, ст. 133 УК РСФСР 1926 г. была сконструирована так, чтобы сократить количество правовых норм, предусматривающих уголовную ответственность за преступные нарушения правил охраны труда, а также исключить применение в случае производственного травматизма уголовно-правовых норм, не имевших отношения к обеспечению безопасности труда.

Статьи 134 и 135 УК РСФСР 1926 г. соответственно предусматривали

¹ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917-1952 г.г. - М.: Юрид. лит-ра, 1953. С. 282.

² Пакутин В.Д. Ответственность по советскому уголовному праву за преступления в области охраны труда. Автореф. канд. дис. - М., 1956. С. 13.

ответственность: за нарушение нанимателем заключенных им с профессиональным союзом коллективных договоров, тарифных соглашений и соглашений примирительных мер, если при производстве дела в судебном порядке установлен злонамеренный характер нарушения; за воспрепятствование законной деятельности фабрично-заводских и местных комитетов, профессиональных союзов и их уполномоченных.

Как видно из анализа УК РСФСР 1926 года, статьи 134 и 135 по форме и содержанию почти полностью воспроизводили статьи 133 и 134 УК РСФСР 1922 года. Новое вносилось лишь в санкции – они стали более конкретными и менее суровыми.

В то же время новой по форме и содержанию стала ст. 133 УК РСФСР 1926 года, которая фактически поглощала статьи 132 и 156 УК РСФСР 1922 года. Назначением этой статьи было, видимо, предусмотреть уголовную ответственность за все преступления, направленные против трудовых прав граждан и безопасности производства.

Применительно к рассматриваемым правовым нормам Уголовный кодекс 1926 года был сконструирован так, чтобы: а) сократить количество правовых норм, предусматривающих уголовную ответственность за преступления против трудовых прав и безопасности производства; б) исключить применение в случае производственного травматизма правовых норм, не имеющих отношения к обеспечению правил охраны труда и безопасности производства; в) максимально учесть объективные условия работы трудящихся и организации охраны труда.¹

Однако, на наш взгляд, Уголовный кодекс 1926 года не решил в полной мере многих актуальных вопросов, касающихся борьбы с рассматриваемой категорией преступлений. Так, прежде всего, не было в достаточной мере учтено постоянное увеличение роли рядовых рабочих в обеспечении технической безопасности производства. Кодекс не предусматривал ответственность рядовых работников за грубые нарушения правил техники безопасности.

Правовые нормы об ответственности за нарушение правил охраны труда и безопасности производства были сконструированы так, что при квалификации за аналогичные правонарушения они не исключали широкого применения статей, предусматривающих должностные преступления или преступления против личности.

Данная проблема подвергалась обсуждению и в уголовно-правовой литературе. В 30-х годах вопросы системы Особенной части приобрели особую остроту в связи с разработкой Уголовного кодекса СССР. Юристы предлагали отнести к специальной группе преступления против социалистической дисциплины труда. Помимо уголовной ответственности за нарушение производственной дисциплины на транспорте и во взрывоопасных цехах рекомендовалось предусмотреть ответственность за нарушение дисциплины, технического режима, правил охраны и безопасности производства на всех предприятиях, путях сообщения, складах, в учреждениях, если эти нарушения

¹ Лановенко И.П., Чангули Г.И. Уголовно-правовая охрана трудовых прав граждан. - К., 1989. С. 273.

повлекли или могли повлечь тяжкие последствия (аварии, крушения, взрывы, пожары, человеческие жертвы, большой материальный ущерб). К преступлениям против социалистической дисциплины труда рекомендовалось отнести также разглашение не подлежащих оглашению сведений, известных работнику в связи с его работой.¹

Принятая в 20-х годах система Особенной части Уголовного кодекса значительно устарела и не отражала в достаточной мере того социально-политического значения, которое приобрела уголовно-правовая борьба с отдельными преступлениями. Включение в Уголовный кодекс новых, неизвестных ранее глав Особенной части (в том числе о преступлениях против политических и трудовых прав граждан) обусловили повышенный интерес, который был проявлен к теоретическому исследованию данной группы преступлений.

До издания Указа от 26 июня 1940 г. только некоторые наиболее опасные виды нарушений трудовой дисциплины, которые вызвали или могли вызвать тяжелые последствия, считались преступлениями. Таковыми были: нарушение трудовой дисциплины на транспорте, нарушение служебных обязанностей работникам гражданской авиации, некоторые виды нарушения трудовой дисциплины во взрывоопасных цехах. Указом 1940 года признаны уголовным преступлением: 1) прогул без уважительных причин, независимо от последствий, которые он вызвал; 2) самовольное прекращение трудовых правоотношений рабочим и служащим.

Принципиально иная систематизация правовых норм, предусматривающая ответственность за преступления против трудовых прав граждан и безопасности производства, осуществлена в УК 1960 г. Выделена новая глава «Преступления против политических и трудовых прав граждан». В нее вошли все правовые нормы, предусматривающие ответственность за посягательства на трудовые права граждан, которые не несут опасности для жизни и здоровья людей, а также за нарушения правил охраны труда, связанные с опасностью для жизни и здоровья трудящихся.

УК РФ 1996 г. в целом сохранил прежнюю систему норм об ответственности за посягательства на безопасные условия труда. Вместе с тем в конкретные составы преступлений были внесены некоторые изменения и дополнения с целью повышения эффективности уголовно-правовой борьбы с преступными нарушениями, правил, обеспечивающих безопасные условия труда.²

Статья 143 УК РФ, предусматривающая ответственность за нарушение правил охраны труда, как и в УК 1960 г., помещена законодателем в главу о преступлениях против конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Однако сама норма об ответственности за нарушение правил охраны труда была изменена самым кардинальным образом. Вместо состава

¹ Бернштейн Н.Я. О систематике преступлений в проекте Уголовного кодекса СССР. – «Проблемы социалистического права». 1939. № 4-5. С. 90-93.

² Тяжкова И.М., Коренкова Э.А. Охрана безопасных условий труда по новому уголовному кодексу РФ. Вестн. МГУ. Сер. 11, Право. 1999. № 6. С. 32.

конкретной опасности был сконструирован материальный состав преступления с четким указанием на последствия, являющиеся обязательным признаком рассматриваемого преступления: причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью (ч. 1 ст. 143), либо смерть человека (ч. 2 ст. 143).

Помимо этого, в диспозицию ст. 143 не внесено положение о правилах промышленной санитарии. Правила промышленной санитарии, наряду с правилами промышленной гигиены, правилами, касающимися труда несовершеннолетних, беременных женщин и пр., охватываются понятием «иные правила охраны труда».

УК 1996 г. расширил понятие субъекта данного преступления. Если ст. 140 УК 1960 г. называет в качестве субъекта должностное лицо, нарушившее правила по охране труда, то по ст. 143 УК 1996 г. уголовной ответственности подлежат лица, на которых лежали обязанности по соблюдению правил охраны труда. Следовательно, таковыми могут быть не только должностные лица, но и те лица, на которых в силу их служебного положения или по специальному распоряжению непосредственно возложена обязанность обеспечивать соблюдение правил охраны труда на определенном участке работы; руководители предприятий и организаций, их заместители, главные инженеры, главные специалисты предприятий, если они не приняли мер к устранению заведомо известного им нарушения правил охраны труда либо дали указания, противоречащие этим правилам, или, взяв на себя непосредственное руководство отдельными видами работ, не обеспечили сохранение тех же правил.¹

Таким образом, можно отметить, что российское уголовное законодательство в части ответственности работников за неосторожные преступления в сфере профессиональной деятельности развивалось параллельно с нормами о неосторожном убийстве (телесных повреждениях).

ДОЗНАНИЕ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Великий Д.П. – доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н.

Традиционно российский уголовный процесс знает две процессуальные формы ведения предварительного расследования: следствие и дознание. Следствие всегда считалось оптимальной стандартной формой расследования. Дознание же характеризовалось теми или иными упрощениями, обусловленными его целями.

Говоря о дознании, необходимо отметить, что в отечественном уголовном процессе этим термином на протяжении почти полутора веков именовались четыре различных, хотя и близких вида производств. Во-первых, это дознание, предусмотренное Уставом уголовного судопроизводства, во-вторых и в-третьих

¹ Постановление Пленума Верховного Суда от 23 апреля 1991 года. Сборник постановлений пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. - М., 1999. С. 445.

- это два вида дознания, которые предусматривались УПК 1960 г. и были известны УПК 1923 г., а в-четвертых - это дознание, регламентированное в УПК РФ. Дознание, предусматривавшееся УУС 1864 года, в определенной мере можно назвать прообразом протокольной формы досудебной подготовки материалов, введенной в УПК РСФСР 1960 г. вскоре после его принятия. Если современное дознание является процессуальной деятельностью, и в процессе его проведения собираются доказательства, то дознание по УУС было деятельностью принципиально иного характера. Современное дознание производится только после возбуждения уголовного дела, в то время как дознание по УУС проводилось до возбуждения уголовного преследования и его результаты являлись основанием для такого возбуждения. Дознание по УУС проводилось тайно, не было обставлено никакими формальностями и не имело судебного характера. Как писал И.Я. Фойницкий, дознание «производится помимо сторон, не предполагает их участия и деятельности, определяясь безличной волей закона...»¹. Дознание того времени представляло собой некое сочетание протокольной формы и оперативно-розыскной деятельности. Так, ст. 254 УУС устанавливала, что при производстве дознания полиция все нужные ей сведения собирает посредством розысков, словесными расспросами и негласным наблюдением, не производя ни обысков, ни выемок в домах. Нетрудно заметить, что в данной статье перечислены аналоги современных оперативно-розыскных действий. После окончания такого дознания все материалы могли быть переданы мировому судье, который на их основании возбуждал уголовное преследование. Некоторое сходство между производством неотложных следственных действий (ст. 157 УПК РФ) и дознанием по УУС также имеет место. Так, ст. 258 УУС обязывала полицию «замещать судебного следователя во всех случаях, не терпящих отлагательства», не проводя, однако, «формальных допросов», за исключением тех ситуаций, когда есть опасение, что человек, которого необходимо допросить, может умереть до прибытия следователя. Статья 260 УУС предусматривала, что по прибытии судебного следователя полиция передавала ему все производство и прекращала свои действия ... до получения особых о том поручений. Произведенное дознание, не подлежавшее передаче ни следователю, ни мировому судье, полиция представляла прокурору, который либо прекращал дознание, либо распоряжался о его дополнении, а в случае наличия признаков преступления или проступка передавал дело следователю или поручал полиции возбудить преследование перед мировым судьей (ст. 253 УУС).

В УПК РСФСР 1923 года имелась специальная глава VIII «О дознании». Хотя и недостаточно четко, дознание разделялось на деятельность по производству неотложных первичных действий по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно и дознание, заменяющее предварительное следствие (ст. 98). От дознания, предусмотренного УПК РСФСР 1960 года, дознание по УПК 1923 года

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. 1915. Цит. по: Хрестоматия по уголовному процессу России. Автор-составитель проф. Э.Ф. Куцова. - М., 1999. С. 231.

отличалось тем, что надзор за дознанием осуществлялся не прокурором, а следователем (с 1929 по 1933 г.), а также кругом органов дознания. К органам дознания относились органы милиции, Главного управления пожарной охраны НКВД (позднее – МВД) СССР, органы финансовой, санитарной, технической, торговой инспекций и инспекции труда по делам, отнесенным к их ведению, а также правительственные учреждения и должностные лица по делам «о незаконных действиях подчиненных им должностных лиц» (ст. 97). В отличие от дознания по УУС 1864 года, акты органов дознания имели одинаковое юридическое значение с актами предварительного следствия, если они были совершены в установленном законом порядке.

УПК РСФСР 1960 года достаточно четко определил две формы дознания: дознание по делам, по которым предварительное следствие обязательно, и дознание по делам, по которым предварительное следствие не обязательно (ст. ст. 119 и 120). Перечни обеих категорий дел содержались в ст. 126. Дела, по которым предварительное следствие было обязательно, это, в основном, дела о тяжких и особо тяжких преступлениях, а также дела о преступлениях несовершеннолетних и лиц, страдающих психическими или физическими недостатками, препятствующими полноценному осуществлению защиты. Обе формы дознания являлись процессуальной деятельностью, обе были направлены на получение доказательств. Однако между ними существовал ряд различий, которые удобно продемонстрировать при помощи следующей таблицы.

Критерии различий	<i>Дознание по делам, по которым предварительное следствие обязательно</i>	<i>Дознание по делам, по которым предварительное следствие не обязательно</i>
По целям	Установление и закрепление следов преступления	Проведение предв. расследования в полном объеме
По срокам	Не более 10 суток. Продлению не подлежит	Один месяц. Может быть продлен
По полномочиям	1. Только неотложные следственные действия 2. Не может быть приостановлено или прекращено. 3. По окончании дело передается следователю.	1. Все следственные действия. 2. Может быть приостановлено или прекращено. 3. Оканчивается составлением обвинительного заключения.

Если сравнить, как УПК РСФСР 1960 г. регламентировал

предварительное следствие и дознание по делам, по которым предварительное следствие не обязательно (расследование в полном объеме), то мы обнаружим, что эти две формы предварительного расследования преследовали одну и ту же цель, проводились по одним и тем же правилам за некоторыми исключениями. Исключения состояли в том, что при дознании потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители извещались об окончании дознания и направлении дела прокурору, но материалы дела для ознакомления им не предоставлялись. Кроме того, в отличие от следователя, орган дознания мог лишь обжаловать указания прокурора, но не приостанавливать их исполнение (ст. 120). В первоначальной редакции ст. 120 УПК 1960 г. содержался п. 1, который не допускал участия в дознании защитника. В 1992 году этот пункт был отменен¹, что существенно сблизило следствие и рассматриваемый вид дознания. Таким образом, именно дознание по делам, по которым предварительное следствие не обязательно, являлось упрощенной формой предварительного расследования.

В литературе можно было встретить значительное количество критических высказываний по отношению к существованию дознания, которое полностью заменяет следствие. Так, А.М. Ларин полагал, что в данной форме необоснованно урезаны права личности, ограничена процессуальная самостоятельность органа дознания. Кроме того, А.М. Ларин считал недопустимым положение, при котором одним ведомством осуществляется и процессуальная деятельность, и оперативно-розыскная. «При производстве дознания как расследования в полном объеме смешение оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности происходит с еще большей силой, когда тем и другим занимается одно и то же лицо, например, сотрудник уголовного розыска, заинтересованный в реализации своих «оперативных данных», привыкший к силовым методам воздействия и не склонный придавать значение таким «тонкостям» как гарантии прав личности»². Кроме того, некоторые ученые подчеркивали неэффективность данной формы. К примеру, В.И. Жулев считал, что данная форма «не имеет ни теоретического, ни практического оправдания. По существу она представляет собой то же предварительное следствие, но осуществляемое не следователями-профессионалами, что отрицательно сказывается на качестве расследования»³. Несмотря на столь негативное к нему отношение, дознание по делам, по которым предварительное следствие не обязательно предусматривалось почти во всех проектах УПК, в том числе и в проекте УПК РФ, принятом в 1997 г. в первом чтении. Проект УПК 1997 г. предусматривал ряд существенных изменений, которые превращали данный вид дознания в полноценную процессуальную форму упрощенного типа, а не урезанное следствие. Во-первых, ст. 255 проекта УПК 1997 г. сокращала срок дознания до 10 суток. Этот срок мог быть продлен прокурором до 20 суток. Постановление о возбуждении

¹ Закон РФ от 23 мая 1992 г. // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 25. Ст. 1389.

² Ларин А.М. Предварительное следствие. В кн. Уголовный процесс России. Лекции-очерки. - М., 1997. С. 196.

³ Жулев В.И. Законность и проблема процессуальной экономии. В сб. Проблемы предварительного следствия и дознания. - М.: ВНИИ МВД СССР, 1991. С. 8-9.

уголовного дела одновременно содержало и решение о признании потерпевшим или гражданским истцом. На протяжении всего дознания лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, обладало статусом подозреваемого. Постановление о привлечении в качестве обвиняемого и обвинительное заключение в этой форме заменялись постановлением об окончании дознания и направлении дела в суд. В этом постановлении должны были указываться обстоятельства совершения преступления, лицо, обвиняемое в его совершении и другие, установленные в ходе производства по делу обстоятельства (ч. 1 ст. 259). С момента вынесения этого постановления лицо, в отношении которого оно вынесено, должно было признаваться обвиняемым (ч. 2 ст. 259). Предусматривалось, что с материалами дела знакомятся обвиняемый, его защитник, а также потерпевший, при его желании. Ничего не говорилось в проекте 1997 г. о правах представителя потерпевшего, гражданского истца, ответчика и их представителях. Говорилось лишь о том, что если дело было возбуждено по заявлению или сообщению граждан или должностных лиц организаций или их объединений, они уведомляются об окончании дознания и направлении дела в суд (ч. 6 ст. 259). Значительным упрощением можно было признать и положение, согласно которому утверждать итоговое постановление должен был не прокурор, а начальник органа дознания. Практические работники могут подтвердить, что на «посещения» надзирающего прокурора для получения различных санкций, продления сроков уходит очень много времени. С другой стороны, правовая квалификация прокурора, как правило, на порядок выше, чем у начальника органа дознания. В большинстве случаев начальник органа дознания не имеет высшего юридического образования, что ставит под сомнение добротность подобного контроля. Аналогичная норма, но уже применительно к протоколу, составленному по итогам протокольного производства, содержалась и в проекте УПК 2000 года (ст. 254).

УПК РФ воспринял основные идеи проекта 1997 г. и отверг модель досудебного производства, предусмотренную проектом 2000 г. Современное дознание представляет собой упрощенную форму предварительного расследования, предусмотренную для производства по делам, по которым производство предварительного следствия необязательно. По своей природе дознание является процессуальной деятельностью и не отличается от следствия: преследует те же цели (назначение судопроизводства), основано на тех же принципах и практически на тех же общих условиях предварительного расследования. Юридическая сила доказательств, собранных в ходе дознания, ничем не отличается от силы доказательств, собранных в ходе следствия. По окончании расследования и при дознании, и при следствии дело через прокурора направляется в суд¹. Однородность правовой природы дознания и следствия косвенно подтверждается и тем фактом, что в определенных случаях дознание могут проводить и следователи прокуратуры (п. 7 ч. 3 ст. 151)². В чем

¹ Чистякова В.С. Формы предварительного расследования: предварительное следствие и дознание. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. Учебник. Под ред. Лупинской П.А. - М., 2004. С. 373.

² Что имел в виду законодатель, устанавливая право следователей органов внутренних дел проводить дознание (п. 1 ч. 3 ст. 151 УПК РФ), непонятно.

же состоит упрощенность дознания относительно следствия?

1. Срок дознания – 20 суток (в первоначальной редакции ст. 223 предусматривалось 10 суток). При необходимости этот срок может быть продлен прокурором, но не более чем на 10 суток. Сокращение срока в данной форме расследования призвано стимулировать ускорение производства. Однако на практике это привело к тому, что дознаватели получили «возможность выбирать, какие уголовные дела они успеют и захотят направить в суд, а какие передадут в органы предварительного следствия»¹. В связи с этим С.И. Гирько и Н.И. Скударева предлагают предоставить прокурору возможность «продления срока дознания на обозримый период, достаточный для завершения дознания именно в этой процессуальной форме»². Далее мы выразим свое отношение к данному предложению.

2. Два важнейших документа предварительного следствия – постановление о привлечении в качестве обвиняемого и обвинительное заключение заменены одним – обвинительным актом.

3. Фигуры обвиняемого по определению не может быть при дознании (она появляется с составлением обвинительного акта), поэтому производство дознания возможно только в отношении подозреваемого. Отсюда третья особенность – мера пресечения в виде заключения под стражу применяется на срок не более 10 суток³. Если дознаватель не уложился в указанный срок, то он должен либо отменить данную меру пресечения, либо оставить ее в силе, но предъявить обвинение в порядке, предусмотренном для следствия главой 23 УПК. Многие авторы считают, что тем самым происходит переход из процессуальной формы дознания в форму следствия⁴. То есть, дело должно быть передано прокурором следователю, а следствие, соответственно, должно закончиться составлением обвинительного заключения, а не обвинительного акта. По этому же пути пошла и практика⁵. Вместе с тем, необходимо заметить, что в главе 32 УПК есть лишь указание на необходимость составить постановление о привлечении в качестве обвиняемого, но не передавать дело следователю и не составлять обвинительное заключение. Два последних действия весьма логично, но все же додумали за законодателя ученые и практики. Прокурор может принять такое решение в силу части четвертой ст. 150, но отнюдь не обязан поступать именно так. Думается, что законодателю необходимо обратить внимание на незавершенность ст. 224.

4. Сокращены и сроки, отводимые прокурору на рассмотрение дела, поступившего с обвинительным актом, и принятие по нему решения: двое

¹ Гирько С.И., Скударева Н.И. О современных проблемах процессуальной регламентации дознания // Журнал российского права. 2004. № 7. С. 77.

² Там же. С. 78.

³ Не совсем понятно, почему законодатель в ст. 224 обратил внимание лишь на заключение под стражу. Согласно части первой ст. 100, любая мера пресечения применяется к подозреваемому не более 10 суток, а в случаях, указанных в части второй этой статьи – 30 суток. Таким образом статью 224 УПК можно было бы назвать «Особенности избрания мер пресечения при дознании» и соответственно изменить ее содержание.

⁴ См., например: Чистякова В.С. Указ. соч. С. 375.

⁵ Так, по данным заместителя начальника Следственного комитета при МВД России Б.Я. Гаврилова к октябрю 2003 г. в органы следствия было передано немногим менее 60% дел, возбужденных органами дознания. См.: Гаврилов Б.Я. Год действия УПК РФ в цифрах криминальной статистики // Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс РФ: год правоприменения и преподавания».

суток при дознании вместо пяти суток при следствии.

Думается, что указанных особенностей и качественно, и количественно вполне достаточно для того, чтобы признать самостоятельность и упрощенный характер дознания. Теперь следует определить случаи использования данной формы. Их два, и каждый представляет собой сложный юридический факт:

1. а) совершение преступления, указанного в части третьей ст. 150 УПК;

б) возбуждение уголовного дела не «по факту», а в отношении конкретных лиц, т.е. «известность» лиц, подозреваемых в совершении преступления;

в) отсутствие указания прокурора о проведении расследования в форме предварительного следствия.

2. а) совершение преступления небольшой или средней тяжести, не указанного в п. 1 части 3 ст. 150 УПК;

б) возбуждение уголовного дела не «по факту», а в отношении конкретных лиц, т.е. «известность» лиц, подозреваемых в совершении преступления;

в) письменное указание прокурора о проведении дознания.

Наверное, самым критикуемым и уязвимым из приведенных выше положений является возможность проведения дознания лишь по так называемым «раскрытым» делам, то есть делам, где уже есть подозреваемый. Б.Я. Гаврилов по этому поводу пишет: «Налицо... коллизия, суть которой заключается в том, что органы дознания, с одной стороны, в соответствии со ст. 157 УПК РФ, вправе возбудить с согласия прокурора уголовное дело, отнесенное к подследственности органов предварительного следствия, по которому лицо, совершившее преступления, не установлено, то есть представляющее значительно большую степень общественной опасности (например, разбой). А с другой стороны, орган дознания лишен права возбуждения уголовного дела по преступлениям, отнесенным к подследственности органов дознания, но по которому лицо не установлено (кража неизвестным лицом из сарая)»¹. Выход из сложившейся ситуации Б.Я. Гаврилов видит в распространении подследственности органов дознания на все преступления, указанные в части третьей ст. 150 УПК РФ². Однако если принять данное предложение, следует пересмотреть и сроки дознания, и порядок их продления. И тогда дознание будет отличаться от предварительного следствия лишь отсутствием необходимости выносить постановление о привлечении в качестве обвиняемого и снова станет неким суррогатом следствия, а не самостоятельной упрощенной процессуальной формой. Не следует относиться к дознанию как к форме, способной на равных со следствием тянуть лямку всего предварительного расследования. На наш взгляд, дознание – это форма, созданная, чтобы быть «на подхвате» у следствия, форма расследования простых, относительно бесконфликтных дел, в

¹ Гаврилов Б.Я. Указ. соч. С. 33.

² Данное предложение не раз высказывалось в научной периодике. См., например: Барбачакова Ю.Ю. Проблемные вопросы, возникающие в ходе дознания при расследовании уголовных дел, отнесенных к компетенции таможенных органов // Юристы-Правоведь. 2004. № 2. С. 55.

которых практически всем все понятно и дело лишь за процессуальным оформлением. И то, что дознаватели при малейших затруднениях без зазрения совести передают дела для проведения следствия – нормальное явление. У дознания нет процессуальных средств преодолевать активное противодействие расследованию, нет времени ожидать заключения эксперта. Своеобразным, хотя и весьма отдаленным аналогом дознания можно считать возможность назначения судебного заседания без предварительного слушания, то есть по упрощенной схеме. Но стоит лишь возникнуть хотя бы намеку на препятствия или несогласие сторон, судья тут же назначает предварительное слушание (ст. 229 УПК РФ). Решение данной проблемы нам видится не в сближении форм дознания и следствия, а в укреплении следственных подразделений (особенно МВД). Следственный аппарат должен быть готов работать так, как будто бы дознания вообще не существует.

Существует еще целый ряд проблем, напрямую не связанных с регламентацией самого дознания, но оказывающих заметное влияние на место дознания в системе уголовного процесса и уголовно-процессуального права.

1. Органы дознания.

На наш взгляд в УПК РФ неудачно регламентирован перечень органов дознания. Во-первых, ввиду того, что, как и по УПК РСФСР, органами дознания могут быть не только государственные органы, но и должностные лица, создается нелепая ситуация, когда начальник органа дознания совпадает в одном лице с самим органом (например, старший судебный пристав - и орган дознания и его же начальник). Почему в п. 1 ч. 1 ст. 40 органом дознания названы органы внутренних дел, то есть, фактически, Министерство внутренних дел, а в пункте третьем этой же части – командиры воинских частей, а не Министерство обороны? В пункте втором части первой ст. 40 использована другая техника: просто перечислены все должностные лица службы судебных приставов, которые являются органами дознания. Получается, что старший судебный пристав, находящийся в должностном подчинении у главного судебного пристава субъекта Федерации, абсолютно не зависит от него в процессуальном смысле, т.к. это два самостоятельных органа дознания. Но и на этом «сюрпризы» статьи 40 не заканчиваются. В п. 1 ч. 1 этой статьи содержится невероятная по своей бессмысленной сложности конструкция: к органам дознания относятся «...органы государственной власти, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности». Чтобы понять, что же это за органы, необходимо ознакомиться с двумя документами: Законом об ОРД и Указом Президента, регулирующим систему и структуру органов исполнительной власти в РФ. На момент подготовки этой статьи ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.95 г. № 144-ФЗ действует в редакции федерального закона от 22.08.04 г., а знаменитый указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» не «прожил» в первоначальной редакции и двух месяцев и действует в редакции Указа Президента РФ от 20 мая 2004 г. № 649 «Вопросы структуры органов исполнительной власти», который в свою очередь

только за вторую половину 2004 года корректировался пять раз (28 июля, 13 сентября, 11 октября, 18 ноября и 1 декабря). Очевидно, что оба эти документа весьма нестабильны. Что можно посоветовать юристу (студенту, практическому работнику, ученому), пожелавшему «расшифровать» перечень органов дознания, предусмотренных в пункте 1 части 1 ст. 40 УПК РФ:

1. Найти действующие редакции закона об ОРД и Указа Президента.
2. Путем сопоставления отобрать органы, названия которых встретились в обоих документах.

Проделав эту операцию в конце 2004 года, мы получили следующий перечень:

Органы внутренних дел.

ФСБ.

Федеральная служба охраны.

Федеральная таможенная служба.

Служба внешней разведки.

Федеральная служба исполнения наказаний.

Федеральная служба по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

Помимо неудобства данный способ изложения таит в себе ряд опасностей. Первой «жертвой» этой юридической техники стала Государственная противопожарная служба, которую попросту забыли включить в первоначальный вариант УПК РФ. ГПС, хотя и относится к органам исполнительной власти, но не осуществляет ОРД. К счастью, ошибка была исправлена еще до вступления УПК РФ в силу. Вторая опасность заключается в том, что у нас появились два органа дознания с неопределенной компетенцией. Речь идет о Федеральной службе охраны (ФСО) и Службе внешней разведки (СВР). Последняя, к слову, может проводить оперативно-розыскные мероприятия лишь в целях обеспечения собственной безопасности, и при условии, что это не затронет полномочий других органов, имеющих право проводить ОРМ. Неужели два этих ведомства так остро нуждались в том, чтобы стать органами дознания? Вряд ли. Во всяком случае, в официальной статистике мы не находим сведений о том, как данные органы используют свои новые полномочия. И, наконец, третья проблема: УПК стал заложником двух нормативных актов (Закона и Указа), о которых говорилось выше. Изменения в одном из этих актов автоматически могут повлечь исчезновение какого-либо органа дознания или появление нового. В условиях современной нестабильности долго ждать таких изменений не придется. И, вообще, непонятно: почему потребовалось привязывать органы дознания к возможности или невозможности проведения ими оперативно-розыскных мероприятий? Есть же судебные приставы, пожарные, командиры воинских частей, которые не проводят ОРМ, но являются органами дознания. С другой стороны, как уже отмечалось, таким оперативным службам как СВР и ФСО полномочия по осуществлению дознания не нужны. Тем более эта привязка нелогична в свете положений части второй ст. 41 УПК РФ, запрещающей одному и тому же лицу проводить по одному уголовному делу и дознание, и оперативно-розыскные

мероприятия.

Часть третья ст. 40 указывает еще одну группу лиц, наделяющихся в некоторых ситуациях отдельными полномочиями органов дознания. УПК РСФСР, в отличие от УПК РФ, именовал эту категорию так же: «органы дознания». К данным лицам относятся капитаны морских и, что любопытно, речных судов, находящихся в дальнем плавании, руководители геологоразведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, а также главы дипломатических представительств и консульских учреждений РФ – по делам о преступлениях, совершенных в пределах территорий данных представительств и учреждений. Указанные субъекты не вправе проводить дознание. Их полномочия ограничиваются возбуждением уголовного дела и проведением неотложных следственных действий. Вместе с тем, факт их упоминания в ст. 40 заслуживает внимания. Если старый УПК исходил из того, что любой капитан любого судна и любой начальник зимовки - это лица, состоящие на службе у государства, поскольку частных морских судов и частных геологических изысканий не было, то теперь не вполне понятно, как государство доверяет возбуждать уголовные дела и проводить неотложные следственные действия не государственным служащим, являющимся представителями частных компаний. А если капитан судна или начальник зимовки иностранец? Что касается послов и консулов, то они не станут органами дознания до тех пор, пока Россия не заключит соответствующий международный договор со страной пребывания. Думаем, что часть третья ст. 40 нуждается в соответствующем переосмыслении и доработке.

2. Начальник органа дознания.

УПК РФ не попытался решить проблему, набившую оскомину не одному поколению теоретиков и практиков. По-прежнему начальники органов дознания (главным образом речь идет о МВД и ФСБ), находясь в процессуальном подчинении у следователей, стоят выше их по служебной лестнице и являются старшими по званию. Классический пример, когда лейтенант - следователь следственного отдела при РОВД дает письменные указания полковнику – начальнику этого же РОВД и, соответственно, начальнику органа дознания, к сожалению, не перестал быть актуальным. Долгое время одним из основных средств преодоления данной ситуации считалось создание следственного комитета, который бы объединил в себе следователей всех правоохранительных органов. На сегодняшний день ясно, что эта идея в очередной раз отложена в «долгий ящик». Поэтому ученые и практики продолжают искать средства решения данной проблемы. Так, С.И. Гирько и Н.И. Скударева предложили весьма логичный и, что важно, не затратный способ выхода из положения. По их мнению, полномочия начальника органа дознания должны быть переданы от начальника органа внутренних дел начальнику специализированного подразделения дознания в структуре, к примеру, РОВД. А начальник РОВД должен стать лишь координатором деятельности всех подчиненных ему служб: милиции,

следственного аппарата, дознания, тыловых служб, уголовного розыска и т.д.¹ Тогда все становится на свои места и процессуальные отношения не пересекаются со служебными.

Что касается второй формы дознания, регламентировавшей УПК РСФСР – дознания по делам, по которым предварительное следствие обязательно, то оно трансформировалось в ст. 157 УПК РФ «Производство неотложных следственных действий». Сущность и проблемные моменты данного правового института выходят за пределы данной статьи и уже стали предметом глубоко диссертационного исследования².

Подводя итог, хочется отметить, что УПК РФ, принятый в 2001 г., при некоторых своих недостатках предусматривает одну из лучших конструкций предварительного расследования со времен Устава уголовного судопроизводства. Так, УУС 1864 года регламентировал деятельность, которую сейчас мы бы назвали оперативно-розыскной, предусматривал тайное проведение дознания. УПК РСФСР 1923 года страдал нечеткостью формулировок, ограничивал права личности при дознании, что «по наследству» перешло и в УПК РСФСР 1960 года. Все упрощение, предусмотренное ст. 120 УПК 1960 года, заключалось в различных урезаниях прав потерпевшего, гражданского истца и ответчика, самостоятельности органа дознания. Реальных возможностей упрощения не было предусмотрено. Проект 2000 года вообще заменял дознание как деятельность, направленную на получение доказательств, досудебным производством в протокольной форме - деятельностью, имеющей целью «прояснить ситуацию» в обывательском смысле слова, а не собрать доказательства. Конечно, процессуальная регламентация дознания нуждается в совершенствовании, но концепция дознания и место, которое отведено ему в УПК РФ, в целом можно признать приемлемыми.

ОСОБЕННОСТИ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ РЫНКА ЦЕННЫХ БУМАГ В СТРАНАХ СНГ

Дашкова Г.Г. – аспирант кафедры уголовного права МГЮА

В странах СНГ имеется определенный опыт уголовно-правовой защиты рынка ценных бумаг. В каждой из этих стран до распада СССР действовал свой уголовный кодекс, нормы которого были сформулированы в точном соответствии с Основами уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик и УК РСФСР. Применительно к анализируемым нами составам отсутствовали какие-либо особенности структурного или содержательного характера. Ситуация коренным образом изменилась после образования на территории бывшего СССР двенадцати независимых государств:

¹ Гирько С.И., Скударева Н.И. Указ. соч. С. 83-84.

² Шабетя И.В. Сущность, назначение и порядок производства неотложных следственных действий по УПК РФ. Автореф. диссертации... к.ю.н. - Челябинск, 2004.

Азербайджанской республики; Республики Армения; Республики Беларусь; Республики Грузия; Республики Казахстан; Кыргызской республики; Республики Молдова; Российской Федерации, Республики Таджикистан; Туркменистана; Республики Узбекистан, Украины. Каждая из этих стран, исходя из необходимости объединения усилий в решении ряда политических, экономических, социальных и правовых проблем, вошла в соответствии с Соглашением о создании СНГ от 08 декабря 1991 года, Протоколом к Соглашению о создании СНГ и Декларацией от 21 декабря 1991 года в состав Содружества Независимых Государств (СНГ). В соответствии с Уставом СНГ, утвержденным 22 января 1993 года, одной из главных целей Содружества является взаимная правовая помощь и сотрудничество в других сферах правовых отношений. Для реализации этой цели в рамках СНГ был создан ряд институтов межгосударственного правового сотрудничества. Одним из важнейших из них является Межпарламентская Ассамблея СНГ, которая в соответствии с Конвенцией об МПА 1995 года вправе: принимать рекомендации по сближению законодательства государств-участников; принимать типовые (модельные) законодательные акты и с соответствующими рекомендациями направлять парламентам государств-участников; принимать рекомендации по приведению законодательства государств-участников в соответствии с положениями международных договоров, заключенных этими государствами в рамках СНГ; содействовать осуществлению обмена информацией правового характера между государствами-участниками.

Принимая во внимание то обстоятельство, что после распада СССР уголовное законодательство государств-участников СНГ стало динамично изменяться, и эти изменения не всегда обуславливались экономической, социальной и правовой ситуацией, складывающейся в той или иной стране и к тому же входили в противоречие с целями и задачами СНГ, руководящими органами СНГ было принято решение поручить Межпарламентской Ассамблее СНГ разработать и принять ряд модельных законодательных актов, касающихся разных сфер жизнедеятельности СНГ.

В середине 90-х годов прошлого столетия ряд таких законодательных актов был принят. Многие из них непосредственно определяют содержание и форму правовой защиты рынка ценных бумаг. Это, в частности, модельные законы, третья часть Гражданского кодекса, Федеральные законы «О защите экономической конкуренции», «О финансово-промышленных группах», «Об акционерных обществах», «Об аудите», «О бухгалтерском учете и отчетности», «О банкротстве кредитных организаций». В целях унификации и гармонизации законодательства в рамках СНГ были также подготовлены соответствующие международным правовым стандартам модельные Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный кодексы. 17 февраля 1996 года Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств в Санкт-Петербурге был принят Модельный уголовный кодекс для государств - участников СНГ. В этом кодексе содержатся две нормы (ст. 273 и ст. 275), имеющие отношение к проблеме уголовно-правового обеспечения рынка ценных бумаг. В статье 273 «Изготовление или

сбыт поддельных денег или ценных бумаг» устанавливается ответственность за изготовление или хранение с целью сбыта, а равно сбыт поддельных денежных знаков, металлической монеты, ценных бумаг либо иностранной валюты или ценных бумаг в иностранной валюте. Данные деяния считаются тяжкими преступлениями. Те же деяния, совершенные: а) в крупном размере, б) группой лиц по предварительному сговору, – рассматриваются в качестве тяжких преступлений. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные организованной группой, – особо тяжкое преступление.

Статья 275 Модельного кодекса «Злоупотребление при выпуске (эмиссии) ценных бумаг» устанавливает, что выпуск (эмиссия) ценных бумаг и их публичное размещение без регистрации в установленном порядке, либо использование заведомо подложных документов для регистрации ценных бумаг – преступление средней тяжести. Внесение в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, а равно утверждение проспекта эмиссии, содержащего заведомо недостоверную информацию или утверждение заведомо недостоверных результатов эмиссии, если эти деяния повлекли причинение крупного ущерба – тяжкое преступление.

Модельный кодекс был принят без особых возражений со стороны стран - участников Содружества Независимых Государств. Вместе с тем, в принятых спустя несколько лет уголовных кодексах этих стран соответствующие нормы по ряду позиций существенно отличались от Модельного кодекса. С точки зрения теории уголовно-правовой науки, практики борьбы с преступностью такие несовпадения, если они обусловлены реально существующими процессами и явлениями, происходящими в странах СНГ, объективно необходимы и повышают эффективность уголовно-правовых средств воздействия на преступность в финансово-кредитной сфере.

Анализ особенностей национального уголовного законодательства, учет этих особенностей при разработке регионального законодательства СНГ – неотъемлемые условия создания на территории этих стран режима обеспечения законности и правопорядка.

Анализируя особенности уголовно-правовых норм, устанавливающих ответственность за преступления в сфере рынка ценных бумаг в странах СНГ, следует отметить, что эти особенности выражаются: в степени разнообразия уголовно-наказуемых деяний; в характере самих деяний; наличии или отсутствии квалифицирующих признаков; видах наказаний; в размерах санкций.

Выявление наиболее типичных для группы стран (в данном случае стран СНГ) признаков сходства (различия), присущих законодательству этих стран, имеет определенное научное и практическое значение. Вместе с тем, тут есть и свои минусы, которые присущи любым усредненным показателям (средняя температура по больнице). С нашей точки зрения эти минусы особенно заметны при микросравнении,¹ когда перед исследователем ставится задача

¹ Об основных видах сравнительных исследований см. подробнее: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. - М., 2003. С. 39-53.

сравнить отдельные правовые институты и особенно конкретные правовые нормы национального законодательства (в нашей ситуации нормы уголовных кодексов, предусматривающих ответственность за преступления в сфере рынка ценных бумаг). Представляется, что здесь любая обобщающая информация обязательно должна сочетаться с анализом названных норм по конкретным, отдельно выделенным странам. Это позволит сформулировать более предметные и значимые для уголовно-правовой науки, законотворческой и правоприменительной практики предложения и рекомендации. Исходя из упомянутых соображений, представляется целесообразным остановиться на анализе норм уголовных кодексов отдельных стран СНГ о нарушениях на рынке ценных бумаг. При этом, с учетом направленности нашего исследования именно на выявление особенностей зарубежного законодательства, мы, главным образом, обратимся к анализу соответствующих правовых норм уголовных кодексов стран СНГ, где наиболее рельефно просматриваются отличия от Модельного уголовного кодекса для государств - участников СНГ и Уголовного кодекса РФ.

В этом смысле представляет интерес уголовное законодательство Азербайджанской республики.¹ Нормы, определяющие ответственность за преступления на рынке ценных бумаг расположены в главе 2 «Преступления против экономической деятельности». Это ст. 203 «Нарушение правил выпуска ценных бумаг (эмиссии)» и ст. 204 «Изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг». В ст. 203 предусмотрено, что внесение в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, а равно утверждение проспекта эмиссии, содержащего заведомо недостоверную информацию или утверждение заведомо недостоверных результатов эмиссии, если эти деяния повлекли причинение значительного ущерба, наказываются штрафом в размере от ста до пятисот минимальных размеров оплаты труда, либо общественными работами на срок от ста пятидесяти до двухсот часов, либо исправительными работами на срок до одного года. Те же деяния, причинившие крупный ущерб, наказываются исправительными работами на срок до двух лет, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок.

В отличие от соответствующей нормы УК РФ, в ст. 203 УК Азербайджанской Республики не предусматривается уголовная ответственность за размещение эмиссионных ценных бумаг, выпуск которых не прошел государственную регистрацию.

Весьма существенно отличие и в санкциях за деяния, связанные со злоупотреблениями при эмиссии ценных бумаг (в УК Азербайджанской Республики – нарушение правил выпуска ценных бумаг (эмиссии)). Так, размеры штрафа по УК Азербайджанской Республики определяются не в конкретной форме, как в УК РФ, а зависят от минимального размера оплаты труда, что, на наш взгляд, в большей степени способствует решению задач Уголовного кодекса и соблюдению принципов справедливости и гуманизма. Несколько иначе, по сравнению с УК РФ, выглядят сроки общественных (в УК

¹ УК Азербайджанской Республики вступил в силу 1 сентября 2000 года.

РФ - обязательных) работ. За преступления, предусмотренные ч. 1 ст. 203 срок общественных работ определен в пределах от 150 до 200 часов. По ч. 1 ст. 185 УК РФ эти границы иные – от 180 до 240 часов. Исправительные работы по ч. 1 ст. 203 УК Азербайджанской Республики установлены сроком до одного года, а по ч. 1 ст. 185 УК РФ – от одного года до двух лет.

По ст. 203 УК Азербайджанской Республики, квалифицированными считаются деяния, причинившие крупный ущерб (в ч. 1 ст. 203 УК ответственность предусмотрена при условии нарушений правил выпуска ценных бумаг, повлекших причинение значительного ущерба). Таких квалифицированных признаков как совершение преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой (ч. 2 ст. 185 УК РФ) в ст. 203 УК Азербайджанской Республики нет.

Наказание за квалифицированное нарушение правил выпуска ценных бумаг по УК Азербайджанской Республики менее жесткое по сравнению с УК РФ. Здесь, в отличие от УК РФ, нет такого наказания как штраф, но присутствует в отличие от УК РФ ограничение свободы до двух лет и исправительные работы на тот же срок. Максимальный срок лишения свободы за квалифицированное нарушение правил выпуска ценных бумаг по УК Азербайджанской Республики – два года (УК РФ – три года).

Что касается норм, устанавливающих уголовную ответственность за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг, то эти нормы в РФ и Азербайджане практически идентичны. Имеются некоторые различия и в видах санкций. В частности, в отличие от РФ, законодатель в Азербайджанской Республике не отказался от конфискации, которая предусмотрена как за простое, так и за квалифицированное деяние. Так, изготовление в целях сбыта или сбыт поддельных денег, государственных ценных бумаг или иностранной валюты, либо ценных бумаг в иностранной валюте – наказываются лишением свободы на срок от пяти до семи лет с конфискацией имущества или без таковой (ч. 1 ст. 204 УК Азербайджанской Республики). Те же деяния, совершенные в значительном размере либо лицом, ранее судимым за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг, наказываются лишением свободы на срок от семи до десяти лет с конфискацией имущества (ч. 2 ст. 204). Деяния, предусмотренные статьями 204.2 настоящего кодекса, если они совершены: 204.3.1 - организованной группой; 204.3.2 – в крупном размере, - называются лишением свободы на срок от восьми до двенадцати лет с конфискацией имущества.

Таким образом, анализ уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за преступления, совершенные на рынке ценных бумаг в Азербайджанской Республике, показывает, что эти нормы по своему характеру и направленности соответствуют подобным нормам Модельного уголовного кодекса для государств - участников СНГ. Наиболее существенное различие этих норм от соответствующих уголовно-правовых запретов в РФ касается в основном видов и размеров санкций за эти деяния.

Значительным своеобразием отличается решение вопросов о наказании за преступления на рынке ценных бумаг на Украине.

В ст. 223 УК Украины¹ «Нарушение порядка выпуска (эмиссии) и обращения ценных бумаг» устанавливается, что выпуск (эмиссия) гражданином или должностным лицом субъекта хозяйственной деятельности ценных бумаг в форме их открытого размещения без регистрации эмиссии в установленном Законом порядке – наказывается штрафом до пятидесяти не облагаемых налогом минимумов доходов граждан либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет, либо исправительными работами на срок до двух лет. Внесение гражданами или должностными лицом субъекта хозяйственной деятельности в документы, представляемые для регистрации эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, а также утверждение таких документов, если эти действия причинили крупный ущерб инвестору, – наказывается штрафом до пятидесяти минимумов доходов граждан, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет, либо ограничением свободы на срок до трех лет. Нетрудно заметить, что украинский законодатель гораздо в большей степени, чем это сделано в Модельном уголовном кодексе для стран - участников СНГ и в УК РФ, реализовал принцип экономии уголовной репрессии. Это, в свою очередь, способствовало активизации деятельности правоохранительных органов Украины по борьбе с преступлениями, посягающими на рынок ценных бумаг.² Достаточно в этой связи отметить, что количество зарегистрированных дел, предусмотренных ст. 223 УК Украины, (в коэффициенте) в два-три раза выше, чем в других странах СНГ.

Не предусмотрено наказание в виде лишения свободы за преступления при выпуске ценных бумаг и в некоторых республиках Средней Азии. Так, например, ст. 257 УК Туркменистана «Злоупотребление при выпуске ценных бумаг (эмиссии)» предусматривает, что внесение в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, а равно утверждение заведомо недостоверных результатов эмиссии, если эти действия повлекли причинение ущерба инвестору в крупном размере, – наказываются штрафом в размере от двадцати до пятидесяти среднемесячных размеров оплаты труда или исправительными работами на срок до двух лет. Квалифицированных признаков этих деяний УК Туркменистана не содержит.

В то же время, в принятом практически одновременно с туркменским Уголовном кодексе Республики Таджикистан³ вопрос о наказании за злоупотребления при выпуске ценных бумаг решается несколько иначе, что выражается в более жестком подходе к наказанию лиц, виновных в совершении этих деяний.

Так, в ст. 283 УК Таджикистана «Злоупотребление при выпуске

¹ УК Украины вступил в силу в 2001 году.

² С аналогичным эффектом обратного свойства столкнулась судебная и следственная практика в Российской Федерации, когда в начале 60-х годов были резко усилены санкции за получение взятки. В результате количество привлеченных к уголовной ответственности за это деяние резко сократилось. При этом фактический уровень взяточничества существенно вырос.

³ УК республики Таджикистан введен в действие 1 сентября 1998 года, а УК Туркменистана – 1 января 1998 года.

(эмиссии) ценных бумаг и их публичное размещение без регистрации в установленном порядке либо использование заведомо подложных документов для регистрации ценных бумаг, - наказывается штрафом в размере от пятисот до одной тысячи минимальных размеров заработной платы либо исправительными работами на срок до двух лет (ч. 1 ст. 283).

Для наступления уголовной ответственности сам факт причинения ущерба (крупного, значительного и т.п.) вовсе не обязателен. Такое условие содержится в ч. 2 ст. 283 УК Таджикистана, где говорится, что внесение в проспект эмиссии заведомо недостоверной информации, а равно утверждение проспекта эмиссии, содержащего заведомо недостоверную информацию или утверждение заведомо недостоверных результатов эмиссии, если эти деяния повлекли причинение крупного ущерба, - наказываются штрафом в размере от одной до двух тысяч минимальных размеров заработной платы либо лишением свободы на срок до двух лет.

Существенным своеобразием отличается решение вопроса об уголовной ответственности за нарушение на рынке ценных бумаг по уголовному законодательству Республики Казахстан.¹ Здесь перечень уголовно-наказуемых деяний на рынке ценных бумаг самый обширный по сравнению с УК других стран СНГ и включает в себя четыре состава, не считая норму об ответственности за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг.

Учитывая то обстоятельство, что в последнее время в Федеральной службе по финансовым рынкам РФ, в других высших органах государственной власти и управления активно обсуждается вопрос о необходимости криминализации ряда деяний на рынке ценных бумаг, представляется более детально оценить казахский опыт в этой части.

Статья 202 УК Казахстана «Нарушение порядка выпуска (эмиссии) ценных бумаг» в основном не имеет принципиальных отличий от соответствующих статей у других государств СНГ и предусматривает, что утверждение проспекта эмиссии, содержащего заведомо недостоверную информацию, а равно утверждение заведомо недостоверного отчета по выпуску ценных бумаг, – наказывается штрафом в размере от двухсот до пятисот месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо исправительными работами на срок от одного года до двух лет, либо лишением свободы на срок от трех лет со штрафом в размере до ста минимальных месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного месяца либо без такового.

Ст. 203 «Внесение в реестр держателей ценных бумаг заведомо ложных сведений» определяет, что внесение в реестр держателей ценных бумаг заведомо ложных сведений, повлекшее переход прав на эти ценные бумаги другому лицу, - наказывается штрафом в размере от трехсот до пятисот месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного

¹ УК Республики Казахстан вступил в действие с 1 января 1998 года.

дохода осужденного за период от трех лет до пяти месяцев, либо исправительными работами на срок до одного года, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет, либо арестом на срок до четырех месяцев. То же деяние, причинившее крупный ущерб, - наказывается штрафом в размере заработной платы осужденного за период от пяти до десяти месяцев, либо исправительными работами на срок от одного года до двух лет, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет, либо арестом на срок до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

В ст. 204 УК Казахстана «Представление заведомо ложных сведений об операциях с ценными бумагами в целях извлечения имущественной выгоды», причинившее крупный ущерб, - наказывается штрафом в размере от трехсот до пятисот месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от трех до пяти месяцев, либо исправительными работами на срок до двух лет, либо лишением прав занимать определенные должности на срок до пяти лет, либо арестом на срок до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до одного года с лишением права заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

В ст. 205 «Нарушение правил проведения операций с ценными бумагами» установлено, что эти деяния (норма носит бланкетный характер) в случае причинения или крупного ущерба наказываются штрафом в размере от пятисот до одной тысячи месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от пяти до десяти месяцев, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет, либо арестом на срок до одного года с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового. То же деяние, совершенное неоднократно либо группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, - наказывается штрафом в размере от одной до двух тысяч месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от десяти месяцев до одного года, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет, либо арестом на срок до шести месяцев либо лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет с конфискацией имущества или без таковой.

Своеобразно решается вопрос об ответственности за нарушения на рынке ценных бумаг в УК Грузии (введен в действие 1 июня 2000 года). Здесь эти деяния регулируются ст. 213 «Нарушение правил рынка ценных бумаг», где определено, что умышленное публичное предложение ценных бумаг без проспекта эмиссии или по приостановленному проспекту эмиссии без

получения соответствующего разрешения, повлекшее значительный ущерб, наказывается лишением свободы на срок до трех лет. Умышленный пропуск существенного факта или события в проспекте эмиссии, повлекший значительный ущерб, - наказывается штрафом или лишением свободы на срок от одного года до четырех лет. Отмеченное нами своеобразие этой нормы УК Грузии в сравнении с УК других стран СНГ просматривается, прежде всего, в большей жесткости санкций и в ограниченном числе видов наказания, что, применительно к преступности в сфере экономической деятельности, затрудняет решение задачи индивидуализации наказания.

Практически в строгом соответствии с Модельным уголовным кодексом для государств - участников СНГ изложена ст. 197 УК Кыргызской республики «Злоупотребления при выпуске ценных бумаг (эмиссии)». Закон определяет, что внесение в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, а равно утверждение проспекта эмиссии содержащего заведомо недостоверную информацию или утверждение проспекта эмиссии содержащего заведомо недостоверную информацию или утверждение заведомо недостоверных результатов эмиссии, если эти деяния повлекли причинение крупного ущерба, - наказываются штрафом в размере от двухсот до пятисот минимальных месячных заработных плат. Квалифицирующих признаков (совершение преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой и др.) данного состава не имеет.

Аналогичным образом определена ответственность за преступления на рынке ценных бумаг в Армении и Молдове. В УК Республики Беларусь содержатся две нормы, имеющие отношение к защите рынка ценных бумаг. Это типичная для всех кодексов стран СНГ¹ ст. 226, предусматривающая, что незаконный выпуск (эмиссия) ценных бумаг без регистрации в установленном порядке, либо публичное размещение ценных бумаг с нарушением установленного порядка, либо использование заведомо подложных документов для регистрации ценных бумаг, - наказывается штрафом или лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или исправительными работами на срок до двух лет или арестом на срок до шести месяцев или лишением свободы на срок до двух лет. Второй состав сформулирован в ст. 227 «Подлог проспекта эмиссии ценных бумаг», в которой установлено, что внесение должностным лицом в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверных сведений либо удостоверение проспекта эмиссии, содержащего заведомо недостоверные сведения, повлекшие причинение ущерба инвесторам в особо крупном размере, - наказывается штрафом или лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или исправительными работами на срок до двух лет или арестом на срок до шести месяцев или лишением свободы на срок до трех лет.

По мнению белорусских специалистов в области уголовного права,

¹ Единственным из стран СНГ государством, где в УК нет специальной нормы (норм) об ответственности за преступления на рынке ценных бумаг – это республика Узбекистан. Подобного рода деяния здесь квалифицируются по ст. 176 «Изготовление, сбыт поддельных денег, акцизных марок или ценных бумаг».

выделение в отдельную, самостоятельную норму названных деяний продиктовано целью избежать ошибок при решении вопроса о субъекте уголовно-наказуемых деяний в сфере рынка ценных бумаг. Именно по этой причине субъект названного преступления определен непосредственно в ст. 227 УК Белоруссии.

Оценивая в целом проблему уголовной ответственности за нарушения на рынке ценных бумаг в странах СНГ, представляется возможным утверждать следующее:

1. В государствах СНГ проводится значительная работа по совершенствованию уголовно-правовой защиты рынка ценных бумаг. Реализуя Соглашение о принципах сближения законодательства, регулирующего хозяйственную деятельность государств - участников Содружества¹, страны СНГ приняли Модельный Уголовный кодекс для государств - участников СНГ. Основные идеи и направленность ст. 275 «Злоупотребление при выпуске (эмиссии) ценных бумаг» этого кодекса восприняты уголовным законодательством стран СНГ.

2. Особенности норм, определяющих вопросы ответственности за нарушения на рынке ценных бумаг в отдельных странах СНГ, касаются в основном системы видов и степени жесткости санкций за эти деяния.

3. Имеются определенные различия в содержании объективной стороны аналогичных преступлений.

4. Некоторые страны СНГ (Казахстан) стремятся расширить круг уголовно-наказуемых деяний на рынке ценных бумаг, другие же ограничиваются рамками Модельного Кодекса, либо вовсе не включают в УК в качестве самостоятельных норм об ответственности за нарушение на рынке ценных бумаг (Узбекистан).

5. При всей внешней привлекательности или неприятии ряда новелл уголовного законодательства отдельных стран СНГ в части защиты рынка ценных бумаг в настоящее время не представляется возможным дать правильную и полную оценку этих нововведений с точки зрения из возможной реализации в российском законодательстве. Это связано, прежде всего, с тем, что ни в России, ни в других странах СНГ практически не проводятся криминологические, социально-экономические, уголовно-правовые исследования и научная разработка названных проблем. К тому же, судебная, прокурорская и следственная практика по указанной категории дел незначительна.

Определенный научный и практический интерес представляют вопросы уголовно-правовой охраны рынка ценных бумаг в странах Восточной Европы, ранее входивших в Совет Экономической Взаимопомощи (СЭВ).

Группа стран, входивших в СЭВ, до распада мировой социалистической системы, и по экономическим, и по ряду других показателей, в частности, по уровню правотворческой и правоприменительной деятельности, выглядела далеко не одинаково. Заметно различались эти страны в их ориентации на западные и советские правовые школы и институты. В этом отношении из всех

¹ БМД. 1993. № 10. С. 3-5.

стран СЭВ можно выделить практически диаметрально противоположные по тем временам (до середины 80-х годов XX столетия) государства – Польшу и Болгарию.

Польская уголовно-правовая наука, а в определенной степени и практика, в пределах возможных политических рамок ориентировалась на исследования и разработки американских, французских, английских и немецких ученых. Здесь достаточно обратиться к работам Брунона Холыста, Ежи Бафия, Арнольда Губиньского, которые в условиях «железного занавеса» пытались «навести мосты» между Западом и Востоком. Явно противоположная ситуация складывалась в Болгарии, где такие наиболее известные и влиятельные представители болгарской уголовно-правовой науки как Дмитрий Михайлов, Байчо Панев, Петр Цанков четко и недвусмысленно ориентировались на советскую школу уголовного права.

Коренные социально-политические преобразования в странах Восточной Европы, распад СССР и ликвидация СЭВ определенным образом отразилась и на содержании изменений уголовного законодательства этих стран и, в частности, норм, касающихся уголовного правового обеспечения рынка ценных бумаг. Эти нормы стали более приближенными к западным стандартам, но с акцентом на усиление жесткости санкций за эти деяния. Например, в ст. 313 Уголовного кодекса Болгарии установлено, что кто публично, предлагая ценные бумаги в проспекте или обзоре об экономическом положении, использует ложные благоприятные данные или умалчивает о неблагоприятных данных, имеющих существенное значение для принятия решения о приобретении ценных бумаг, наказывается лишением свободы до трех лет и штрафом до пятисот левов.

В ст. 311 Уголовного кодекса Польши указано, что лицо, которое в документации, связанной с оборотом ценных бумаг, распространяет ложные сведения или замалчивает информацию об имущественном состоянии оферента, имеющие существенное значение для приобретения, отчуждения ценных бумаг, увеличения или уменьшения вклада, подлежит наказанию лишением свободы на срок до трех лет.

Более жесткие по сравнению, к примеру, со странами СНГ, санкции в отношении лиц, совершивших преступления на рынке ценных бумаг в Болгарии и Польше, когда за эти деяния единственным видом наказания является лишение свободы, объясняется в основном необходимостью надежной защиты новых рыночных отношений в этих бывших социалистических странах.

ЧЕМ ОБЪЯСНЯЕТСЯ НОВАЯ РЕДАКЦИЯ СТАТЬИ О ХУЛИГАНСТВЕ

Жовнир С.А. – доцент кафедры уголовного права и криминологии, к.ю.н.

В прежней редакции хулиганство понималось как «грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, сопровождающееся применением насилия к гражданам либо угрозой его

применения, а равно уничтожением или повреждением чужого имущества».

Основным непосредственным объектом хулиганства являлись отношения по охране общественного порядка, дополнительными непосредственными объектами - отношения по охране здоровья и телесной неприкосновенности граждан, а также отношения собственности в любой форме.

Объективная сторона хулиганства, как это следует из определения, включала три признака деяния: грубое нарушение общественного порядка, явное неуважение к обществу, применение насилия или угроза его применения, а равно уничтожение или повреждение чужого имущества.

Под грубым нарушением общественного порядка следует понимать такие действия лица, которые причиняют существенный вред порядку, правам и интересам человека, интересам организации, учреждения (срыв массовых мероприятий, временное прекращение работы транспорта, учреждения, нарушение покоя граждан в ночное время и т.д.). Этот признак тесно связан с другим необходимым признаком состава хулиганства: действия лица выражают явное неуважение к обществу, т.е. открыто, очевидно для всех (с точки зрения общепринятых норм нравственности) проявляют пренебрежительное отношение лица к правилам поведения, к личности человека, его чести, достоинству (проявление бесстыдства, издевательство над больными, беспомощными лицами, глумление над личностью и т.п.).

Необходимым признаком уголовно-наказуемого хулиганства являлось применение насилия или угроза его применения к гражданам. Законодатель не конкретизировал характер насилия, поэтому под ним следует понимать как насилие, опасное для жизни или здоровья (т.е. повлекшее причинение тяжкого, средней тяжести или легкого вреда здоровью), так и не опасное для жизни или здоровья (т.е. побои, совершение действий, связанных с причинением потерпевшему физической боли, либо ограничением его свободы, в т.ч. связывание рук, применение наручников, оставление в закрытом помещении и т.д.). Насилие могло быть и не сопряжено с реальным причинением вреда потерпевшему, а только создавать опасность для жизни или здоровья в момент его применения. Причинение вреда здоровью средней тяжести, тяжкого вреда, а также убийство квалифицировались по совокупности ст. 213 УК и ст. 112, 111, 105 УК соответственно. Угроза насилием заключается в запугивании (словесном или действиями) применением любого по степени тяжести физического насилия в ходе совершения хулиганских действий.

Альтернативно необходимым признаком хулиганства могло быть уничтожение или повреждение чужого имущества без отягчающих обстоятельств. Уничтожение означает такое внешнее воздействие на материальные предметы, в результате которого они прекращают свое физическое существование либо приводятся в полную непригодность для использования по целевому назначению. Уничтожение может привести к полному истреблению имущества путем сожжения, разрушения, растворения в кислоте и т.п., либо к превращению в такое состояние, когда оно полностью утрачивает свою качественную определенность и полезные

свойства. Особенность уничтожения заключается в том, что вещь не может быть восстановлена путем ремонта или реставрации и полностью выводится из хозяйственного оборота.

Повреждением признается такое изменение свойств предмета, при котором существенно ухудшается его полезность, и вещь становится частично или полностью непригодной для ее хозяйственного или иного целевого использования. В отличие от уничтожения, означающего невозможную утрату вещи, повреждение влечет лишь качественное ухудшение предмета, которое может быть устранено путем реставрации, ремонта вещи, лечения животного и т.д.

Местом совершения хулиганства признавались, как правило, общественные места (транспорт, кинотеатр, кафе, парк, улица), однако могли быть и безлюдные места (лес, пустырь, отдельная квартира), где присутствуют только хулиган и лицо, в отношении которого совершаются эти действия.

Хулиганство рассматривалось как преступление с формально-материальным составом. Оконченным оно считалось с момента совершения: либо только действий, грубо нарушающих общественный порядок и выражающих явное неуважение к обществу, сопровождающихся применением насилия или угрозой его применения (формальный состав); либо с момента совершения этих действий, сопровождающихся уничтожением или повреждением имущества (материальный состав).

Субъективная сторона этого преступления представлена прямым умыслом: лицо осознает, что грубо нарушает общественный порядок, проявляет явное неуважение к обществу, сопровождающееся применением насилия или угрозой его применения к гражданам, а равно уничтожением или повреждением чужого имущества, и желает совершить эти действия.

Обязательным признаком преступления являлся хулиганский мотив. Содержание хулиганского мотива можно было выразить как стремление лица в неуважительной форме противопоставить себя обществу, проявить пьяную удаль, грубую силу, буйство, жестокость, демонстративное пренебрежение нормами поведения, морали.

Субъектом преступления выступало любое лицо, достигшее возраста 16 лет (ч. 1 ст. 213 УК); уголовная ответственность при совершении хулиганства при квалифицирующих обстоятельствах наступала с 14 лет.

Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в УК РФ...» ст. 213 УК «Хулиганство» изложена в новой редакции. Теперь хулиганство «есть грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, совершенное с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия». В соответствии с п. 23 разъяснения Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое», вменяя признак «применение оружия или предметов, используемых в качестве оружия», судам следует учитывать Федеральный закон от 13 ноября 1996 г. «Об оружии» и на основании экспертного заключения устанавливать, является

ли предмет оружием, предназначенным для поражения живой или иной цели. Под предметами, используемыми в качестве оружия, следует понимать предметы, которыми потерпевшему могли быть причинены телесные повреждения, опасные для жизни или здоровья (перочинный или кухонный нож, бритва, ломик, дубинка, топор, ракетница и т.п.), а также предметы, предназначенные для временного поражения цели (например, механические распылители, аэрозольные и другие устройства, снаряженные слезоточивыми и раздражающими веществами).¹

Применение оружия или предметов, используемых в качестве оружия, в общественном месте или с грубым нарушением правил общежития – вот суть «нового» хулиганства. По мнению некоторых криминалистов, речь идет именно о тех ситуациях, когда применение оружия или предметов... «состоит в причинении вреда здоровью, покушении на жизнь или здоровье или в создании реальной опасности причинения такого вреда».² Этот комментарий специалистов основан, в том числе, на разъяснении п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1991 г. «О судебной практике по делам о хулиганстве», где сказано: «Применение или попытка применения при совершении хулиганства огнестрельного оружия или холодного оружия, а равно других предметов, специально приспособленных для нанесения телесных повреждений, является основанием для квалификации преступления не только в тех случаях, когда виновный с их помощью наносит или пытается нанести телесные повреждения, но и тогда, когда использование указанных предметов в процессе хулиганских действий создает *реальную* (курсив наш – С.Ж.) угрозу для жизни или здоровья граждан».³ Вряд ли такая позиция верна. В п. «к» ч. 1 ст. 63 УК «совершение преступления с *использованием* (курсив наш – С.Ж.) оружия» названо в качестве обстоятельства, отягчающего наказание. Действует общее правило: если в статье Особенной части УК РФ нет признака «применение оружия», это обстоятельство учитывается при назначении наказания как отягчающее по ст. 63 УК (см. ч. 2 ст. 63 УК). Следовательно, термины «применение» и «использование» с позиции уголовного закона равнозначны.⁴ Они означают только, что оружие употреблялось: его демонстрировали, из него производился выстрел. Применение поэтому будет и в тех случаях, когда угроза не была направлена на конкретное лицо, выступала как абстрактная (выстрел в воздух в людской толпе). Никакой вред здоровью не может быть охвачен этой категорией при хулиганстве. Если же вред здоровью причинен с применением оружия в общественном месте, демонстративно для окружающих, квалификацию следует проводить по совокупности статей, например, по ч. 1 ст. 111 УК (при отсутствии квалифицирующих признаков) и по ч. 1 ст. 213 УК. Причем, при назначении наказания по ч. 1 ст. 111 УК должно

¹ Российская газета от 18 января 2003 г. № 9.

² Андреева Л., Овчинникова Г. Ответственность за хулиганство // Законность. 2004. № 5. С. 8.

³ П. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1991 г. «О судебной практике по делам о хулиганстве» / Сборник Постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. – М., 1997. С. 484.

⁴ Данное положение подтверждается и самой диспозицией ст. 213 УК, где в части оружия сказано: «применить», а в части предметов, его заменяющих, «использовать».

быть учтено применение оружия как обстоятельство, отягчающее наказание. Напротив, применение оружия с целью создать реальную, а не абстрактную (т.е. не обращенную к кому-либо конкретно или группе лиц) угрозу гибели людей, наступления иных общественно опасных последствий с целью нарушить общественную безопасность, уstrasить население следует рассматривать как терроризм и квалифицировать такие действия нужно не по ст. 213 УК, а по п. «в» ч. 2 ст. 205 УК.

Изменения, внесенные законодателем в ст. 213 УК, уже дали отклик в юридической литературе. Причем, некоторые специалисты склонны рассматривать их как декриминализацию нормы и оценивают негативно, полагая, что они приведут к росту тяжелой насильственной преступности, убийств.¹

Чем вызваны эти новации? Нужно ли поддержать законодателя в этом вопросе? Попробуем объяснить ситуацию, обратившись к прежней редакции нормы.

Известно, что любое преступление обладает свойством общественной опасности. Качественную сторону последней составляют общественные отношения, которым причиняется вред или создается угроза его причинения. Иными словами, специфика преступления определяется тем объектом посягательства, который нарушен. В составе преступления может быть выделен только один основной непосредственный и несколько дополнительных непосредственных объектов. Составы преступлений, охраняющие одновременно несколько основных непосредственных объектов, очевидно, несовершенно и нуждаются в редактировании. В противном случае, один и тот же состав преступления можно было бы поместить сразу в несколько глав уголовного закона.

Хулиганство отнесено законодателем в раздел девятый УК «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка», его основным непосредственным объектом, по мысли законодателя, должны быть отношения по охране общественного порядка.² В.И. Ткаченко полагает, что «под общественным порядком следует понимать *совокупность общественных отношений* (курсив наш – С.Ж.), обеспечивающих обстановку общественного спокойствия, достойное поведение граждан в общественных местах, нормальную работу организаций, учреждений и предприятий, общественного и личного транспорта, неприкосновенность личности».³ Сходные определения предложены Т.М. Кафаровым и Ч.Т. Мусаевым, А.Н. Игнатовым.⁴ Другими словами, общественный порядок – это сложившиеся правила поведения людей в обществе. Из данных определений следует, что общественный порядок нарушается при совершении убийства, причинении

¹ См., например: Мачинский В. Почему декриминализировали хулиганство // Законность. 2004. № 6. С. 2-4.

² См., например: Комментарий к УК РФ / Под ред. В.М. Лебедева. - М.: НОРМА, 2003. С. 518; Уголовное право РФ. Особенная часть. Учебник / Под ред. А.И. Рарога. - М.: Юрист, 2001. С. 317.

³ Уголовное право РФ. Особенная часть. Учебник / Под ред. Б.В. Здравомыслова. - М., 1997. С. 263.

⁴ См., например: Кафаров Т.М., Мусаев Ч.Т. Борьба с посягательствами на общественный порядок. - Баку, 1983. С. 23; Уголовное право России. Особенная часть. Учебник / Под ред. А.Н. Игнатова, Ю.А. Красикова. - М.: НОРМА, 1999. С. 346.

вреда здоровью, изнасиловании, хищении, других преступлениях против собственности и т.д. Не существует такого преступления, которое не нарушало бы общественный порядок. Не случайно В.И. Ткаченко назвал общественным порядком совокупность общественных отношений. На наш взгляд, эта совокупность чрезвычайно широка по объему, затрагивает практически весь уголовный закон. Итак, *вывод первый*: общественный порядок не может быть объектом хулиганства, т.к. норма имела бы бесчисленное множество основных непосредственных объектов.

Из настоящей ситуации многие криминалисты нашли выход. Ими предложено различать общественный порядок в широком и узком смысле.¹ Так, А.Н. Игнатов определяет общественный порядок в узком смысле слова как «правила поведения людей в общественных местах, их взаимоотношения, обеспечивающие нормальную деятельность учреждений и правоохранительных органов, личные права отдельных граждан, а также права и интересы неопределенного круга лиц».² Мы полагаем такое разграничение неверным: общественный порядок невозможен в узком значении, поскольку он затрагивает все отношения в обществе. Кроме того, понимание в узком смысле общественного порядка как правила поведения в общественных местах противоречит п. 15 разъяснения Пленума Верховного Суда от 24 декабря 1991 г. «О судебной практике по делам о хулиганстве», где допускается совершение хулиганства и в квартире, в семье. Большинство криминалистов также не ограничивают это преступление общественным местом совершения (отмечая, что местом совершения может быть пустырь, лес и т.д.).

Глава 24 УК, в которую отнесено хулиганство, не содержит указания на общественный порядок и названа как «Преступления против общественной безопасности». Согласно ст. 1 Федерального закона от 5 марта 1992 г. «О безопасности», под общественной безопасностью понимается «состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз».³ Современная редакция ст. 213 УК предусматривает применение оружия или предметов, используемых в качестве оружия. В прежней редакции ст. 213 УК в основном составе (ч. 1 ст. 213 УК) об оружии или заменяющих его предметах ничего не говорилось. Применение оружия демонстративно с целью показать свою власть, устрашить людей, противопоставить себя интересам общежития неизбежно подрывает у окружающих чувство защищенности, появляется ощущение возможной угрозы жизни, здоровью и т.д. От терроризма (п. «в» ч. 2 ст. 205 УК) в этом случае хулиганство будет отличаться только тем, что не создает реальной немедленной угрозы гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий. Легко заметить, что это преступления в одной сфере отношений, различающиеся степенью реальности угрозы интересам личности. Поэтому полагаем возможным сделать *второй*

¹ См., например: Уголовное право России. Особенная часть. Учебник / Под ред. А.И. Рарога. - М., 1996. С. 219, 221 (автор главы – Б.В. Яценко).

² Уголовное право России. Особенная часть. Учебник / Под ред. А.Н. Игнатова, Ю.А. Красикова. - М.: НОРМА, 1999. С. 346.

³ ВВС РФ. 1992. № 15. Ст. 770; ВВС РФ. 1993. № 2. Ст. 77.

вывод: новая редакция нормы позволяет однозначно судить об основном непосредственном объекте данного преступления, им в измененной редакции является общественная безопасность, а не общественный порядок.

Возможно, о специфике хулиганства как преступления в прежней редакции ст. 213 УК помогли бы судить признаки объективной стороны состава? Рассмотрим их. Часть 1 ст. 213 УК выделяла «применение насилия или угрозу его применения, уничтожения или повреждения имущества, совершенные с грубым нарушением общественного порядка, выражающие явное неуважение к обществу». Ни один из указанных признаков объективной стороны не специфичен для хулиганства. Действительно, применение насилия запрещено преступлениями против здоровья (ст.ст. 111, 112, 115, 116 УК), уничтожение или повреждение имущества – преступлениями против собственности (ст. 167 УК). Как правило, в уголовном законе каждое преступление уникально по признакам объективной стороны. Исключения составляют те составы, которые специфичны по предмету посягательства (потерпевшему) либо форме вины, либо субъекту. Хулиганство нельзя было отнести ни к одной из указанных разновидностей. *Вывод третий*: общественные отношения по охране здоровья, собственности вполне могли быть защищены имевшимся комплексом уголовно-правовых норм.

Хулиганство дублировало то, что уже применялось, и создавало неизбежные трудности в квалификации и разграничении. Для разрешения последних прибегали к искусственно созданным конструкциям. Так, п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК)» гласит: «Если зачинщиком ссоры или драки явился потерпевший, а равно в случае, когда поводом к конфликту послужило его противоправное поведение, виновный не может нести ответственность за убийство из хулиганских побуждений».¹ Так ли бесспорно это положение? Как поступить, если зачинщиком ссоры явился потерпевший, но повод к ссоре был незначителен, а причинение вреда здоровью или убийство совершено в присутствии других лиц для демонстрации своего «авторитета», силы над окружающими? Судебная практика рекомендует выяснять предшествующие преступлению отношения между виновным и потерпевшим, наличие между ними личной неприязни, знакомы ли они друг с другом, а в зависимости от этого квалифицировать действия как преступление против личности либо как хулиганство.² Легко увидеть, что настоящие рекомендации не снимают проблемы. Как квалифицировать действия, если личная неприязнь между супругами настолько велика, что ссора мешает спокойно жить всему дому? Часто такие действия рассматривались как хулиганство, хотя умыслом виновного не охватывалось стремление противопоставить себя обществу, продемонстрировать пренебрежительное к нему отношение, а неосторожная форма вины не была предусмотрена ст. 213 УК. Очевидно, поэтому дальнейшая

¹ БВС РФ. 1999. № 3.

² См.: п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1991 г. «О судебной практике по делам о хулиганстве» / Сборник Постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. - М.: СПАРК, 1997. С. 484.

«судьба» нормы о хулиганстве могла сложиться в одном из двух направлений: либо она будет исключена из УК РФ как ненужная, дублирующая преступления против личности и собственности, либо ее редакция будет изменена. Законодатель выбрал последний вариант.

3. В период действия прежней редакции нормы о хулиганстве, оно существовало в УК в двух ипостасях. Часть 1 ст. 213 УК говорила о хулиганстве – деянии, а в п. «и» ч. 2 ст. 105 УК, п. «д» ч. 2 ст. 111 УК, п. «д» ч. 2 ст. 112 УК оно было представлено мотивом – хулиганские побуждения. Складывалась абсурдная ситуация: в случае причинения тяжкого или средней тяжести вреда здоровью из хулиганских побуждений, в соответствии с п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1991 г. «О судебной практике по делам о хулиганстве», требовалась квалификация по совокупности статей: п. «д» ч. 2 ст. 111 УК и ч. 1 ст. 213 УК. В такой ситуации хулиганство одновременно выступало как признак субъективной стороны ст. 111 УК (мотив) и как признак объективной стороны ст. 213 УК (деяние). Возможно ли теоретически, чтобы одно и то же одновременно проявляло себя в совершенно противоположных сферах? Наука уголовного права таких примеров не знает. Кроме того, очевидна упречность предложенной Пленумом квалификации. Непонятно, какое именно действие в такой совокупности преступлений составляет хулиганство (ст. 213 УК)? Нельзя грубо нарушить общественный порядок сам по себе, в отрыве от поступка, но поступок охватывается ст. 111 УК, причем там же указаны и хулиганские мотивы, т.е. стремление нарушить общественный порядок. Так что же остается в ст. 213 УК?

На наш взгляд, хулиганство в прежней редакции не являлось деянием, так как по своим объективным признакам совпадало с уже имеющимися нормами. Для того, чтобы ответить на вопрос: совершено ли хулиганство, правоприменителю нужно было обязательно выяснить: почему виновный применил насилие, уничтожил или повредил чужое имущество. Только так можно было решить, есть ли хулиганство. Таким образом, вопрос о деянии подменялся вопросом о мотиве. Если драка происходила в общественном месте, часто она рассматривалась как хулиганство. Предполагалось, что виновный таким образом противопоставляет себя обществу, демонстративно пренебрегает правилами общежития, и в его действиях есть хулиганский мотив. Если та же драка совершалась в квартире – следствие часто не усматривало хулиганства, поскольку не был очевиден хулиганский мотив. По объективным же признакам драка в квартире не отличалась от драки, например, на площади. Итак, *вывод четвертый*: хулиганство существовало в действительности в прежней редакции нормы как особый мотив совершения преступления.

Теперь о том, как оценить новации ст. 213 УК РФ. Полагаем, что законодатель вполне обоснованно изменил редакцию статьи.

1. Произошла декриминализация таких признаков хулиганства как: применение насилия, уничтожение или повреждение чужого имущества, угроза насилием. У всех этих деяний есть свой, отличный от общественного порядка или общественной безопасности, основной непосредственный объект.

2. В статьи 115, 116, 167 УК внесен квалифицирующий признак: «из хулиганских побуждений». Поэтому декриминализация качеств хулиганства не означает, что не нужно бороться с теми действиями, которые запрещала ч. 1 ст. 213 УК. Стремление противопоставить себя обществу, демонстративно проигнорировать правила общежития верно понято сегодня законодателем как мотив совершения других преступлений.

3. Статья 213 УК не перестала существовать в УК РФ, но лишь потому, что теперь объективная сторона преступления изложена в новой редакции и приобрела специфичность.

В уголовном законе сегодня, к сожалению, остается немало норм, редакция которых несовершенна. Полагаем, что внесенные в ст. 213 УК изменения позволили сделать шаг в правильном направлении.

ПРОБЛЕМЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ КАК СТРУКТУРНОГО ЭЛЕМЕНТА ЧАСТНОЙ МЕТОДИКИ РАССЛЕДОВАНИЯ

Журавлев Ю.Г. – преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики

С самого начала процесса формирования методики расследования отдельных видов преступлений как раздела криминалистики ощущалась необходимость предпослать непосредственно методическим рекомендациям определенную сумму сведений о том преступлении, методика расследования которого рассматривается.

Развитие методики расследования неразрывно связано с обобщением и анализом материалов следственной практики – основного источника разработки методических положений и рекомендаций. Изучение практики расследования отдельных видов преступлений еще в период становления советской криминалистики позволило установить ряд общих и важных для их раскрытия признаков.

Так, в одном из первых руководств по криминалистике изложению вопросов собственно методики расследования предшествовало освещение некоторых положений, характеризующих отдельные виды преступлений и лиц, которые их совершают. Например, в главе о расследовании грабежей, разбоев и бандитизма рассматривались «современные виды этих преступлений», в главе о расследовании мошенничества – «способы совершения мошенничества».¹

Одним из важнейших условий успешного расследования и судебного рассмотрения уголовного дела является характеристика преступления. Имеется ряд таких характеристик: уголовно-правовая, криминологическая, судебно-психологическая, криминалистическая. Криминалистическая характеристика

¹ Якимов И.Н. Криминалистика. - М., 1929.

отличается от остальных по содержанию и по своему назначению (по цели).

Уголовно-правовая формируется на основе анализа признаков преступлений, имеющих значение для решения вопроса о наличии состава преступления, в правильности его квалификации, выяснения других уголовно-правовых вопросов, в том числе разрешаемых при вынесении приговора.

Криминологическая – содержит систематизированные сведения, имеющие значение при установлении причин и условий, способствующих совершению преступлений и принятию мер по их устранению. Криминологическая характеристика, например, хищений включает такие основные данные:

- а) состояние борьбы с хищениями;
- б) классификация хищений;
- в) классификация преступников, характеристика отдельных типов расхитителей и их действий.

Судебно-психологическая – отражает наиболее существенные психологические данные о преступниках и потерпевших, типичных группах свидетелей по отдельным группам преступлений и др.

Приведенные характеристики в определенной степени взаимосвязаны, рассматривают одинаковые элементы, но в разном плане (например, личность преступника), то есть имеют различное содержание. В практической деятельности по расследованию преступлений различные характеристики используются комплектно, и каждая из них служит одной конечной цели – эффективному расследованию, установлению истины по делу.

Далее представляется необходимым рассмотреть историю возникновения криминалистической характеристики и, вместе с тем, затронуть некоторые спорные вопросы, возникшие при её разработке как элемента методики расследования преступлений.

В конце 60-х - начале 70-х годов нашего столетия сложилось понятие криминалистической характеристики преступления, которое в значительной мере аккумулировало попытки ученых сформулировать данное понятие, что существенно обогатило содержание этого важного структурного элемента методики расследования. Важно отметить, что криминалистическая характеристика – это научная категория, задача которой обслуживать методику расследования. Сутью данной категории остается сумма сведений, знаний, которые могут быть полезными как для самой методики (в частности, для обоснования методики), так и для конкретной практической деятельности органов расследования.

Первое упоминание о криминалистической характеристике мы встречаем в работах А.Н. Колесниченко. В автореферате своей докторской диссертации он писал, что к числу наиболее существенных положений, общих для всех частных методик, относятся «общая криминалистическая характеристика данного вида преступлений», и далее «что преступления имеют общие черты криминалистического характера».

Первое развернутое представление о криминалистической характеристике преступления дал Л.А. Сергеев. Он вложил в ее содержание

способы совершения преступления; условия, в которых совершаются преступления и особенности обстановки; обстоятельства, связанные с непосредственными объектами преступных посягательств, с субъектом и субъективной стороной преступлений; связи преступлений конкретного вида с другими преступлениями и отдельными действиями, не являющимися уголовно-наказуемыми, но имеющими сходство с данными преступлениями по некоторым объективным признакам; взаимосвязи с вышеуказанными группами обстоятельств.¹

Позже о криминалистической характеристике упомянул С.П. Митричев. Он включил в содержание этого понятия типичные признаки преступления, особенности данного вида преступлений, выражающиеся в способах совершения преступления, характерных следах, оставляемых на месте преступления, преступных связях, профессиональных и преступных навыках преступников. «Видовая криминалистическая характеристика, - писал он, - должна включать наибольшее количество признаков, имеющих криминалистическое значение».² С данным положением о количестве признаков нельзя не согласиться, однако необходимо иметь в виду, какое они приобретают качественное значение. Ведь различные признаки (элементы) криминалистической характеристики должны быть взаимосвязаны, причем проявление их связей подчинено определенным закономерностям.

Необходимо отметить, что криминалистическая характеристика преступления относится только к конкретному виду или группе преступлений, а не к преступлению вообще, и имеет определенное практическое значение. И, по рекомендации Всесоюзного семинара руководителей кафедр криминалистического цикла, который был проведен в марте 1974 года, проблема криминалистической характеристики каждого вида преступлений была включена в программу вузовского курса криминалистики. Однако четкого определения и содержания понятия криминалистической характеристики к тому времени не сложилось.

По мнению И.Ф. Пантелеева, в содержание криминалистической характеристики входят: характеристика типичных ситуаций данного вида преступлений, наиболее распространенных способов их совершения, технических средств, применяемых преступниками, источников получения этих средств, характеристика типичных материальных следов преступления, могущих иметь значение вещественных доказательств, наиболее вероятных мест их обнаружения, тайников, способов сокрытия следов преступления и других средств маскировки преступников, характеристика их преступных навыков, преступных связей.³

В.Г. Танасевич включил в приведенное им понятие криминалистической характеристики «Такие взаимосвязанные элементы, как: способ совершения преступления; обстановка совершения преступления, непосредственный

¹ Сергеев Л.А. Расследование и предупреждение хищений, совершаемых при производстве строительных работ // Автореферат кандидатской диссертации. - М., 1966. С. 4-5.

² Митричев С.П. Методика расследования отдельных видов преступлений // Криминалистика и судебная экспертиза. - Киев, 1973. Вып. 10. С. 28.

³ Пантелеев И.Ф. Методика расследования преступлений. - М., 1975. С. 9-10.

предмет преступного посягательства, условия охраны его от посягательства (включая характеристику лиц, связанных с обеспечением неприкосновенности блага, на которое произведено покушение), личность субъекта преступления, маскировка, направленная на сокрытие преступного деяния и виновных лиц, осуществляемая как в процессе совершения преступления, так и после него».¹

В.А. Образцов сформулировал понятие криминалистической характеристики как «совокупность данных о механизме совершения преступления, средствах отражения, отражаемых и отражающих объектах, взаимодействующих при этом, особенностях и источниках формируемой ими фактической информации, имеющей значение для раскрытия определенной категории преступлений путем применения обусловленных ими криминалистических средств, приемов и методов, а также разработки научных рекомендаций по оптимальному решению данной задачи».²

Иначе подошел к решению этого вопроса И.А. Возгрин. По его мнению, криминалистическая характеристика «представляет собой описание состояния и особенностей борьбы с различными категориями преступных действий». Он включает в нее понятие данного вида преступлений, подследственность, сроки расследования; описание состояния и значение борьбы с отдельными видами преступлений и классификацию преступлений по способу совершения и личности преступника.³

В последнее время Возгрин пришел к выводу, что структура криминалистической характеристики должна включать следующие элементы: 1) характеристика исходной информации; 2) сведения о предмете преступного посягательства; 3) данные о способах приготовления, совершения и сокрытия преступлений и типичных последствиях преступных действий; 4) сведения о типичных личностных особенностях преступников и потерпевших; 5) обобщенные данные о наиболее распространенных мотивах преступлений. Отмечая, что вопрос о включении в криминалистическую характеристику предмета доказывания носит дискуссионный характер, он присоединяется к тем ученым, которые полагают, что характеристика предмета доказывания также должна являться одним из структурных элементов криминалистической характеристики.⁴ На наш взгляд, в этом нет необходимости, так как сам предмет доказывания уже включен в характеристику теми элементами, которые И.А. Возгрин перечислил. В представленной им системе элементов отсутствуют лишь место и время совершения преступления, но они могут быть охарактеризованы при описании способов совершения преступления.

На Всесоюзной криминалистической конференции в 1976 году проблема криминалистической характеристики затрагивалась в целом ряде докладов.

А.Н. Васильев высказал мнение, что целесообразно объединить в криминалистическую характеристику данного вида преступления способ

¹ Танасевич В.Г. Теоретические основы методики расследования преступлений // Сов. гос-во и право. 1977. № 6. С. 92.

² Образцов В.А. К вопросу о методике раскрытия преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. - М., 1977. Вып. 27. С. 107.

³ Возгрин И.А. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений. - Л., 1976. С. 6-9.

⁴ Научные основы криминалистической методики расследования преступлений. - С-Пб., 1993. Ч. IV. С. 25-27.

преступления, механизм действий преступника и образования следов преступления, источники получения доказательств, определение круга лиц, среди «которых может находиться виновный, и проверку этого вывода».¹

Н.П. Яблоков свел содержание криминалистической характеристики к трем элементам: криминалистическим чертам способа совершения преступления, типичным следственным ситуациям, характеру информации, подлежащей выяснению.

Существенные различия обнаружились между представлениями о криминалистической характеристике, существующими у И.Ф. Герасимова, А.Н. Васильева, А.Н. Басалаева и В.А. Гуняева, С.И. Винокурова, В.А. Ледащева.

Элементами, общими для определений И.Ф. Герасимова и В.А. Ледащева, явились: распространенность преступления, данные о способе совершения преступления, о сокрытии, маскировке преступления, о личности преступника, о месте преступления. И.Ф. Герасимов, помимо этого, назвал еще особенности обнаружения и выявления преступлений и характеристику типичных следственных ситуаций;² В.А. Ледащев, в свою очередь, – данные о наиболее характерных мотивах преступления.³

Несколько иначе подошел к определению рассматриваемого понятия С.И. Винокуров. По его мнению, это – научно разработанная система наиболее существенных черт, признаков, свойств, отношений преступления.⁴

А.Н. Басалаев и В.А. Гуняев криминалистической характеристикой назвали «состав события данного вида преступления, указывающий на его устойчивые признаки, проявляющиеся вовне в качестве определенной по содержанию, жестко связанной системы материальных и идеальных следов».⁵ Они различают общую криминалистическую характеристику по признаку субъективной стороны; частные криминалистические характеристики, даваемые в соответствии с уголовно-правовой классификацией преступлений; особенные криминалистические характеристики по видам внутри этой классификации.

По мнению А.Н. Колесниченко, криминалистическая характеристика охватывает следующие группы методических вопросов:

- а) классификацию преступлений данного вида на разновидности и группы;
- б) типичные следственные ситуации и основные направления расследования;
- в) характеристику способов совершения преступлений данного вида, разновидностей, следов их применения и возможных путей установления преступника; характеристику способов сокрытия преступлений, типичные

¹ Васильев А.Н. О криминалистической классификации преступлений // Методика расследования преступлений. - М., 1976. С. 25-26.

² Герасимов И.Ф. Криминалистическая характеристика преступлений в методике расследования. – М. С. 25-26.

³ Ледащев В.А. О совершенствовании структуры методики расследования отдельных видов преступлений. С. 94-95.

⁴ Винокуров С.И. Криминалистическая характеристика преступления, ее содержание и роль в построении методики расследования конкретного вида преступлений. С. 101.

⁵ Басалаев А.Н., Гуняев В.А. Криминалистическая характеристика преступления (общее понятие и практическое значение). С. 100.

признаки сокрытия и их роль в установлении преступления и преступника.¹ В одной из последних работ А.Н. Колесниченко несколько иначе определил структуру криминалистической характеристики, назвав ее элементами: способ приготовления, совершения и сокрытия преступления; предмет посягательства; личность потерпевшего; личность преступника; следы преступления.²

И.Ф. Герасимов представляет структуру криминалистической характеристики, включив в неё следующие элементы: 1) распространенность преступного деяния – «фактор, который обуславливает так называемую криминалистическую готовность органов расследования»; 2) особенности выявления и обнаружения данных преступлений; 3) типичные черты преступного события и обстановки совершения преступления; 4) механизм слеодообразования; 5) способ совершения преступления; 6) особенности личности и поведения обвиняемых; 7) обобщенные данные о личности потерпевших; 8) другие сведения, «полученные в результате проведенных исследований по разработке криминалистической характеристики».³

Как видно, идея криминалистической характеристики не нова, сравнение приведенных определений показывает, что большинство авторов указывает на следующие элементы криминалистической характеристики:

- а) типичные следственные ситуации, под которыми понимается характер исходных данных;
- б) способ совершения преступления;
- в) способ сокрытия преступления, маскировка;
- г) типичные материальные следы преступления и вероятные места их нахождения;
- д) характеристика личности преступника;
- е) обстановка преступления.

В последнее время в криминалистической литературе все чаще при описании криминалистической характеристики преступления встречается такой ее элемент как – обобщенные данные, характеризующие личность потерпевшего.⁴

Рассмотрим эти элементы и попытаемся выяснить, следует ли включать в криминалистическую характеристику все, что предлагается, и попытаемся выяснить, действительно ли они характеризуют тот или иной вид преступления.

Характер исходных данных к моменту начала расследования имеет непосредственное значение для выдвижения версий по делу и, следовательно, определения направления расследования. Исходные данные нельзя расценивать как следственную ситуацию, а их типизацию как типизацию следственных ситуаций. Характер и содержание исходных данных дают представление о некоторых компонентах следственной ситуации и поэтому не могут быть приравнены к ней всей, а лишь являются структурным элементом следственной ситуации. Но они соответствуют понятию криминалистической характеристики

¹ Колесниченко А.Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений. - Харьков, 1976. С. 20.

² Советская криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений. - Киев, 1988. С. 34-40.

³ Криминалистика. Учебник под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. - М., 1994. С. 330-331.

⁴ Криминалистика. Учебник под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. - М., 1994. С. 332.

преступления и должны быть включены в ее содержание.

Не вызывает сомнения и наличие чисто криминалистических аспектов рассмотрения способов совершения преступления, существование у них черт, характерных именно для данного конкретного вида преступления. Способ совершения и сокрытия преступления относится к объективной стороне состава преступления и поэтому включается в его уголовно-правовую характеристику. Относится он и к характеристике предмета доказывания, то есть обладает и процессуальным содержанием. Однако он имеет решающее значение и для частной криминалистической методики, поскольку является базой для выдвижения версий, как общих, так и частных, и в этом качестве влияет на определение направлений расследования и решения других вопросов раскрытия и расследования преступления. Поэтому он, без сомнения, должен быть включен в содержание криминалистической характеристики преступления.

Следует ли понимать под способом совершения преступления и действия по его сокрытию или же следует говорить отдельно о способе совершения и способе сокрытия преступления (его маскировке), как это делают многие авторы. По нашему мнению, следует говорить об этих двух элементах как о самостоятельных в криминалистической характеристике. Действительно, преступление представляет из себя систему действий по подготовке, совершению и сокрытию преступления, которые детерминированы условиями внешней среды и психофизиологическими свойствами личности, могущих быть связанными с избирательным использованием соответствующих орудий или средств и условий места преступления.¹ Однако действия преступника либо преступников могут быть разорваны по субъекту, когда сокрытие осуществляется не тем лицом, которое совершило преступление и по замыслу, когда цели сокрытия первоначально не преследовались. Поэтому способ сокрытия может существовать самостоятельно как система действий по уничтожению, маскировке или фальсификации следов преступления и преступника – как материальных, так и идеальных.

Описание способов совершения и сокрытия преступления заключается не только в описании действий или бездействий, с помощью которых достигаются цели самого преступления, но и в описании типичных последствий применения того или иного способа, то есть оставляемых им следов и мест, где эти следы, вероятнее всего, могут быть обнаружены. При разработке частных криминалистических методик идут именно этим путем: описывают, например, типичные способы квартирной кражи и тут же указывают, какие признаки позволяют судить об этих способах, то есть какие следы они оставляют. Так в монографии Н.Г. Шурухнова выделен такой элемент криминалистической характеристики как данные о следах краж,² однако там как раз и описываются способы проникновения в квартиры и те следы, которые при этом остаются. То есть, выделив самостоятельный элемент, он говорит о способе совершения преступления. Как видно из приведенных доводов, не следует, на мой взгляд,

¹ Зуйков Г.Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления. - М., 1970. С. 10.

² Шурухнов Н.Г. Расследование краж. - М., 1999. С. 25-26.

выделять в качестве самостоятельного элемента характеристики материальные следы преступления, так как их описание охватывается другим самостоятельным элементом.

Характеристика личности преступника для любого вида преступления также имеет большое криминалистическое значение. Она позволяет сузить круг лиц, среди которых может находиться вероятный преступник, а также выдвинуть версии о мотиве и цели, о способе совершения и сокрытия преступления, о месте нахождения искомых объектов.

Обобщенные данные о личности потерпевших являются специфическими, а для некоторой категории дел даже закономерными. Данные могут носить самый разнообразный характер. Так, например, при расследовании убийств при изучении личности погибшего можно судить о целях и мотиве преступления, определить направление поиска.

Также личность потерпевшего имеет криминалистическое значение при характеристике преступлений, посягающих не только на жизнь и здоровье человека, но и на его собственность.

Специфическое криминалистическое значение имеет характеристика некоторых обстоятельств преступления – места, времени, обстановки, а для имущественных преступлений – непосредственного предмета посягательства.

При решении вопроса о том, какие элементы должны включаться в криминалистическую характеристику, следует различать родовые и видовые характеристики. Родовой, например, будет характеристика убийств, видовыми – очевидное (бытовое) убийство и заказное убийство. Состав элементов родовых характеристик, совпадая в основном, может отличаться в частности.

Таким образом, криминалистическая характеристика отдельного вида преступления должна содержать следующие элементы:

- а) характеристику исходной информации;
- б) систему данных о способе совершения;
- в) систему данных о сокрытии преступления и типичных последствиях его применения (данные о следах);
- г) данные о личности вероятного преступника, вероятных мотивах целях;
- д) данные о личности жертвы, преступления;
- е) данные о некоторых обстоятельствах преступления (место, время, обстановка).

Другие же элементы, которые многие авторы предлагают включить в криминалистическую характеристику, либо охватываются предложенными на рассмотрение, либо не имеют криминалистического значения.

Так, предложения И.Ф. Герасимова и В.А. Ледащева включить в криминалистическую характеристику данные о распространенности и динамике преступления, его общественной опасности, имеют скорее уголовно-правовое и криминологическое значение, нежели криминалистическое. Нет необходимости включать в криминалистическую характеристику в качестве самостоятельного элемента и указание на применяемые технические средства при совершении преступления, как об этом писал И.Ф. Пантелеев, и на источники получения доказательств, о чем говорил А.Н. Васильев. Все эти

данные определяются способом совершения и сокрытия преступления и личностью возможного преступника.

Говоря об элементах криминалистической характеристики как системе, необходимо иметь в виду, между данными элементами должны быть установлены корреляционные связи и зависимости, которые носят закономерный характер и выражены в количественных показателях. Данные об этих зависимостях могут служить для построения типичных версий по конкретным делам. Н.А. Селиванов писал: «Значительный научный и практический интерес представляет анализ следственной практики, направленный на выявление количественных показателей закономерных связей с различными структурными элементами криминалистических характеристик к различным видам преступлений». Он привел результаты исследований Л. Видонова, который на основе изучения примерно тысячи уголовных дел об умышленных убийствах получил ценные данные, касающиеся этих связей.¹ Анализ следственной практики по раскрытию и расследованию неочевидных убийств в Оренбургской области позволяет сказать, что целый ряд преступлений данной категории был раскрыт благодаря использованию таблиц Видонова. В этом заключается практическое значение криминалистической характеристики как целого, как системы взаимозависимых элементов.

Однако не всегда можно говорить о системности криминалистической характеристики. Чаще это утверждение, к сожалению, носит декларативный характер. Но, несмотря на это, практическое значение элементов, составляющих криминалистическую характеристику, не вызывает сомнения, без их знания и учета невозможно успешно раскрывать и расследовать преступления, даже если между элементами не были установлены корреляционные связи и зависимости.

Криминалистическая характеристика преступления представляет собой абстрактное научное понятие и в этом качестве фигурирует в криминалистической науке. Это признают все авторы. Однако многие из них считают, что возможна криминалистическая характеристика конкретного преступления. «Качественное расследование заканчивается получением достаточно полной и подробной криминалистической характеристикой преступления», - пишет Н.А. Селиванов.² В.К. Гавло говорит о возможности говорить абстрактно о конкретном преступлении: «Криминалистические характеристики преступлений содержат понятия различной степени абстракции, соответственно этому они имеют различные уровни абстракции, самая низкая степень абстракции – это криминалистическая характеристика конкретного преступления».³ О криминалистической характеристике конкретного преступления говорит Н.П. Яблоков.⁴

С такой позицией ученых нельзя согласиться. Практическое значение криминалистической характеристики заключается в том, что она «может

¹ Селиванов Н.А. Советская криминалистика: система понятий. - М., 1982. С. 125.

² Селиванов Н.А. Указ. соч. С. 132.

³ Гавло В.К. К вопросу о криминалистической характеристике преступлений // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. - Томск, 1980. С. 122.

⁴ Криминалистика. Учебник под ред. Н.П. Яблокова - М., 1999. С. 492-493.

рассматриваться лишь как вероятностная модель и использоваться следователем только в качестве ориентирующей информации».¹ Р.С. Белкин пишет: «О какой же криминалистической характеристике конкретного преступления, да еще окончательно устанавливаемой судом, можно говорить, если она – научная абстракция?».² Совершенно прав А.Г. Филиппов, считающий, что «нельзя согласиться с теми авторами, которые рассматривают криминалистическую характеристику на уровне единичного явления, фактически отождествляя ее с обстоятельствами конкретного дела».³ И потом, криминалистическая характеристика конкретного преступления не будет иметь никакого практического значения, так как она не может выполнять те функции, которыми обладает криминалистическая характеристика как элемент методики расследования.

До того, как термин «криминалистическая характеристика» вошел в обиход и литературу, в структуре частных криминалистических методик неизменно присутствовал такой элемент как предмет доказывания (обстоятельства, подлежащие установлению) по делам данной категории.

Обычно этот структурный элемент излагался первым или следом за описанием особенностей возбуждения уголовного дела, и все то, что относят теперь к криминалистической характеристике, раскрывалось применительно к конкретным обстоятельствам, подлежащим доказыванию.

Естественно, что при признании криминалистической характеристики возникает вопрос, поглощает ли характеристика данный структурный элемент частной методики или нет.

Инициаторы замены уголовно-правовой классификации преступлений на криминалистическую А.Н. Васильев и Н.П. Яблоков, говоря о криминалистической характеристике, не включили в нее все вопросы предмета доказывания, и при дальнейшем изложении содержания частных методик предмет доказывания сохранил свою обособленность.⁴

И.Ф. Герасимов по-прежнему придерживается мнения о необходимости выделения предмета доказывания в структуре частных криминалистических методик.⁵ Эту позицию разделяет Н.П. Яблоков.⁶ Не выделяют в качестве самостоятельного элемента предмет доказывания в частной методике И.А. Возгрин и другие авторы.⁷ В статье уже говорилось о том, что содержание криминалистической методики охватывает собой все элементы предмета доказывания с теми их особенностями, которые характерны именно для расследования конкретной категории преступлений. Иное решение вопроса приводит либо к неполноте криминалистической характеристики, либо к дублированию содержания двух структурных элементов методики –

¹ Шиканов В.И. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений. - Иркутск, 1983. С. 24.

² Белкин Р.С. Курс криминалистики. Т. 3. - М., 1997. С. 317.

³ Филиппов А.Г. К вопросу об особенностях расследования отдельных видов и групп преступлений. - Свердловск, 1980. С. 23.

⁴ Криминалистика. - М., 1971. С. 383.

⁵ Криминалистика. Учебник под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. - М., 1994. С. 335.

⁶ Криминалистика. Учебник под ред. Н.П. Яблокова. - М., 1995. С. 487-497.

⁷ Криминалистика. Учебник под ред. Т.А. Седовой, А.А. Эксархопуло. - С-Пб., 1995. С. 354-355.

криминалистической характеристики и обстоятельств, подлежащих установлению.

По данной проблеме Р.С. Белкин писал следующее: «Одно из двух: либо признание необходимости криминалистической характеристики преступления, и тогда исключение перечня указанных обстоятельств из числа элементов конкретной частной методики, либо отрицание такой необходимости, и тогда сохранение перечня; третьего решения, по нашему мнению, не существует».¹ В одной из последних своих работ он занял позицию, согласно которой следует отказаться от идеи криминалистической характеристики, оставив при этом элементом частной методики обстоятельства, подлежащие установлению, указав на то, что данный элемент имеет большее практическое значение. Криминалистическая же характеристика является надуманной и может представлять лишь теоретический интерес.²

Позволим себе не согласиться с мнением Р.С. Белкина. Криминалистическая характеристика должна остаться элементом методики расследования, и предмет доказывания должен ею охватываться. Содержание криминалистической характеристики гораздо шире не только содержания предмета доказывания, но и обстоятельств, имеющих значение для дела.

Предмет доказывания является процессуальной категорией и строго регламентирован процессуальным законом. Многие данные, получаемые в ходе расследования, вообще не имеют никакого процессуального значения, однако нельзя этого сказать с позиций криминалистической науки и практики. Например, в данных, характеризующих личность преступника, должны содержаться сведения о его образе жизни до и после совершения преступления. Такие данные имеют важное ориентирующее значение, но, в то же время, не влекут процессуальных последствий, это касается и личности вероятной жертвы преступления.

Многие процессуалисты склоняются к тому, что «конкретное преступление и связанные с ним, подлежащие обязательному выяснению обстоятельства представляют собой совокупность фактов, имевших место в реальной действительности. Эти факты всегда конкретны, поэтому предмет доказывания по определенному делу индивидуален, как индивидуально лицо, совершившее преступление, да и само это преступление».³ То есть, предмет доказывания индивидуален.

Как видно из приведенных доводов, существование обстоятельств, подлежащих установлению по виду или группе преступлений так или иначе невозможно, так же, как невозможно существование криминалистической характеристики конкретного преступления.

Однако при этом нельзя не сказать о взаимосвязи и взаимозависимости криминалистической характеристики и обстоятельств, подлежащих доказыванию. Криминалистическая характеристика разрабатывается на основе изучения и обобщения практики раскрытия и расследования преступлений. При

¹ Белкин Р.С. Курс криминалистики. Т. 3. - М., 1997. С. 319.

² Белкин Р.С. История отечественной криминалистики. - М., 2000. С. 275.

³ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Общая часть. - М., 1966.

этом за основу берутся конкретные обстоятельства конкретных уголовных дел, то есть они являются отправной точкой при построении характеристики. При расследовании же конкретного преступления конкретные обстоятельства устанавливаются при знании и учете элементов, составляющих криминалистическую характеристику.

ОБЪЕКТИВНЫЕ И СУБЪЕКТИВНЫЕ ПРИЗНАКИ НАКАЗАНИЯ

*Плотников А.И. – зав. кафедрой уголовного права и криминологии, к.ю.н.,
доцент*

В соответствии со ст. 43 УК РФ, наказание есть мера государственного принуждения. Оно заключается в лишении или ограничении прав и свобод лица, признанного по приговору суда виновным в совершении преступления. Как меру государственного принуждения определял уголовное наказание еще в 19 веке русский криминалист В.В. Есипов.¹

Принудительность уголовного наказания, осуществляемая государственными органами, хотя и является его весьма важной чертой, но характеризует наказание в основном с точки зрения механизма реализации, что представляет собой отдельный вопрос, который здесь нами в целом не затрагивается.

Наше исследование имеет целью раскрытие наказания как такового, прежде всего со стороны его внутреннего содержания.

Содержательная сторона наказания характеризуется в законе как лишение или ограничение прав и свобод виновного.

Рассматривая конкретные виды предусмотренных в законе наказаний (ст. 44 УК РФ), мы убеждаемся, что, действительно, каждое из них в той или иной мере ущемляет права и свободы личности.

Так, некоторые наказания вводят имущественные ограничения (штраф).

Другие предусматривают ограничения трудовых прав (лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью, исправительные работы, ограничение по военной службе).

Наиболее строгие наказания ограничивают и лишают свободы как таковой (ограничение свободы, арест, содержание в дисциплинарной воинской части, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы).

Самое суровое наказание (смертная казнь) заключается в лишении человека жизни.

Следует отметить, что многие наказания приводят к реальному ограничению сразу нескольких прав и свобод. Например, лишение свободы фактически ограничивает или лишает человека многих трудовых прав, права на отдых, выбор профессии, свободного получения информации и т.д.

¹ Есипов В.В. Очерк русского уголовного права. Часть общая. – С-Пб., 1898. С. 267.

Правильность законодательной характеристики содержательной стороны наказания как лишения или ограничения прав или свобод, в принципе, не вызывает возражений. При таком определении наказания находит отражение его характер, качественная сторона. Однако, очевидно, требует уточнения и количественная мера уголовного наказания. В противном случае его трудно будет отграничить от иных мер государственно-правового принуждения, например, мер административного взыскания как наиболее близких уголовному наказанию.

Сравнение административных мер принуждения, одинаковых или близких по характеру уголовным наказаниям, с последними обнаруживает их количественное различие. Особенно явно данное различие просматривается по таким мерам принуждения как арест, штраф. Поэтому, на наш взгляд, было бы правильно при характеристике уголовного наказания указывать не только его качественную сторону (лишение или ограничение прав и свобод), но и количественную – через термин «существенное».

Но и раскрывая наказание как существенное ограничение или лишение прав и свобод лица, признанного судом виновным в совершении преступления, мы не даем еще его полной характеристики, поскольку отражаем лишь внешнюю сторону наказания, тогда как сама личность виновного остается как бы по его другую сторону. Сомнительно, что ограничение прав и свобод возможно напрочь отделить от самой личности как таковой – ее чувств, переживаний, осознания ущемленности и в известной степени униженности своего положения.

Наказание было бы бессмысленно, если бы оно не затрагивало внутреннего, психического состояния личности. Нельзя представлять наказание как что-то существующее само по себе, помимо личности. Имея внешнюю, объективную сторону, уголовное наказание, вместе с тем, насквозь пронизывает и личность виновного, вызывая у него сложные переживания своего положения, определенную «духовную», а отчасти и физическую боль.

«Духовная» и физическая боль – внутренний субъективный и весьма существенный, если не главенствующий признак уголовного наказания. Следует согласиться с норвежским криминалистом Кристи, полагающим, что «наказание, назначаемое и исполняемое системой уголовной юстиции, представляет собой сознательное причинение боли» и вызывает «страдания».¹

Как замечает далее Кристи, такая характеристика наказания вряд ли понравится большинству криминалистов. Однако оно фактически является таким и не имело бы смысла без этого психологического эффекта.²

Совершенно определенно указывали на свойство наказания причинять виновному душевные страдания криминалисты прошлого. Так, по мнению П.Д. Калмыкова: «Наказание ... есть страдание, налагаемое на преступника в государстве верховною властью».³

Современные российские криминалисты не любят затрагивать этот

¹ Кристи Н. Пределы наказания. – М., 1985. С. 26.

² Там же.

³ Калмыков П.Д. Учебник уголовного права. Часть общая. – М., 1866. С. 145.

вопрос. Очевидно, сказывается старая идеологическая привычка, вполне востребованная и сейчас: представлять деятельность власти в благообразном виде и не раздражать ее лишним раз неприятными вопросами. Однако наука не должна подыгрывать идеологическим настроениям правителей.

Представляется правильной позиция Н.А. Беляева, признавшего страдание свойством наказания.¹

В этой связи заслуживает дальнейшего развития (отчасти уже получившая признание в российском законодательстве) идея о максимально возможном ограничении уголовного наказания, включая допустимость освобождения от него при согласии потерпевшего. УК РФ (ст. 76) впервые предусмотрел возможность освобождения от уголовной ответственности (а значит, и от наказания) тех, кто впервые совершил преступление небольшой тяжести, если они примирились с потерпевшим и загладили причиненный потерпевшему вред.² Практика применения данной нормы свидетельствует об обоснованности введения ее в уголовный закон. Но можно сделать и еще один шаг: не меняя оснований применения, расширить ее фактическое действие за счет перевода из права правоохранительных органов в субъективное право потерпевшего, соответственно обратив право правоохранительных органов при наличии оснований освободить виновного от уголовной ответственности и наказания в их обязанность. Тогда ст. 76 УК РФ могла бы иметь следующую формулировку: «Лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, освобождается от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред».

Сущность наказания в уголовном праве невозможно раскрыть, не обращаясь к его целям. УК РФ определяет три цели наказания:

- восстановление социальной справедливости;
- исправление осужденного;
- предупреждение совершения новых преступлений.

Вопрос о целях уголовного наказания вызывает споры с момента зарождения уголовно-правовой науки. В центре внимания криминалистов на протяжении длительного времени остаются вопросы о реальности общего предупреждения, обозначенного в действующем УК РФ как предупреждение совершения новых преступлений, об эффективности специального предупреждения (исправление осужденного), о совместимости этих двух целей.

Кроме того, в науке советского уголовного права длительное время вызывал дискуссии вопрос, является ли кара целью уголовного наказания.

Восстановление социальной справедливости как цель уголовного наказания впервые сформулирована в уголовном законодательстве.

Представляется целесообразным начать рассмотрение проблемы целей наказания с традиционных вопросов специального и общего предупреждения. Эти цели различаются предметом своего воздействия, но с содержательной стороны одинаковы. Они предполагают удержание от совершения преступления либо самого осужденного (специальная превенция), либо всех

¹ Беляев Н.А. Избранные труды. – С-Пб., 2003. С. 305.

² Действующая редакция УК РФ распространила данную норму и на преступления средней тяжести.

других граждан, не совершавших данное преступление, в том числе никогда не совершавших преступлений (общая превенция).

В современной науке уголовного права не вызывает сомнений реальность обеих этих целей. Спор, скорее, идет о преобладании какой-либо из них и соотношении.¹

Однако среди российских юристов в последние годы наметилось, на наш взгляд, определенное умаление общего предупреждения. Нередко приходится слышать заявления, что строгость наказания никакой роли не играет, что карательная практика не оказывает никакого влияния на уровень преступности.

Думается, что такие суждения необоснованны. Их авторы, по-видимому, не замечают, что, отрицая возможность влияния на поведение человека строгостью наказания, они ставят под сомнение всю систему наказаний как таковую, а значит, и существование уголовного права как отрасли права. Становится совсем непонятным, к чему столько копий ломается и в теории, и в практике по поводу размеров наказания, сроков их назначения.

Как справедливо отмечает И.М. Гальперин: «Предположение об эффективности наказания заложено в самом факте его установления, ибо, возлагая на наказание функцию борьбы с преступностью, законодатель исходит из того, что оно является адекватным средством охраны общественных отношений от наиболее опасных посягательств на правопорядок».²

Если, как утверждают некоторые юристы, смертная казнь не способна удержать от совершения преступления, то неужто имеет смысл существование штрафа, исправительных работ и т.п.?

Между тем, человечество за свою многовековую историю ничего более эффективного в противодействии преступному поведению, чем уголовное наказание, не создало.

На наш взгляд, такого рода суждения страдают чрезмерным абстракционизмом, что особенно отчетливо проявляется в проблеме смертной казни.

Обычные возражения против этого наказания сводятся к ряду моментов: утверждают, например, что человек - это высшая ценность, поэтому лишение его жизни аморально. Такой морально-нравственный императив не вызывает возражений. Однако не надо забывать, что право имеет дело не с идеальными, а с реальными целями. А как обстоит дело в реальности? В реальности до этого идеала далеко. Ни российское право, ни международное, ни уж, тем более, практика не считают человеческую жизнь абсолютной ценностью.

О какой абсолютной ценности человеческой жизни может идти речь, если международное право признает возможность ведения войн, представляющую ничто иное, как массовое истребление людей. Все современные законодательства допускают возможность лишения жизни при необходимой обороне.

С.С. Алексеев обоснованно пишет по этому поводу: «Уничтожение живой силы противника – это ничто иное, как *уничтожение* человека (А.П. –

¹ Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. – М., 1979. С. 14.

² Гальперин И.М. Наказание: социальные функции, практика применения. - М., 1983. С. 153.

курс. авт.). Даже по одной этой причине войну следует признать изначально антиправовым явлением, или ... внеправовым, находящимся по ту сторону права, ... с прискорбием надо признать, что война – дело человеческое, но относящееся к таким темным, зловещим закоулкам человеческого подсознания, которые иначе, чем бесовскими, не назовешь».¹

Однако надо заметить, что С.С. Алексеев лишь предлагает считать войну антиправовым явлением, но фактически она таковой не признается. Примечательно, что и сам С.С. Алексеев далее оговаривается, что военные действия по отражению агрессии он не относит к антиправовым. Но ведь в этом случае тоже убивают людей.²

А о практической стороне дела и говорить не приходится. Недавние события в Югославии (Косово), Израиле, Ираке и других горячих точках планеты показывают, чего стоят заявления об абсолютной ценности человеческой жизни.

Так или иначе, но реальная практика не признает человеческую жизнь абсолютной ценностью. Это плохо, но это – факт. При таком положении попопытки устранить смертную казнь из системы наказаний обречены на неудачу. Даже в тех странах, где смертная казнь давно исключена из системы уголовных наказаний, общественное мнение склоняется в пользу ее восстановления. Некоторое время назад в Бельгии прошли массовые народные выступления с требованием восстановления этого наказания после зверского убийства двух девочек. О России и говорить не приходится. Общественное мнение за сохранение этого наказания. И это естественно. В условиях разгула преступности (достаточно сказать, что за последние годы количество убийств возросло в 4 раза) смягчение карательной практики, а тем более, исключения из системы наказаний наиболее строгого из них ничего, кроме недоумения, вызвать не может. Делается это, на наш взгляд, исключительно из сиюминутных политических соображений. Населением подобные устремления воспринимаются как дальнейшее отчуждение власти от народа.

В самом деле, возьмем ситуацию в Оренбургской области. Десять лет назад правоохранительные органы области стояли перед проблемой не допустить того, чтобы количество убийств достигло 150. Казалось, что эта весомая цифра будет иметь отрицательные морально-психологические и административные последствия. Об этом постоянно говорили руководители области на различного рода совещаниях. Сегодня такой проблемы не существует, ибо количество убийств в области в 1999 году перевалило за 650 (!). На этом фоне всякие разговоры об аморальности смертной казни не вызывают у рядовых граждан ничего, кроме раздражения. И это вполне понятно. Ведь они думают о повседневной жизни, а не об абстрактных императивах. Для них морально то, что ставит заслон на пути преступников, что ведет к реальному сокращению опасных преступлений, а не красивые слова, сочиненные в тиши кабинетов.

Не вдаваясь в детали этой сложной проблемы, тем не менее, отметим,

¹ Алексеев С.С. Философия права. – М., 1998. С. 263.

² Там же.

еще одно отрицательное последствие исключения смертной казни из уголовных наказаний – это самосуды и внесудебные расправы. Некоторое время назад один из знакомых оперативных работников сказал мне откровенно, что они сознательно при задержании опасного преступника избрали способ нейтрализации, приведший к лишению его жизни, понимая, что законная процедура будет поощрением для маньяка. Во Владивостоке мать зверски убитой девочки Натальи Хенгельдян во время судебного заседания пыталась застрелить убийцу ее дочери. И это далеко не единичные факты.

Проблема, по-видимому, состоит в том, как совместить абсолютные моральные требования с реалиями жизни. Разрешить это противоречие, на наш взгляд, можно, если признать необходимость параллельного существования и того, и другого. Многие моральные требования носят исключительно идеалистический характер. Их назначение - будить совесть человека. Напоминать ему о необходимости его совершенствования. Но в реальной жизни (на данном этапе) в абсолютном виде они не реализуемы. Попытки их искусственного внедрения заканчиваются рано или поздно провалом. Такого рода нормы могут внедряться только постепенно и лишь в определенной социальной и морально-психологической обстановке. К числу таких норм относится, на наш взгляд, и императив абсолютной ценности человеческой жизни.

Одним из доводов против общего предупреждения является его несоответствие другому моральному требованию - о недопустимости использования человека (виновного) в качестве средства (удержания от преступления других людей). Выше уже высказано наше принципиальное отношение по вопросу о соотношении норм морали, правовых норм и жизненных реалий. Относительно использования человека в качестве средства можно сказать то же самое. Общество нередко прибегает к такому приему, хотя мы не всегда его замечаем. Общеизвестная воинская обязанность требует, например, в определенных ситуациях от военнослужащего добиваться поставленных целей ценой своей жизни. Аналогичные требования предъявляются к лицам, обладающим сведениями, которые составляют государственную тайну. Мы одобряем поведение человека, который пожертвовал своей жизнью ради спасения других людей. Для общества подобное отношение является своеобразной защитной реакцией. Сомнительно, что в подобных случаях можно рассуждать об аморальности.

Нам представляется веским обоснование общего предупреждения, данное Анденесом. В частности, следует согласиться с той его частью, где приводится довод нормативного характера. Он справедливо обращает внимание на то, что уголовно-правовые нормы обращены ко всем. «Они направлены на то, чтобы побудить каждого потенциального нарушителя к подчинению. Назначение наказания за любое из этих нарушений основано на соответствующей правовой норме, оно не требует специального обоснования в каждом отдельном случае.

Наказание необходимо для действенности права; без его применения закон был пустой буквой. Таким образом, если этически оправдано издание уголовных законов, регулирующих поведение людей, не может быть этически

неоправданным применение закона в конкретном случае. Нельзя говорить, что преступник «страдает не за то, что он сделал, а из-за склонности других людей поступать таким же образом». Он страдает в той мере, какая установлена законом».¹

К сожалению, Анденес не стал углубляться в причины нормативности, заявив, что он «не намерен обсуждать проблему свободы воли, которая легко может завести в лабиринты метафизики и семантики».²

Напротив, тема нашей работы предполагает рассмотрение этого вопроса, и мы не можем обойти его, тем более что истоки этой проблемы коренятся именно в нем.

Свободы воли в буквальном, то есть в конкретном смысле не существует.

О свободе воли допустимо говорить лишь в абстрактном смысле. Человек свободен лишь в смысле противопоставления себя той ситуации, частью которой он сам является, если он мысленно выходит из нее и рассматривает себя как бы со стороны. При оценке криминального поведения мы сами пытаемся поставить себя на место этого человека и проделать эту процедуру за него. Когда мы находим, что были другие варианты поведения (с точки зрения постороннего наблюдателя), то тогда мы говорим, что он свободен. Но свободен, увы, абстрактно, условно. Ведь абстракция – это мыслительный прием.

Анденес в своих суждениях, по существу, и исходит из этого: «Сказать, что человек мог поступить иначе, значит, иными словами, просто утверждать, что если бы он был другой личностью или если бы существовала другая внешняя ситуация, то и деяние было бы другим. Человек, конечно, делает выбор, но для данной личности в данной ситуации выбор мог быть только одним – таким, каким он был».³

Таким образом, становится достаточно очевидным, что сама постановка вопроса об ответственности предполагает абстрактный подход к оценке ситуации. Ибо если смотреть на поступок конкретно, то надо отказаться от ответственности.

В этой связи уместно вспомнить французскую поговорку: понять – значит простить. Ведь понять - означает войти в положение виновного.

Следовательно, элемент абстракции заложен в самой природе ответственности. Поэтому не следует изгонять элемент абстракции и из наказания. Это в принципе невозможно. Под элементом абстракции здесь мы понимаем безличностное требование подвергнуть наказанию любого, независимо от причин, приведших к преступлению.

Между тем, в законодательстве мы находим противоречивую картину сочетания абстрактного и конкретного подхода. Эта коллизия отражает, по нашему мнению, реальное живое противоречие жизни. Законодатель невольно стремится к сочетанию абстрактного и конкретного подходов. Так, нормы о наказании пронизаны требованиями учета конкретных обстоятельств

¹ Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. – М. С. 159-160.

² Анденес И. Указ. Соч. С. 161.

³ Анденес И. Указ. Соч. С. 160.

(личности, обстоятельств совершения преступления и т.п.). Но чем больше входить в них, тем больше снижать базу для ответственности.

Базу ответственности (свободу воли) снижают не только смягчающие, но и, как это не покажется странным, обстоятельства, отягчающие наказание, поскольку всякая конкретизация уменьшает свободу воли. Так, рецидив рассматривается как обстоятельство, отягчающее наказание. Однако что такое рецидив как не свидетельство объективной закономерности поведения виновного, которая перевешивает его волю.

Таким образом, вне отвлечения от конкретной ситуации совершения преступления становится невозможным обоснование ответственности и наказания, природа ответственности в известном смысле абстрактна, именно в том смысле, что она возникает как результат соизмерения поведения человека с некоей мыслимой общественной нормой, отражающей общественные устремления и идеалы. Это своего рода категорический императив, требование, жизненно необходимое для поддержания системы, которой является общество, от распада, требование безусловное и незыблемое, несмотря на какие-либо конкретные обстоятельства. Законодательные правила учета при назначении обстоятельств совершения преступления являются выражением другой социальной нормы – требованием гуманности при обращении с человеком, к которому применяется принудительное воздействие, учета по возможности его личностного, в том числе и психологического состояния. Но этот учет возможен до определенного предела. Как бы ни входили в ситуацию и в положение виновного, ответственность в той или иной форме должна состояться, норма должна восторжествовать. Изначально эта норма обращена к обществу, а не индивидуально к виновному. С этих позиций становится ясным, что постановка вопроса об аморальности и недопустимости общего предупреждения несостоятельна. Отрицать правомерность общего предупреждения – значит отрицать правомерность ответственности как таковой.

Следует отметить, что нормативная природа ответственности не дает почвы для разделения, а тем более для противопоставления целей общего и специального предупреждения. Источник предупреждения один – реализующаяся уголовно-правовая норма. Объект уголовно-правового воздействия также единый – общество, общественное сознание, включая, естественно, самого виновного. Предупреждение – процесс рационального воздействия, и оно эффективно постольку, поскольку преступление рационально мотивировано. Конечно, непосредственному воздействию подвергается виновный. Однако это воздействие носит, главным образом, психологический характер и приобретает форму психологической и духовной боли, провоцирующей и усиливающей работу сознания.¹

Но тот же самый механизм воздействия сохраняется и в отношении других членов общества.

Какое же основание имеют в таком случае законодательные положения о смягчении наказания? Они, на наш взгляд, базируются на гуманистическом

¹ Анденес И. Указ. соч. С. 65.

идеале и идеале справедливости. Снижение или увеличение наказания в пределах нормативного требования не изменяют существенно характера самого воздействия, а лишь выражают гуманизм и справедливость в отношении конкретного человека.

Новой целью уголовного наказания является восстановление социальной справедливости.

Постановка такой цели вызывает ряд вопросов. Справедливость предполагает равное отношение к различным участникам общественных взаимосвязей. Каким образом можно обеспечить это в уголовном правоотношении в процессе реализации ответственности?

В буквальном смысле мы не можем поставить виновного в то положение, в котором находилась жертва или пострадавший интерес. Так, если виновный в ходе хулиганства разбил окно, сломал стол, причинил телесное повреждение гражданину, то мы, естественно, не можем то же самое проделать с ним и его имуществом.

Если справедливость усматривать в восстановлении нарушенного интереса, то это, во-первых, не вполне соответствует природе уголовного права, обращенного в будущее, в связи с чем уголовные наказания по своему содержанию, как правило, не компенсируют причиненный вред. А во-вторых, часто это невозможно объективно. Как, например, восстановить утраченную убийством жизнь.

В связи с этим многие юристы полагают, что восстановление социальной справедливости достигается путем назначения наказания, соответствующего тяжести преступления.¹

Считаю, что с таким подходом нельзя согласиться. Дело в том, что в подобной интерпретации цель наказания сливается с самим наказанием. Если наказание соответствует тяжести преступления, то это справедливое наказание, то есть справедливость в самом наказании. Однако цель – это то, чего надо достичь посредством наказания. Цель должна быть за пределами наказания, в будущем.

Поэтому можно предположить, что законодатель имеет в виду какие-то другие изменения и рассчитывает, что наказание приведет к ним. Таким положительным изменением, вносимым наказанием, может быть успокоение общественного мнения. Известно, что не всегда назначаемые судами наказания вызывают у общественности одобрение. В последние годы общественность, чаще всего, недовольна мягкостью назначаемых наказаний. При этом далеко не всегда такие наказания изменяются вышестоящими судами. Исходя из сказанного, можно утверждать, что в этих случаях цель восстановления социальной справедливости не достигается.

Разумеется, восстановление социальной справедливости в указанном смысле напрямую связано с назначением справедливого наказания. Однако это не означает тождественности понятий «справедливое наказание» и «восстановление социальной справедливости», и, как показывает практика, не всегда наказание, справедливое в нормативном смысле (назначенное с

¹ См. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2. – М., 1999. С. 16.

соблюдением требований закона, в пределах санкции, с учетом личности и иных обстоятельств), может быть справедливым в социальном смысле, то есть восприниматься как справедливое и вызывать в обществе психологическую разрядку и психологическое облегчение. На наш взгляд, цель восстановления социальной справедливости предполагает такого рода изменения в общественной психологии и общественном сознании. Следовательно, суд, назначая наказание, не может ограничиваться его формальной справедливостью, а должен предусмотреть реальную общественную реакцию на него.

Представляется верным следующее суждение Н.А. Беляева: «Удовлетворение чувства справедливости членов... общества, которое достигается возмездием преступнику за совершенное преступление, благотворно сказывается на жизни общества. Оно укрепляет веру в законность и правопорядок, вселяет уверенность в каждого члена общества, что его личность, его личные и общественные интересы надежно охраняются государством».¹

В уголовном праве на протяжении длительного времени дискутировался вопрос о том, является ли кара частью или целью уголовного наказания.²

Законодательную почву для этого давала ст. 20 УК РСФСР, где наказание объявлялось не только карой за совершенное преступление, но имеющим цели общего и специального предупреждения. Нам представляется, что эта дискуссия не имеет предметных оснований.

Если уточнить, что спорящие стороны понимают под наказанием, тогда вопрос исчерпывается.

Понятийная формула закона представляет кару частью наказания, и это естественно. Без кары (физической и духовной боли) наказания не существует. Однако наказание не возникает автоматически. Оно должно быть назначено судом. Его карательный элемент, а, следовательно, в известном смысле и эффективность зависят от того, каким наказание будет по характеру и какова будет его мера. Все это определяет только суд. Поэтому если иметь в виду сам процесс возникновения наказания от начала его назначения, то наказание имеет целью и кару. Ведь суд должен покарать виновного, что и будет равно наказанию. С точки зрения деятельности суда кара – это то, чего надо достигнуть, к чему надо подойти. Таким образом, кара – это цель в деятельности суда по назначению наказания. Но кара, в то же время, - часть наказания, когда оно реально возникает.

Подводя итог сказанному, следует отметить, что характеристика наказания с содержательной стороны лишь как правоограничения является чересчур формальной, раскрывающей только внешнюю его сторону. В научном плане такая характеристика уголовного наказания явно недостаточна, ибо она скрывает его глубинные, связанные с воздействием на сознание и психику черты, по своему существу представляющие намеренное, сознательное причинение духовной и физической боли, страданий виновному с целью

¹ Беляев Н.А. Указ. соч. С. 307.

² См. например: Беляев Н.А. Указ. соч. С. 305-306 и др.

побудить его переосмыслить свое поведение, ввести его в требуемые обществом рамки. Одновременно наказание нацелено, с одной стороны, на устрашение других людей и удержание их от совершения преступления, а с другой – на успокоение общественного мнения, психологическую разрядку, потребность в которой оно испытывает после совершения преступления.

Значение уголовного наказания в равной мере опасно как преувеличивать, так и преуменьшать. Оно остается и будет оставаться, видимо, всегда наиболее острой, наиболее болезненной, но в то же время и наиболее рациональной и эффективной мерой противодействия, самым вредоносным, подрывающим основы существования общества, деянием.

АСПЕКТЫ ПРИМЕНЕНИЯ АЛГОРИТМОВ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СОВЕРШЕННЫХ ЭТНИЧЕСКИМИ ГРУППАМИ

Смирнова О.Н. - преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н.

Алгоритмизация следственной деятельности - не новое явление в криминалистике. Понятие алгоритма заимствовано криминалистикой из математической логики. Общеизвестно, что алгоритм обозначает точное предписание о выполнении в определенном порядке действий и операций, приводящих к решению задач определенного класса¹. Алгоритмизация операций и действий часто связывается с формализацией определенной деятельности, которая в результате этого получает выражение в символических, алгебраических или иных формах и схемах. Расследование преступлений есть, прежде всего, человеческая деятельность, исследующая также человеческую деятельность, выраженную в преступных действиях. Рассматривая вопросы алгоритмизации, как той, так и другой деятельности, следует иметь в виду, что в подлинном виде алгоритмизация в криминалистике и других правовых науках применяется лишь в справочных, учетно-поисковых и других системах. Таким образом, алгоритмы не могут полностью заменить творческую мысль следователя, которая тесно переплетается с конкретным процессом преступления, имеющим самые общие признаки с уже встречающимися на практике случаями, алгоритмизация лишь способствует в данном случае мышлению следователя². Более того, алгоритмы действий во многом будут зависеть от складывающихся тем или иным образом следственных ситуаций.

В результате распада СССР общественно-политические, экономические перемены в России выявили всю сложность межнациональных отношений. Межнациональные конфликты, экономическая и социальная нестабильность

¹ Философский словарь. - М., 1980. С. 10-11.

² Турчин Д.А. Система следов как алгоритм действий следователя // Алгоритмы и организация решения следственных задач. Сборник научных трудов. – Иркутск, 1982. С. 35-37.

привели к высокому уровню миграции населения. Происходящие процессы не могли не оказать негативного влияния на криминогенную обстановку, как в России в целом, так и в отдельных ее областях и регионах.

Ранее большинство ученых склонялись к мнению, что этничность будет постепенно терять свое значение в жизни людей вследствие тенденций модернизации, развития гражданского общества и личного индивидуализма.¹ Однако этническая память нередко активно и целенаправленно культивируется этноэлитными лидерами в корыстных интересах в сторону усиления этнического отчуждения. Она проявляется в земляческой изолированности, традиционализме, недоверии и вражде не только к другим народам, но и к значительной части своего собственного этноса. Члены локальных этнических групп обычно бывают особенно чувствительны и мнительны.² Они, в свою очередь, провоцируют ухудшение национальных отношений в регионе, рост притязаний между этносами, на этой основе активизируется их противоправная деятельность, и действия зачастую носят криминальный характер, которые находят свое воплощение в формировании этнических преступных групп (ЭПГ), в том числе организованных.

Несомненно, этнические преступные группы обладают национально-психологическими особенностями, которые являются важным элементом при формировании данных групп и находят свое выражение в преступлениях, совершаемых ими. Однако, как указывает А.Г. Колесникова³, национально-психологические особенности людей не являются фатальным даром природы, они - продукт длительного исторического развития. Основными факторами, влияющими на формирование национально-психологических особенностей, являются экономические и социально-политические условия жизни. Экономическая жизнь, общественные отношения, государственное устройство, классовая борьба, господствующая идеология, религия, быт, а также межнациональные отношения, гнет или его опасность, войны, завоевания – все это порождает некоторые общие особенности в психологическом складе нации. И чтобы лучше понимать людей различных рас, представителей государств с различным экономическим и культурным уровнем, глубже разбираться в культурных обычаях этнических групп, с большей эффективностью разрешать конфликты между ними, сотрудник правоохранительных органов должен хорошо разбираться в психологии поведения человека, его реакциях на происходящие события в обществе и методах воздействия на окружающих.

Невзирая на проводимую работу органами внутренних дел по противодействию ЭПГ, таковые реально существуют на данный момент, и в последующем, на наш взгляд, их существование не может быть опровергнуто. Данный факт свидетельствует о необходимости изучения как особенностей формирования ЭПГ, так и преступлений, совершенных ими с тем, чтобы предпринять своевременные меры по разобращению преступных групп, а при

¹ Скворцов Н.Г. Этничность: социологическая перспектива // Социологические исследования. 1999. № 1. С. 21.

² Полянский В.С. Историческая память в этническом самосознании народов // Социологические исследования. 1999. № 3. С. 16.

³ Колесникова А.Г. Социально-психологические основы обращения с иностранными гражданами // Национально-психологические особенности иностранных граждан. - М., 1998. С. 45-46.

расследовании преступлений – сузить круг подозреваемых лиц, решить вопрос о причастности к таковым членов ЭПГ или группы в целом.

Следует отметить, что некоторые ученые¹ по признаку связи соучастников все преступные группы подразделяют на: случайно или ситуативно объединившиеся (при отсутствии признаков предварительного сговора); предварительно сговорившиеся о совершении преступления; устойчивые, организованные; и рассматривают преступную группу как малую неформальную группу, объединяющую на основе совершения общественно опасных, противоправных действий людей, стремящихся к достижению общественной цели, организованных определенным образом и составляющих единый субъект деятельности. Мы вполне разделяем данную точку зрения. Однако основанием, послужившим для выделения нами группы преступлений в отдельную категорию, явилось совершение любого вида преступных деяний именно этническими группами. Поэтому, на наш взгляд, ЭПГ представляет собой специфическое криминальное объединение, в том числе с устойчивой иерархической структурой и собственными нормами поведения, являющаяся разновидностью малой неформальной группы, формирующаяся по национальному (этническому) признаку, то есть объединяющая в своем составе лиц одной или нескольких родственных национальностей (этнических образований). Более того, на наш взгляд, преступные этнические группы целесообразно подразделять также по признаку формирования:

- землячества (выходцы из одной местности, республики);
- общих религиозных взглядов;
- мигрирования из зарубежья, в том числе из стран СНГ, в один район России;
- родственных связей.

Необходимо отметить, что нами указаны основные признаки формирования ЭПГ, они не являются исчерпывающими, но характерны именно для рассматриваемых групп в соответствии с проведенным анализом и зачастую имеют место в той или иной совокупности. Несомненно, что ЭПГ имеют общие признаки формирования с преступными группами, созданными без этнической основы, однако имеются существенные различия как в их деятельности, так и в создаваемом ими психологическом микроклимате внутри группы. Так, например, этнические преступные группы, как правило, не теряя контактов с исторической родиной, действуют на территории сразу нескольких областей и стран ближнего зарубежья. Мы отдаем себе отчет, что в разных областях и регионах преступная направленность ЭПГ, их принадлежность, состав могут существенно отличаться. Данный факт мы связываем с различием в структуре этнического состава, географическом расположении регионов, наличием в них тех или иных сырьевых ресурсов, промышленных объектов, финансово-экономических, политических структур, уровня развития региона. Однако во всех регионах корыстные преступления были и остаются одним из наиболее удобных источников получения доходов криминальным путем.

¹ Белкин Р.С. Особенности расследования преступлений организованных преступных сообществ. Криминалистика. – М., 2000. С. 897-898.

Изучение и анализ уголовных дел показал, что на долю ЭПГ, проживающих на территории области по месту совершения преступлений, приходится 51,7% от общего числа совершенных преступлений ЭПГ; 15,4% преступлений приходится на членов ЭПГ из числа граждан стран СНГ. Остальная, довольно большая доля преступлений приходится на ЭПГ, члены которой проживали в различных регионах России, а также в состав групп входили жители СНГ, лица без гражданства. На наш взгляд, это подтверждает тот факт, что члены ЭПГ обладают и поддерживают связи криминальной направленности не только на территории той области, где проживают, но и с членами ЭПГ других регионов, стран СНГ, не исключено, что и дальнего зарубежья. Это, естественно, осложняет работу по раскрытию и расследованию преступлений, совершенных таковыми группами. И в большей степени приносит успех работа по «горячим следам», когда преступники лишены возможности скрыться с территории совершения преступлений за пределы региона, России, сокрыть следы преступлений и результат преступной деятельности.

В результате анкетирования следователей, работающих в различных регионах России, было установлено, что не занималось расследованием преступлений, совершенных рассматриваемой категорией преступных групп, или не предпринимали меры к установлению этнической основы формирования группы 72% опрошенных. На наш взгляд, данный процент довольно высок. В соответствии с данными, полученными при анкетировании, имеющий место факт мы связываем со следующими обстоятельствами:

1. Слабое представление о возможных типах ЭПГ, определенная новизна понятия.

2. Неуделение должного внимания установлению обстоятельств, указывающих на преступную группу, как сформированную на этнической основе.

3. Специализация расследования (на наш взгляд, это единственный положительный из вышеперечисленных факторов, в связи с наличием которого отдельные следователи не сталкивались с расследованием преступлений, совершаемых ЭПГ).

Учитывая изложенное, а также происходящие политические, экономические и социальные перемены в стране, дают основания полагать об имеющейся потребности реализации теоретических разработок в вопросе о следственных ситуациях и путях расследования, зависящих от них применительно к ситуациям расследования преступлений, совершенных этническими группами. Расследование преступлений, совершенных данной категорией групп, является одной из частных криминалистических методик, в основе которой лежит принцип организации групп по этническим, а не по уголовно-правовым критериям. В этом случае особое место занимает личность преступника, его отношение к тем или иным этногруппам, но при этом участники этнических преступных групп могут быть как гражданами России, так и лицами без гражданства и иностранными гражданами. При выявлении и последующем расследовании преступлений, совершенных рассматриваемой

категорией групп, перед правоохранительными органами возникают сложности, выражающиеся в предпринимаемых действиях со стороны таких групп, влияющих на изменения следственных ситуаций с целью избежания установления как отдельных членов этнических преступных групп, так и группы в полном составе, задержания и ухода от ответственности путем использования и применения:

этнических связей за пределами района, региона, совершения преступления, за пределами России;

коррупцированных связей, в том числе в правоохранительных органах; поддержки членов этнических диаспор, организовывая при этом вмешательство в процесс расследования, создавая фиктивное алиби участников преступных действий;

вмешательства со стороны этнических общественных объединений и организаций, в том числе религиозных;

организация публикаций в средствах массовой информации о притеснениях этносов, умышленно придавая при этом законным действиям правоохранительных органов политический характер;

организация подачи, направлений жалоб в различные инстанции на действия правоохранительных органов как на незаконные и иные действия, могущие влиять на ход расследования.

Выбор следственных действий и определение фактических и процессуальных оснований для их производства осуществляются с учетом криминалистической характеристики преступлений и следственной ситуации, сложившейся на конкретном этапе расследования.¹ Но для того, чтобы предложить типичные методические схемы расследования в зависимости от следственной ситуации, необходимо эти ситуации упорядочить. С точки зрения логики расследования представляется целесообразным, прежде всего, распределение типичных следственных ситуаций применительно к этапам расследования. Дальнейшее их выделение возможно с учетом степени информационной определенности (преимущественно на первоначальном этапе), позиции участников процесса (в основном на последующем и завершающем этапах) и других факторов.²

Первоначальный этап расследования понимается как основополагающий для получения следователем объективной информации. Он является периодом выяснения важных обстоятельств происшедшего, когда полностью реализуются рекомендуемые наукой алгоритмические методы в целях быстрого установления и предварительного изобличения виновного лица на основе доказательств, добытых посредством комплексных криминалистических мероприятий, которые начинаются сразу после обнаружения признаков преступления, характера и особенностей расследуемого деяния.

В структуру данного этапа входят:

¹ Назаров Х.О. О состоянии криминалистической характеристики преступлений, следственных ситуаций и следственных действий // Актуальные проблемы совершенствования производства следственных действий. – Ташкент, 1982. С. 136.

² Субботина М.В. Проблемы методики расследования преступлений, совершаемых организованными группами несовершеннолетних. Дисс... к.ю.н. - Волгоград, 1996. С. 101.

- осуществляемые до возбуждения уголовного дела проверочные мероприятия, ориентированные на решение вопроса о необходимости предварительного расследования обстоятельств происшедшего;
- первоначальные следственные действия (их комплексы, криминалистические операции), направленность и последовательность которых зависит от начала расследования и особенностей совершенного преступления;
- оперативно-розыскные меры, помогающие в решении задач данного этапа и имеющие специфическую ориентацию в связи с дефицитом исходных данных.¹

При расследовании преступлений, совершенных этнической группой, могут возникнуть следующие типичные ситуации:

1. Участники этнической преступной группы не были установлены и задержаны на первоначальном этапе расследования.

Для данной ситуации характерными следственными, оперативно-розыскными и организационными являются:

произведение как оперативных мероприятий, так и первоначальных следственных действий с целью установления наличия национальных общественных объединений, организаций, национальных учебных заведений (медресе), их руководителей, преподавателей, лиц, посещающих данные заведения, этнических диаспор, их мест компактного проживания в районе совершения преступления, близлежащих районах, среди них лиц, незаконно мигрирующих, склонных к совершению преступных действий, входящих в состав этнических преступных групп, возможные места дислокации последних групп в приграничных районах, областях. Проверка их криминально направленных связей, в том числе родственных с жителями других регионов, стран СНГ и дальнего зарубежья. При обнаружении лиц, представляющих интерес для следствия, произвести их проверку на причастность к совершенному преступлению как оперативным, так и следственным путем (проведение опознания, установление и допрос лиц, располагающих данными о его криминальной деятельности и т.д.);

при наличии субъективных портретов подозреваемых, составленных с использованием криминалистических средств и навыков художественного изображения потерпевшими, свидетелями, очевидцами, необходимо дополнительное ориентирование о розыске подозреваемых дежурных нарядов, других ОВД, постов ГИБДД, ФСБ и других правоохранительных органов, расположенных в районе предполагаемой траектории движения этнической преступной группы или отдельных ее членов.

2. Установлен и задержан один из участников этнической преступной группы или отдельные ее члены на первоначальном этапе расследования, остальные члены группы не задержаны и их личности не установлены.

В этом случае может возникнуть ситуация, когда:

а) Установленным и задержанным членом ЭПГ является иностранный гражданин с наличием дипломатического иммунитета.

¹ Ищенко Е.П. Алгоритмизация первоначального этапа расследования преступлений. Автореф. на соиск. уч. ст. д.ю.н. - М., 1990. С. 16-17.

В ходе изучения уголовных дел нами данная категория лиц не была обнаружена, однако исключать наличие таковых нельзя. В современной обстановке при высоком уровне преступности, межгосударственных перемещениях иц различной гражданской принадлежности необходимо исходить из реальной ситуации и искать оптимальные подходы к расследованию конкретных дел с учетом требований практики.

Проблема производства процессуальных действий возникает в отношении лиц, обладающих иммунитетом от уголовной юрисдикции страны пребывания. Согласно ч. 2 ст. 3 УПК РФ, процессуальные действия в отношении лиц, обладающих правом дипломатической неприкосновенности, производятся лишь по просьбе указанных лиц или с их согласия, которое запрашивается через Министерство иностранных дел Российской Федерации.

б) Установленным и задержанным членом ЭПГ является иностранный гражданин, полностью подчиненный юрисдикции России, не обладающий иммунитетом и привилегиями, в том числе гражданин одной из республик СНГ, лицо без гражданства.

В этом случае после задержания необходимо провести следующие мероприятия:

установить факт владения или невладения лица, относящегося к данной категории языком судопроизводства (т.е. русским языком);

в случае, если лицо не владеет языком судопроизводства, решить вопрос о предоставлении ему переводчика, защитника (в порядке п. 4 ч. 1 ст. 51; 59 УПК РФ);

произвести личный обыск подозреваемого;

произвести его допрос в качестве подозреваемого;

произвести его опознание потерпевшими, свидетелями;

проверить законность пребывания на территории России;

произвести уведомление в течение 12 часов с момента задержания посольства или консульства государства через МИД России о задержании иностранного гражданина;

по криминалистическим учетам, в том числе ГИЦ при МВД, Бюро по координации борьбы с организованной преступностью и иными опасными видами преступлений на территории государств - участников СНГ, НЦБ Интерпола проверить на причастность данного лица к иным преступлениям, на наличие в отношении него информации оперативно-справочного характера;

при необходимости принять меры по взаимодействию с вышеуказанными органами с целью решения вопросов координации и содействия в проведении розыскных, оперативно-розыскных мероприятий, процессуальных действий и иных организационных мероприятий за пределами России;

установить лиц, к кому прибыл задержанный;

произвести допрос данных лиц с целью установления периодичности пребывания, цели, сроков, наличия контактов на территории России, данных подтверждающих криминальную деятельность как непосредственно задержанного члена этнической преступной группы, так и группы в полном объеме;

произвести обыск по месту жительства, мест частого пребывания, нахождения, в том числе мест концентрации этносов, посещаемых задержанным. В ходе обыска необходимо принять меры к отысканию предметов, вещей, документов и ценностей не только по расследуемому делу, но и числящихся по криминалистическим учетам в розыске, вызывающих сомнение об их происхождении, возможности приобретения и наличия таковых законным путем. А также и тех, которые могли бы носить информационный характер о личности задержанного, его круге общения, рода занятий и увлечений; причастности к тем или иным национальным организациям, учебным заведениям, этническим диаспорам, группам, в том числе преступным, религиозным течениям. Таковыми могут быть книги, брошюры пропагандистской направленности, личные записи, с указанием телефонов, адресов, видеофильмы, фотографии, предметы национального обряда, в том числе оружие или изготовленные под вид таковых и т.п. Произвести изъятие обнаруженного в ходе обыска;

принять меры по установлению мест сбыта похищенного, передачи на временное хранение, мест сокрытия, в том числе предметов, приспособлений, используемых в ходе подготовки и при совершении преступления и изъятию обнаруженного;

допрос лиц, причастных к таковым действиям;

предъявление изъятых имуществ, иных предметов документов потерпевшим, свидетелям, очевидцам для опознания;

допрос лиц, поддерживающих контакт с задержанным, в том числе обладающих родственными связями с целью установления круга общения, мест их концентрации. Однако к данным показаниям необходимо отнестись критически. В связи с тем, что лица, поддерживающие дружеские или родственные связи, в большей степени вероятности не представят каких-либо сведений, подтверждающих причастность задержанного к совершенному преступлению, и его связях, хотя и будут ими располагать. Они, напротив, могут попытаться ввести органы следствия в заблуждение, при этом даже не разделяя с тем взглядом на преступную деятельность, но оказывая содействие из-за этнической принадлежности;

принять меры по установлению лиц, отрицательно настроенных в отношении задержанного, с целью установления связей последнего;

установить конкурирующих лиц с группой, в которую входит задержанный, как в легальном или полуполюгальном бизнесе, иных сферах, а также в незаконной деятельности, в том числе, духовной. Они могут предоставить интересующую информацию не столько с целью оказания помощи в расследовании правоохранительным органам, а сколько с целью устранения конкурентов и создания неблагоприятной обстановки для их деятельности.

в) Установленным и задержанным членом ЭПГ является гражданин России.

При возникновении такой ситуации производятся аналогичные действия, указанные в предыдущем пункте, за исключением мероприятий, связанных с

уведомлением посольства или консульства о задержании гражданина.

3. Ситуация, при которой личности всех преступников установлены.

На наш взгляд, данную ситуацию целесообразно рассмотреть совместно при следующих вариантах:

а) если преступники установлены, но не задержаны;

б) если преступники установлены, задержаны, но не ясна роль каждого.

В ситуации, при которой личности преступников установлены, возникают определенные сложности, вызванные необходимостью одновременного проведения сразу нескольких следственных действий: по задержанию, допросу, проведению обысков, выемок, предъявлению на опознание как самих задержанных, так и изъятых вещей и иных ценностей, а также сложности по организационным моментам: по условиям содержания задержанных, исключающих возможности общения друг с другом; обеспечению представления переводчиков на каждое следственное действие лицам, не владеющим и слабо владеющим языком судопроизводства.

На наш взгляд, в этих случаях с учетом сложности и большого объема проведения следственных действий целесообразно принять меры по решению вопроса о производстве предварительного следствия следственной группой. В соответствии с ч. 2 ст. 163 УПК РФ, решение данного вопроса входит в компетенцию прокурора по ходатайству начальника следственного отдела, а также целесообразно принять меры по созданию следственно-оперативной группы с привлечением к расследованию сотрудников других служб органов внутренних дел, а при необходимости - служб других органов.

Как видно, различие ситуаций состоит в моменте задержания подозреваемых, а решение ролевых функций подозреваемых, как показывает практика и анализ изученных дел, занимает довольно длительный период времени, и, на наш взгляд, более целесообразным является рассмотрение таковых в складывающихся ситуациях на последующем этапе расследования. При этом необходимо выполнить следующие действия:

принять меры по установлению наличия в банках и иных кредитных организациях имущества, находящегося на хранении, средств на счетах и во вкладах предприятий, организаций, официально зарегистрированных на организаторах, руководителях этнической преступной группы, ее членах, а также предприятий, организаций, находящихся под их контролем, а также числящихся таковых за самими организаторами, руководителями, членами этнической организованной преступной группы, как за физическими лицами;

установить источники поступления денежных средств, имущества на указанные счета и во вклады, фонды финансирования данной этнической организованной преступной группы и последующее движение этих средств;

на основании судебного решения в порядке п. 7, п. 9 ч. 2 ст. 29 УПК РФ необходимо принять меры к производству выемки или по наложению ареста на имущество, денежные средства, находящиеся на счетах, во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях. Данные действия, на наш взгляд, могут производиться как одновременно с задержанием этнической преступной группы (в случае, если основная часть участников группы

известны, в том числе организатор, руководитель), могут производиться на последующем этапе, но в этом случае требуется обязательное осуществление контроля за их перемещением с целью обнаружения связей данной группы;

по учетам ГИЦ при МВД, НЦБ Интерпола, Бюро по координации борьбы с организованной преступностью и иными опасными видами преступлений на территории государств - участников СНГ проверить на причастность данную группу и отдельных ее членов к иным преступлениям, в том числе международного характера, а также на наличие в отношении них информации оперативного характера;

при получении информации о нахождении участников этнической преступной группы или ее организатора, руководителя за пределами России необходимо решить вопрос о направлении иностранному государству запрос о выдаче лица для уголовного преследования в порядке ст. 460 УПК РФ;

при наличии информации о нахождении за пределами России свидетелей, очевидцев преступления, совершенного этнической группой; вещей, предметов, иных ценностей и документов, добытых ими преступным путем; предметов, являющихся орудием преступления, а также несущих на себе следы преступления, должен быть направлен запрос в порядке ст. 453, 454 УПК РФ о правовой помощи с целью производства на территории иностранного государства процессуальных действий: осмотра, выемки, обыска, допроса и др.

При этом, помимо указанных ранее действий, необходимо выполнить следующее:

- оперативным путем и путем проведения следственных действий принять меры по установлению зон действия и сфер влияния данной этнической преступной группы;

- определить характеристику (направленность) преступной деятельности этнической группы;

- установить лиц, разделяющих взгляды и содействующих как отдельным членам этнической преступной группы, так и оказывающих моральную и финансовую поддержку в целом преступной группе и проверить их на причастность к совершенному преступлению;

- установить связи этнической преступной группы с коррумпированными должностными лицами в органах власти;

- установить из числа этнической преступной группы лиц, нелегально мигрирующих на территорию России, проверив их по криминалистическим учетам, оперативным учетам на предмет нахождения их в международном и ином розыске, а также на наличие справочных и оперативных данных их причастности к преступлениям, совершенным на территории СНГ и иных государств;

- установить связи криминальной направленности данной этнической преступной группы с действующими этническими и иными преступными группами как на территории России, на этнической родине в рамках СНГ, так и дальнего зарубежья с целью определения механизма их взаимодействия при подготовке, совершении преступлений, сокрытии следов и результатов преступной деятельности и действий, направленных на оставление места

происшествия после совершения преступления.

На наш взгляд, при расследовании преступлений, совершенных этническими организованными преступными группами при установлении ролевых функций, лидеров, в том числе негласных, степени их влияния, характера взаимоотношений, необходимо выяснять дополнительно следующие вопросы:

- кто организовывал и осуществлял контакт с экстремистски и националистически направленными национальными, религиозными организациями, учебными заведениями, этническими диаспорами, поддерживающими их преступную деятельность;
- кто решал вопросы по организации и установлению связей с иными преступными группами, в том числе с этническими как в регионе, так и организованными преступными группами международного значения, разделению между ними сфер криминальной деятельности и влияния;
- кто организовывал и решал вопрос о необходимости развития как легального, так и полулегального бизнеса с целью организации латентности преступной деятельности, а также для получения дохода на содержание группы, ее материальное и техническое оснащение;
- кто организовывал, решал вопросы и подыскивал кандидатуры с целью подкупа и коррупции в правоохранительных органах, органах власти, иных сферах, в том числе духовной;
- кто организовывал и решал вопросы по незаконному мигрированию лиц на территорию России и вовлечению их в преступную деятельность группы;
- кто устанавливал источники приобретения оружия, средств передвижения и связи;
- кто организовывал и предпринимал меры по вмешательству в процесс расследования со стороны национальных организаций, в том числе религиозных с привлечением средств массовой информации;
- кто организовывал и предпринимал меры с целью оказания давления на потерпевших, свидетелей, лиц, участвующих в расследовании, а также членов их семей.

При установлении криминальных связей этнической преступной группы, в том числе организованной, возникают ситуации, вызванные с необходимостью проверки таковых на причастность к совершенному преступлению и выявлению новых эпизодов их преступной деятельности.

В этом случае, установив криминальную направленность группы, территорию и сферу их действия, необходимо:

1. Изучить уголовные дела о преступлениях, характерных для совершения группой лиц, предварительное следствие по которым приостановлено в связи с неустановлением лиц, подлежащих привлечению к уголовной ответственности, произведя анализ места, времени, способов совершения преступления, объектов посягательства, предпринятых мер по сокрытию преступления, периодичности совершения установленных преступлений, сопоставив на аналогичность с расследуемым преступлением.

С учетом имеющейся практики и опыта расследования подобных

преступлений по уголовным делам предварительное следствие, по которым приостановлено в связи с неустановлением лиц, подлежащих привлечению к уголовной ответственности, считаем целесообразным приобщение справки-анализа с указанием криминалистически значимой информации к данным делам, что ускорит процесс изучения таких дел.

2. Принять меры к тщательному анализу, проверке и закреплению показаний, данных членами этнической преступной группы в отношении совершенных преступлений, путем проведения следственных действий (дополнительного допроса, очных ставок, изъятия образцов для сравнительного исследования и т.д.).

3. Принять меры к доскональному изучению личностей участников этнической преступной группы как по криминалистическим учетам, учетам других служб и ведомств, так и оперативным путем с целью установления их преступных связей с этнической диаспорой, в том числе межрегионального и международного характера; причастности к иным преступлениям, преступным группам и формированиям; участия в организации и деятельности национальных объединений, учебных заведений (медресе), религиозных организациях и течениях, экстремистски направленных; наличия судимостей; нахождения в розыске. Проверить лиц, входящих в данные организации, склонных к совершению преступлений, на причастность к расследуемому преступлению и на предмет совершения иных преступлений.

4. Установить и проверить на причастность этнические преступные группы, действующие как на территории расследуемого преступления, так и имеющих доступ и возможность прибытия в данный район из криминальных соображений: содействия в совершении преступлений, сокрытия следов преступной деятельности и т.д.

5. Принять меры по установлению принадлежности, происхождения обнаруженных и изъятых в ходе расследования преступления, совершенного этнической группой, ценностей, вещей, иных предметов, в том числе оружия, проверить на предмет использования их при совершении иных преступлений по криминалистическим учетам, а также путем проведения следственных действий.

6. После установления фондов финансирования данных этнических преступных групп проверить частных лиц, руководителей организаций и иных лиц, являющихся субъектами финансирования, на причастность к организации преступной группы и к совершенным преступлениям.

7. Проверить на причастность к совершенному преступлению лиц, прибывших на территорию России в район совершения преступления или близлежащие районы, как зарегистрированных по месту пребывания, так и проживающих без регистрации, незаконно мигрирующих, поддерживающих связь в добровольном порядке с членами этнической преступной группой, или они вынуждены поддерживать такую из-за каких-либо причин, в том числе социальных, установить периодичность их прибытия и возможность совершения преступлений этнической группой в районе, откуда прибыло, мигрировало проверяемое лицо.

8. Проверить на причастность лиц, разделяющих взгляды и содействующих этническим преступным группам, из числа других этнонаций, проживающих в районе совершения преступления.

9. С целью установления других эпизодов преступной деятельности этнической группы необходимо принять меры по выявлению потерпевших, как оперативным путем, так и с использованием средств массовой информации.

В связи с ограниченностью объема нами были рассмотрены отдельные ситуации, которые могут возникнуть на первоначальном этапе расследования преступлений, и те процессуальные действия и некоторые характерные вопросы, подлежащие выяснению при расследовании преступлений, совершенных этническими группами. Однако мы не можем утверждать, что указанные действия являются исчерпывающими, как и не являются исчерпывающими следственные ситуации, но знание сотрудниками следственных подразделений основных направлений, процессуальных и организационных действий и возможностей оперативно-розыскной деятельности при расследовании таковых преступлений не может не оказать позитивного результата.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЙ В УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЕ

Хмелевская Т.А. – доцент кафедры уголовного права и криминологии, к.ю.н.

В ст. 8 УИК РФ определены принципы уголовно-исполнительного законодательства. Одним из них выступает принцип демократизма. Хотя сам кодекс не раскрывает его содержания, оно выражается через сущность действующих институтов. К проявлению демократизма можно отнести открытость деятельности уголовно-исполнительной системы, ее подконтрольность не только государственным органам и органам местного самоуправления, но и общественным объединениям. Их роль в современном обществе возрастает. По мнению С. Зубарева: «На смену недоверию, а иногда и противодействию, в отношениях государства и общества в сфере исполнения уголовных наказаний должны прийти партнерство и координация деятельности государственных и общественных контрольных органов».¹ Статья 23 УИК РФ называет формы содействия общественных организаций в работе органов и учреждений, исполняющих уголовные наказания, - это участие в исправлении осужденных и осуществление контрольных функций.

Необходимо отметить, что уголовно-исполнительное законодательство недостаточно полно регламентирует формы деятельности общественных объединений и предоставленных им полномочий. Это приводит к уменьшению

¹ Зубарев С. Проект ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности»: за и против // Уголовное право. 2004. № 2. С. 108.

их участия в рассматриваемых сферах. В ч. 2 ст. 23 УИК РФ установлено, что общественные организации контролируют уголовно-исполнительную систему на основании и в порядке, предусмотренных законодательством РФ. В самом Уголовно-исполнительном кодексе названы две формы общественных объединений: попечительский совет и родительский комитет. Деятельность первого из них регламентирована Положением о попечительском совете при воспитательной колонии уголовно-исполнительной системы. Данный документ утвержден Постановлением Правительства РФ от 13.10.1997 года № 1295. Функционирование родительского комитета происходит в соответствии с положением, утвержденным начальником воспитательной колонии. Таким образом, уголовно-исполнительное законодательство является правовой основой деятельности общественных объединений лишь в воспитательных колониях. В отношении других органов и учреждений уголовно-исполнительной системы такая основа отсутствует.

В соответствии со ст. 142 УИК РФ главными задачами попечительского совета являются: укрепление материально-технической базы воспитательной колонии, социальная защита осужденных, их бытовое и трудовое устройство после освобождения. Данный совет состоит как из представителей государственных структур, так и общественных объединений и граждан, изъявивших желание принять участие в его работе и обладающих деловыми и моральными качествами, необходимыми для выполнения установленных задач. Решение о создании попечительского совета принимается высшим государственным органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации. В процессе своей работы совет информирует о принимаемых решениях органы исполнительной власти и органы местного самоуправления. По мнению В.И. Селиверстова: «В наше время Попечительский совет мог бы организовывать благотворительную деятельность различных коммерческих структур, спонсоров в пользу колонии. Важна роль советов и в деле подготовки осужденных к освобождению, в заблаговременном выяснении обстановки в семье, при необходимости в решении вопроса о направлении подростка после освобождения в интернат, назначении попечителей, подыскании места работы».¹ Мы согласны с мнением автора о том, что попечительские советы могли бы выступать связующим звеном между администрациями воспитательных колоний и субъектами, желающими оказывать им материальную поддержку. Их деятельность в этом ключе должна состоять в следующем: подыскание спонсоров, обеспечение поступления на счет колонии материальных средств и контроль по их распределению и расходованию. Роль этой организации в бытовом и трудовом устройстве осужденного после освобождения, по нашему мнению, не так велика. Это определяется тем, что в силу своего общественного статуса попечительские советы не обладают властными полномочиями. Принимаемые ими решения могут носить только рекомендательный характер. Следовательно, более гарантированными в исполнении будут требования о бытовом и трудовом устройстве

¹Уголовно-исполнительное право. Вопросы и ответы // Учебное пособие под ред. В.И. Селиверстова. - М., 2003. С. 45.

освобождаемого несовершеннолетнего, исходящие от администрации колонии. В соответствии с п. 9 примерного положения «О попечительском совете при воспитательной колонии уголовно-исполнительной системы» данный орган правомочен, оказывать помощь по следующим вопросам:

- обеспечение защиты прав и законных интересов осужденных;
- применение средств исправительного воздействия, предусмотренных ст. 9 УИК РФ;
- укрепление производственно-хозяйственной базы воспитательной колонии;
- обеспечение трудовой занятости осужденных;
- создание материально-бытовых условий и медико-санитарного обеспечения осужденных;
- изыскание дополнительных возможностей для улучшения организации питания осужденных, обеспечения их одеждой и предметами первой необходимости;
- оказание организационной и материальной помощи освобождаемым осужденным.¹

Осужденные, в порядке п. 4 ст. 12 УИК РФ, имеют право обращаться с предложениями, заявлениями и жалобами в общественные объединения. Представители последних при подтверждении факта нарушения прав и законных интересов осужденного принимают решение рекомендательного характера о его устранении и направляют для исполнения администрации воспитательной колонии.

Участие общественных организаций в исправлении осужденных определено в Положении о Главном управлении исполнения наказаний Министерства юстиции РФ, утвержденного приказом Минюста России от 24 марта 1999 года. По данному положению, Главное управление исполнения наказаний «организует использование методик и программ психолого-педагогического воздействия на осужденных, а также помощи общественных и религиозных организаций (объединений) и родственников осужденных для исправления их поведения».²

Основой для решения остальных вопросов, установленных в примерном Положении о попечительском совете, является привлечение дополнительных материальных средств. Мы уже говорили, что в этом случае роль общественной структуры реализуется путем подыскания спонсоров.

Попечительский совет по вопросам, отнесенным к его компетенции, наделен следующими полномочиями:

- принимать решения рекомендательного характера;
- вносить предложения администрации воспитательной колонии, органам государственной власти;
- приглашать на заседание совета работников воспитательной колонии, представителей органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, а также других заинтересованных лиц;

¹ Уголовно-исполнительное право. Сборник нормативных актов. - М., 1998. С. 63.

² Российская газета. 1999. 18 марта.

- контролировать расход поступающих денежных средств от спонсоров на нужды осужденных.

Другим общественным объединением, установленным ст. 142 УИК РФ, является родительский комитет. Его деятельность предусмотрена с целью повышения воспитательного воздействия на осужденных и оказания помощи администрации воспитательных колоний. В состав этого общественного объединения входят родители, лица, их заменяющие, и другие близкие родственники осужденных. Работа родительских комитетов регулируется положением, утверждаемым начальником воспитательной колонии. Это общественное объединение образуется при колонии в целом или при ее отрядах. Уголовно-исполнительное законодательство не регламентирует деятельность родительских комитетов, делегируя эти полномочия начальнику воспитательной колонии. Наиболее детально полномочия этого общественного объединения расписаны в инструкции «Об организации воспитательной работы с осужденными в воспитательных колониях министерства внутренних дел РФ». В соответствии с этим документом родительский комитет имеет право:

- знакомиться в установленном порядке с жилищными и бытовыми условиями содержания несовершеннолетних в воспитательных колониях;
- обращаться в общественные объединения для оказания помощи сиротам и лицам, лишенным родительского попечения;
- обеспечивать передачами и посылками сирот и лиц, оставшихся без родительского попечения;
- оказывать помощь администрации в обеспечении сирот и лиц, оставшихся без родительского попечения;
- совместно с администрацией обращаться в государственные органы, общественные объединения по вопросам оказания помощи воспитательной колонии в проведении воспитательной работы с осужденными.¹

Как мы видим, наиболее полно правовая сфера деятельности определена у общественных объединений в процессе отбытия наказания несовершеннолетними в воспитательных колониях. Но в ст. 23 УИК РФ речь идет об их участии в работе всех органов и учреждений, исполняющих уголовные наказания. В настоящий период идет обсуждение проекта ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности». Это второй вариант законопроекта, направленного решить проблему работы данных структур в уголовно-исполнительной системе. Предыдущий проект носил название «Об общественном контроле за обеспечением прав лиц, находящихся в местах изоляции, и о содействии общественных объединений в работе учреждений и органов, исполняющих наказание, и мест содержания под стражей». Само название этого документа нельзя признать удачным. Но это не единственная причина, по которой было решено переработать законопроект. В процессе его обсуждения он подвергся правовой экспертизе. По экспертным оценкам, проект имел ряд недостатков, а именно: узкая трактовка полномочий представителей общественных

¹Уголовно-исполнительное право. Сборник нормативных актов. Т. 2. - М., 1998. С. 205.

объединений, отсутствовал механизм их предоставления, отсутствовала ответственность лиц, не исполняющих предписания этих органов.¹

Второй законопроект частично устранил эти замечания, но и в его адрес высказаны критические замечания. С целью их оценки проанализируем содержание данного документа.

Проект ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности» состоит из 6 глав, закрепивших общие положения, процесс образования общественных структур, формы, направления и гарантии их работы. Субъектами осуществления общественного контроля и содействия деятельности мест принудительного содержания, к которым относятся исправительные учреждения, выступают наблюдательные общественные комиссии, а также любые другие общественные объединения, имеющие государственную регистрацию. Наблюдательные комиссии состоят из общественных контролеров. По мнению С. Зубарева, членов общественных наблюдательных комиссий следует называть «общественными инспекторами», а не «общественными контролерами», т.к. этот термин «больше соответствует природе и социальному назначению создаваемого института контроля».² По нашему мнению, это замечание больше технического характера, не меняющее сути деятельности этих лиц. Рассматриваемый законопроект наделяет общественные наблюдательные комиссии обширным кругом полномочий. Основными из них являются: посещение учреждений уголовно-исполнительной системы, проведение бесед с осужденными, обращение в государственные органы с заявлениями по вопросам обеспечения прав лиц, находящихся в местах принудительного содержания, участие в решении вопросов о предоставлении осужденному освобождения от дальнейшего отбытия наказания по основаниям, предусмотренным в законе. Документ только перечисляет полномочия, не раскрывая их содержание и механизм реализации. Отсутствие в документе регламентации процедурных вопросов делает эти нормы мертвыми. Например, участие общественных наблюдательных комиссий в решении вопросов об освобождении осужденных. В чем это участие проявляется? В какой степени учитывается мнение общественного контролера в этом вопросе? На эти вопросы в законопроекте ответа нет. Поэтому мы предлагаем внести следующее дополнение: «Члены общественных наблюдательных комиссий, участвуя в решении вопросов об освобождении осужденных от дальнейшего отбытия наказания, имеют право приобщать к ходатайству, направляемому в суд, собственное заключение о необходимости такого освобождения либо непосредственно выступить в суде по этому вопросу».

Кроме контрольных функций, общественные объединения наделены правом содействовать в работе исправительных учреждений. Такое содействие

¹ СПС КонсультантПлюс: законопроекты.

² Зубарев С. Проект ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности»: за и против // Уголовное право. 2004. № 2. С. 109.

может осуществляться по нескольким направлениям, а именно: улучшение условий содержания и медико-санитарного обеспечения осужденных, участие в организации труда, досуга, обучения этих лиц, обеспечение свободы совести и свободы вероисповедания, укрепление материально-технической базы исправительных учреждений, помощь в мероприятиях по социальной адаптации осужденных. Этот вид деятельности может осуществляться любыми общественными объединениями, имеющими государственную регистрацию, а не только общественными наблюдательными комиссиями.

По результатам проверки общественного контроля принимается итоговый документ. Он направляется в администрацию органа принудительного содержания либо в вышестоящий орган. Законопроект устанавливает 30-дневный срок, в течение которого должны приниматься меры по устранению выявленных нарушений и информированию о них в письменной форме общественную наблюдательную комиссию. Но в положениях анализируемого нами документа не прописана ответственность за невыполнение этого пункта закона. Поэтому мы видим необходимость определения в законопроекте вида ответственности за неисполнение должностным лицом предписаний общественных наблюдательных комиссий. Только при этом условии их влияние на обеспечение прав и законных интересов осужденных будет носить реальный, а не декларативный характер.

Но принятие данного законопроекта не решит всех проблем. Так как его действие будет распространяться только на места принудительного содержания. В системе уголовных наказаний есть такие, которые не связаны с изоляцией от общества. Работа органов и учреждений, их исполняющих, не входит сферу деятельности общественных объединений. Такой подход сужает применение положений ст. 23 УИК РФ. Выходом из этой ситуации может быть разработка и принятие самостоятельного закона об общественном контроле и содействии, но уже в отношении органов и учреждений, исполняющих наказания, не связанные с изоляцией осужденных от общества. Либо возможен вариант, при котором уже существующий законопроект будет дополнен положениями, расширяющими круг деятельности общественных объединений. По нашему мнению, это ускорит процесс формирования правовой основы для общественных объединений в сфере исполнения наказания.

Как мы видим, деятельность общественных объединений в уголовно-исполнительной системе урегулирована не полно. Необходимость принятия ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности» очевидна. Но очевиден и тот факт, что законопроект требует доработки. Законодатель в своей работе над ним должен в полной мере учесть мнения теоретиков и практиков, чья работа связана с проблемами уголовно-исполнительного права.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ ПРИ ФИКСАЦИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЙ ИНФОРМАЦИИ

Чикава И.В. – зав. лабораторией криминалистики

Информация – это сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления.

Информация выступает и в качестве объекта поиска, и в качестве средства познания. В том случае, когда познание осуществляется в режиме процессуального доказывания, основу принятия правовых решений образует доказательственная информация – доказательства.¹

Важнейшая задача при расследовании преступлений в современных условиях – надежное закрепление установленных фактических сведений, предотвращение возможности внесения в них ложных изменений свидетелями, потерпевшими, подозреваемыми, обвиняемыми под влиянием угроз или подкупа. Информация должна быть надлежащим образом зафиксирована для сохранения и возможности последующего воспроизведения и использования.

Поскольку доказательства – суть отражения преступления в окружающей среде, результат их фиксации будет отражением отражения.² В информационном аспекте речь идет о переносе информации с одного объекта (доказательства) на другой – материальное средство фиксации.

Р.С. Белкин определяет фиксацию доказательств как систему действий по запечатлению в установленных законом формах фактических данных, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, а также условий, средств и способов их обнаружения и закрепления.³

В соответствии с уголовно-процессуальным законом, обязательным и основным способом фиксации хода и результатов любого процессуального действия является его протоколирование. Это наиболее простой, общедоступный и распространенный способ фиксации, в основе которого лежит описание как общенаучный метод фиксации.

Что касается фиксации внешнего вида криминалистически значимых объектов и действий, то здесь протоколирование уступает способам, основанным на оптико-фотохимических (фотосъемка) и оптико-электронных (видеосъемка) средств отображений.

При полноте и точности отображения вещественной обстановки места происшествия никакое словесное описание не может сравниться с хорошо выполненными фотоснимками или видеофильмом.

В настоящее время все большее применение в уголовном судопроизводстве находят цифровая фото- и видеоаппаратура, реализующая покадровую видеосъемку изображений на магнитный носитель.

Фотография находит самое широкое применение для фиксации криминалистических объектов, как при производстве следственных действий,

¹ Образцов В.А. «Криминалистика». – М.: Юрист, 1997. С. 90.

² Белкина Р.С. Криминалистика. Учебник. - М.: Норма, 2002. С. 148.

³ Там же. С. 149.

так и при производстве экспертиз.

Видеозапись применяется при производстве следственных действий, особенно когда необходимо запечатлеть сложную и разнообразную обстановку места исследуемого события, а также для фиксации движения самого хода следственного действия.

Видеозапись позволяет одновременно синхронно фиксировать звук и изображение на магнитной ленте и визуально контролировать качество записи, а также не требует лабораторной обработки. Однако она не всегда может быть использована в неблагоприятных условиях и не позволяет осуществить ускоренную съемку.¹

Фотосъемка и видеозапись способствуют точному и правильному усвоению протокольного описания, а также уточнению и восполнению отдельных пробелов протокола.

Перспективным средством фиксации является цифровая фотография. Она имеет значительные преимущества перед обычной фотографией. В отличие от обычной фотографии, где изображение воспринимается светочувствительным слоем фотопленки, в цифровой фотографии роль светоприемника выполняет специальная матрица, с которой изображение затем вводится в компьютер. Учитывая широкую распространенность в настоящее время персональных компьютеров, цифровая фотография имеет большие перспективы.²

При ее применении значительно упрощается процесс фотографической фиксации, поскольку исключается трудоемкий процесс экспонирования и обработки светочувствительных материалов растворами.

Цифровая фотография позволяет визуально контролировать изображения непосредственно на месте ее применения, что гарантирует от возможности потери информации.

Компьютерная обработка изображений расширяет исследовательские возможности криминалистической фотографии. При выявлении слабовидимых и невидимых следов, записей в документах она используется как средство изменения контраста полученного изображения. Для этой цели предложен широкий спектр фильтров из графических редакторов, упрощающих такие трудоемкие исследовательские методы как фотографическое маскирование, фильтрация деталей, спектральная съемка и др.

Цифровая фотография применяется при осмотре места происшествия, предъявлении для опознания, ведении криминалистических учетов и т.д.

Так, например, предъявление для опознания – это следственное действие, в ходе которого опознающий в предусмотренном законом порядке сравнивает запечатлевшийся у него мысленный образ ранее наблюдаемого им лица или объекта с лицами или объектами, представленными следователем.

Согласно уголовно-процессуальному закону, при невозможности предъявления лица опознание может быть проведено по его фотографии, предъявляемой одновременно с другими фотографиями других лиц, внешне

¹ Яблоков Н.М. Криминалистика. - М.: Юрист, 1999. С. 205-206.

² Скорченко П.Т. Криминалистика. Техничко-криминалистическое обеспечение расследования преступлений. - М.: Былина, 1999. С. 180.

сходных с опознаваемым лицом.

В протоколе, где фиксируется проведение данного следственного действия, фотография несет в себе ту информацию, которая должна соответствовать действительности. Эта фотография должна быть получена объективно, то есть без вмешательства человека в процесс ее получения.

Насколько цифровая фотография отвечает объективности и достоверности, позволяет судить анализ физического процесса ее получения.

Как уже было сказано ранее, в современной цифровой камере вместо фотопленки изображение образуется на поверхности полупроводниковой матрицы. В матрице под действием света происходят не фотохимические процессы, а фотоэлектрические, и, соответственно, все дальнейшие процессы образования изображения носят не «химический», а «электрический характер».¹

Матрица состоит из светочувствительных электронных элементов, помещенных в одном полупроводниковом кристалле. При попадании света на такой элемент он вырабатывает электрический сигнал, пропорциональный количеству попавшего света. Затем сигналы с элементов матрицы считываются и преобразуются в цифровую форму цифроаналоговым преобразователем камеры. Эти цифровые данные уже обрабатываются процессором камеры и преобразуются в картинку, которую можно посмотреть, сохранить, переписать на компьютер или распечатать.²

Программ для работы с цифровыми фотоснимками несть числа. Всех их объединяет одно - фотографии в них можно редактировать.

Внешне обычная и цифровая фотография очень похожи, и только специалист иной раз может отличить их друг от друга. Если же в процесс получения цифровой фотографии вмешивается человек, да еще столь активно, как это допускают компьютерные технологии, то результат такой работы больше будет напоминать технический рисунок, нежели фотографии.

Известно, что в криминалистике к использованию художественных снимков для опознания традиционно подходили с осторожностью, так как при этой фотосъемке всегда стремятся приукрасить лицо за счет освещения, ретуши. Считается, что это приводит к уничтожению наиболее ценных индивидуализирующих признаков.³ Кроме того, рисованные и фотокомбинированные портреты являются по своей природе субъективными и традиционно использовались в целях розыска. Таким образом, необходимо проверить достоверность фотоизображения. Если объективность получения фотографии вызывает сомнения, то следует использовать ее лишь для розыска.⁴

Можно сделать вывод о том, что результаты цифровых съемок могут использоваться при предъявлении для опознания лишь в том случае, если их достоверность не вызывает сомнений.

Если же усматривается хотя бы возможность внесения поправок в процесс их получения, то они не могут быть использованы при проведении

¹ «Почему цифровую фотографию называют цифровой?» // Фотомагазин. № 7-8. 2000. С. 38.

² Там же. С. 38-39.

³ Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика. - М.: 2000. С. 662.

⁴ Там же. С. 354.

такого следственного действия как предъявление для опознания.

Какие еще можно дать рекомендации правоприменителю, если в его руках оказались результаты цифровой съемки? Необходимо выделить несколько типичных ситуаций, которым будут соответствовать различные варианты поведения.

Первая ситуация: следователь при осмотре, обыске или выемке в жилище обнаруживает фотографию и знает о том, что она цифровая.

Необходимо процессуально оформить изъятие фотографии, допросить родственников на предмет возможного внесения изменений в изображение и только при условии, что будет установлена ее достоверность, использовать фотографию для опознания.

Вторая ситуация: в ходе обыска или выемки обнаружена не фотография, а лишь цифровая матрица.

Необходимо процессуально оформить изъятие матрицы, которую следует упаковать, опечатать и в порядке отдельного поручения направить начальнику органа дознания, в подчинении которого находится экспертно-криминалистический отдел, с просьбой о получении с нее цифровой фотографии, которую использовать в дальнейшем для опознания.¹

Важно заметить, что представляется возможным помещать в протокол следственного действия изображение фотографируемых объектов, что делает его более документальным и исключает необходимость изготовления фототаблиц. Фотоснимки, сделанные с использованием цифровой фотографии, могут быть записаны на дискету и приобщены к делу. При предъявлении для опознания лиц по фотографии можно использовать базу данных фотокарточек, имеющихся в памяти компьютера.

При осмотре места происшествия применение цифровой фотографии требует ряд правил. А именно, в следственной практике находят применение модели цифровых фотоаппаратов, в которых фотоизображение записывается на одноразовые 8 см mini CD-R-диски. Перед зарядкой диск удостоверяется подписями участников следственного действия, его номер фиксируется. После съемки отснятые кадры просматриваются, их количество и содержание протоколируются. Используемый диск помещается в конверт и прилагается к протоколу.

В дальнейшем диск – носитель информации – используется для изготовления фотоснимков. Поскольку первичная информация на диске не поддается изменению, всегда сохраняется возможность подтверждения подлинности получения снимков (при необходимости назначается фототехническая экспертиза).²

При наличии в криминалистическом оснащении фотопринтера (например, при выезде на место происшествия передвижной криминалистической лаборатории) цифровые фотоснимки могут быть отпечатаны сразу же после съемки.

¹ Зуев С.В. Использование результатов цифровой съемки при предъявлении для опознания // Следователь. № 7. 2003. С. 38.

² Вандер М., Холопов А. Цифровая фиксация аудио- и видеoinформации // Законность. № 8. 2004. С. 38.

В этом случае понятые и другие участники следственного действия имеют возможность наглядно убедиться в адекватности фотоизображения заснятым объектам и удостовериться снимки, которые тут же прилагаются к протоколу. Как показывает практика, хорошие результаты дает применение портативного фотопринтера HP-DESK JET 450 sbi, с помощью которого изготавливаются высококачественные цветные снимки с цифрового носителя в необходимом масштабе как на специальной фотобумаге, так и на обычной бумаге формата А4 с оставлением полей для удостоверительных реквизитов.

В данном случае цифровые снимки используются для составления фототаблиц, которые являются приложением к протоколу следственного действия и лишь в совокупности с ним представляют единое доказательство.

Цифровая фотография облегчает накопление информации при ведении криминалистических учетов, так как фотографическое изображение объектов, запечатленное фотоаппаратом, непосредственно вводится в память ЭВМ.

Цифровая фотография нашла применение и при производстве криминалистических экспертиз. Она упрощает процедуру увеличения или уменьшения изображений объектов при их сравнительном исследовании, что приходится делать при многих идентификационных экспертизах. Компьютерные способы сопоставления, совмещения, наложения и аппликации помогают сформировать убежденность эксперта в правильности своего вывода, и облегчают подготовку иллюстрации к своему заключению. При этом иллюстрации вводятся непосредственно в текст заключения, изображения становятся органической частью заключения.¹

В ситуациях, когда важно зафиксировать динамику действий, эффективно применение цифровой видеозаписи (дача показаний обвиняемым, проведение следственного эксперимента, проверка показаний, осмотра места происшествия и других следственных действий).

Учитывая криминалистическую специфику использования результатов видеозаписи в состязательном процессе (возможность выдвижения версий о монтаже фильма, отдельной записи изображения и звука и т.п.), следует отдать предпочтение видеокамерам с цифровой записью аудио- и видеоинформации на одноразовые 8 см диски формата DVD-R.

Очень важно обеспечить объективную фиксацию показаний обвиняемого, что помогает в дальнейшем опровергать версии защиты о неправильной протокольной записи и способствует установлению в суде фактических обстоятельств преступления.

Для криминалистических целей необходимо отобрать такие методы цифровой записи, которые надежно фиксируют информационные данные и исключают техническую возможность их изменения. В современной технике такие методы реализуются с применением лазерной цифровой записи аудио- и видеоинформации на дисках одноразовой регистрации.

При производстве допросов и очных ставок цифровая аудиозапись может осуществляться с применением компьютера без обычного магнитофона или

¹ Скорченко П.Т. Криминалистика. Техничко-криминалистическое обеспечение расследования преступлений. - М.: Былина, 1999. С. 182.

диктофона. Сейчас распространены портативные компьютеры ROVER BOOK Parther Rt6, для записи фонограммы такой компьютер дополняется внешним CD-R/RW-рекордером, позволяющим фиксировать аудиоинформацию на одноразовые диски. К компьютеру через согласующее устройство подключаются два, а для проведения очной ставки – три микрофона. Перед установкой CD-R-диска в рекордер на бланк диска специальным маркером наносится удостоверительная надпись с датой записи фонограммы, заверенная подписями участников следственного действия. В протоколе указывается имеющийся на диске индивидуальный номер.¹

Максимальная продолжительность записи цифровой фонограммы в зависимости от избранного режима может составлять от 80 минут до нескольких часов. По окончании фонограмма прослушивается, дополняется, записывается подтверждение правильности произведенной аудиофиксации, после чего диск помещают в конверт с удостоверительными реквизитами, который опечатывается и прилагается к протоколу в соответствии с УПК. Внесение в дальнейшем каких-либо изменений в фонограмму на одноразовом CD-R-диске технически невозможно. Фонограмма может прослушиваться многократно и использоваться в процессе доказывания.

В ходе судебного заседания в предусмотренных законом случаях после оглашения показаний подсудимого, свидетеля, потерпевшего соответствующая аудиозапись, зафиксированная на диске, воспроизводится на компьютере или аудиоплеере. Невозможность внесения изменений в аудиозапись на CD-R-диске, при возникновении сомнений, может быть подтверждена специалистом или заключением фоноскопической экспертизы.

Видеозапись на одноразовый 8 см DVD-R-диск, после его удостоверения участниками действия, производится по обычному алгоритму с приложением по завершении съемки диска к протоколу. Следует учитывать, что одноразовая лазерная регистрация технически не позволяет исправлять промахи, ошибки пересъемкой.

По этой причине исправление ошибок (например, неправильное оглашение фамилии понятого и т.п.) производится только путем съемки последующих пояснений, уточнений в реальном режиме времени.

Общая продолжительность видеосъемки стандартного качества на 8 см DVD-R-диске составляет 60 минут, фильм может состоять из нескольких дисков. Видеофильм, заснятый на таком диске, не поддается монтажу и изменениям, что упрощает последующее его использование в процессе доказывания.

В ходе судебного заседания видеофильм на дисковом носителе может демонстрироваться по определению суда после полного или частичного оглашения соответствующих протоколов. В суде воспроизведение цифрового видеофильма с одноразового диска может осуществляться с помощью стандартного «бытового» DVD-проигрывателя или с компьютера, укомплектованного DVD-ROM-проигрывателем, на экране телевизора или на большом экране с помощью видеопроектора.

¹ Вандер М., Холопов А. Цифровая фиксация аудио- и видеoinформации // Законность. № 8. 2004. С. 39.

В уголовном деле видеофильм на дисковом носителе DVD-R, а также одноразовые носители mini CD-R и CD-R могут храниться более 25 лет, на сохранность записанной информации не влияют магнитные и электромагнитные поля. Для решения специальных вопросов, связанных с применением дисковых носителей цифровой видеоинформации по конкретным делам, назначается судебная экспертиза.¹

В настоящее время экспертно-криминалистические подразделения располагают современной компьютерной базой. Широко распространены цифровые комплексы по дактилоскопическим учетам (SONDA-PLUS, RAPILON), автоматизированные информационно-поисковые системы «Оружие», «Пулегильзотека» и многие другие.

Они позволяют повышать эффективность экспертиз, сокращать сроки их производства, расширять возможности раскрытия преступлений. Вместе с тем они разработаны для исследования конкретных объектов (следов рук, пуль, гильз и др.), что обуславливает ввод изображений в память компьютера с определенными пространственными параметрами и при определенных условиях.

Следует, однако, учитывать, что существует ряд проблем при применении цифровых технологий, несмотря на то, что многие следственные подразделения органов внутренних дел перешли на использование цифровых аппаратов.

Сдерживать внедрение цифровой фотографии в следственную и экспертную практику может и высокая ее стоимость, и уязвимость с точки зрения возможной фальсификации изображения. С применением компьютерной технологии легко могут быть изменены отдельные детали на фотоснимке, или полностью заменено изображение, что исключается при обычной фотографии.²

Кроме того, представляется, что законодатель неоправданно отстает от современного уровня развития науки и техники, не регулируя жизненно важные вопросы правоприменения, в том числе и вопрос об использовании результатов цифровой съемки в уголовном судопроизводстве. Так, например, Законы «О милиции», «Об оперативно-розыскной деятельности» разрешают проводить регистрацию, фотографирование лиц, заключенных под стражу, проводить в ходе оперативно-розыскных мероприятий видео- и аудиозапись, кино- и фотосъемку, не наносящие вред окружающей среде и не угрожающие безопасности граждан. Однако в законах указаны не все технические средства фиксации, применяемые при расследовании преступлений. Это цифровая фотография и цифровая видеозапись.

Также существует проблема и в процессуальном оформлении применения цифровых технологий. Как известно, результаты криминалистической фотосъемки и видеозаписи могут быть в полной мере использованы в процессе расследования лишь при надлежащем процессуальном оформлении.

¹ Вандер М., Холопов А. Цифровая фиксация аудио- и видеоинформации // Законность. № 8. 2004. С. 39-40.

² Скорченко П.Т. Криминалистика. Техничко-криминалистическое обеспечение расследования преступлений. - М.: Былина, 1999. С. 183.

Процессуальное оформление результатов цифровой фотосъемки на законодательном уровне не закреплено.

Выпускаемые цифровые камеры в основном предназначены для общесфотографических целей, а спектральный диапазон их чувствительности охватывает лишь видимую часть спектра. Поэтому можно сказать, что цифровая фотография станет «совершенной», если применяемые в ней светоприемники будут иметь расширенный диапазон спектральной чувствительности (200 нм).

Высокая чувствительность современных цифровых камер к белому свету дает преимущества при работе на местах происшествий, особенно в условиях недостаточной освещенности, при макросъемке с большими увеличениями. Но при использовании направленного света, у телекамер комплекса наблюдается снижение качества изображения из-за неравномерности освещения, появления бликов, отсутствующих при съемке на традиционные фотоматериалы. Съемка в таких условиях возможна лишь при дневном рассеянном освещении. Это снижает эффективность фотографирования таких объектов как следы рук на различных предметах, следы орудий взлома, следы на пулях и гильзах, у которых основным средством выявления характерных особенностей являются различные виды направленного освещения.

Для эффективного использования цифровых технологий в следственной и экспертной практике необходимы цифровые комплексы, предназначенные для криминалистической фотографии и позволяющие решать ее задачи: производить съемку с различными увеличениями и в различных спектральных зонах.

ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ОСОБОМ ПОРЯДКЕ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Шамардин А.А. – доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н.

Новый институт российского уголовного судопроизводства - особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением - вызвал весьма положительную реакцию со стороны практических работников суда и прокуратуры, а также адвокатов. И это не случайно. Идея упрощения и ускорения уголовного судопроизводства в рамках свойственной состязательному судопроизводству дифференциации процессуальной формы получает все большее распространение не только в странах англосаксонской правовой семьи, но и в европейских государствах. Необходимость в ускоренных и упрощенных формах уголовного процесса признана и на международном уровне в ряде рекомендаций органов ООН и Совета Европы. Так, Рекомендация № R(87)18 относительно упрощения уголовного правосудия, принятая Комитетом министров Совета Европы 17 сентября 1987 г., указывает, что «задержки в отправлении уголовного

правосудия можно устранить не только благодаря выделению конкретных ресурсов и способам их использования, но и также более четкому установлению приоритетов в проведении уголовной политики, с точки зрения как формы, так и существа, путем:

- применения принципа дискреционного судебного преследования;
- использования следующих мер, когда речь идет о наказании за малозначимые и массовые преступления;
- так называемых суммарных процедур;
- внесудебного урегулирования органами, компетентными в уголовных делах, и другими правоприменяющими органами, в качестве возможной замены уголовному преследованию;
- так называемых упрощенных процедур;
- упрощения обычных судебных процедур¹.

Верно указывает Э.Ф. Куцова, что «Уголовный процесс должен быть *дифференцированным*. Определяется это в том числе и тем, что налогоплательщик (особенно - в условиях роста преступности, отмечаемого практически повсеместно, соответственно, и роста количества уголовных дел) не может обеспечить затраты на производство по *любым* уголовным делам в равных, развернутых процессуальных формах»². Тем не менее, как при имплементации уже существующих видов упрощения судопроизводства в отечественное уголовно-процессуальное право, так и при разработке каких-либо новых вариантов, более адекватных российским условиям, не следует игнорировать того факта, что применение подобных институтов на практике влечет определенные проблемы, что отмечается как в отечественной, так и в зарубежной литературе. В этой связи важно учесть выявленные недостатки с тем, чтобы попытаться избежать подобных проблем в российском уголовном судопроизводстве. Правильно отмечает в этой связи А.В. Смирнов, что «ускоренная процедура не должна превращаться в скоропалительную, а процессуальная экономия не может заслонять задачу вынесения истинно правосудного решения»³.

Прежде, чем непосредственно исследовать проблему обеспечения гарантий прав личности в рамках особого порядка судебного разбирательства, представляется необходимым определить его правовую природу и выяснить, к какому из известных уголовному процессу видов упрощенных производств можно отнести указанный институт.

История и современность уголовного судопроизводства являют нам весьма разнообразные примеры упрощенных и ускоренных производств – отказ от уголовного преследования обвинителем ввиду его нецелесообразности, а также в результате примирения или деятельного раскаяния (дискреционное уголовное преследование); уплата штрафа по соглашению; суммарное

¹ Защита прав человека и борьба с преступностью. Документы Совета Европы. – М., 1998. С. 116.

² Куцова Э.Ф. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и обеспечение прав личности в уголовном процессе // Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 3. Том 3. - М.: Издательская группа «Юрист», 2003. С. 121.

³ Смирнов А.В. Дискурсивно-состязательная модель уголовного процесса // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы международ. науч.-практ. конф. Ч. 2. – Екатеринбург, 2005. С. 276.

производство; протокольная форма; немедленный привод (или непосредственный вызов) в суд; производство в порядке судебного приказа; сделки о признании вины и сделки о согласии с обвинением; примирительные альтернативные процедуры и др.

Наиболее распространенным в литературе мнением является признание особого производства, урегулированного главой 40 УПК РФ¹, разновидностью сделок о признании вины, наибольшее распространение получивших в США. Напомним, что сущность данного института составляет соглашение между представителями обвинения и защиты, в рамках которой обвиняемый признает свою виновность в совершении преступления, а обвинитель изменяет обвинение в сторону смягчения, исключая отдельные его эпизоды и (или) снижая требования относительно наказания. После заключения такого соглашения обвиняемый лишается права на рассмотрение его дела с участием присяжных заседателей, исследование доказательств судом не проводится, а суд, связанный такой сделкой, выносит обвинительный приговор. Эта практика сопровождается такими негативными явлениями как повышение меры наказания в случае отказа обвиняемого от заключения сделки, возможность прокурора во время переговоров о признании вины скрыть от защиты тот факт, что у него не имеется достаточного количества допустимых доказательств, чтобы обосновать обвинение без признания вины. Такая сделка превращается в ловушку для обвиняемого. Более того, обвиняемые, не признающие свою вину, зачастую (в том числе и по совету адвокатов, когда последние не уверены, что выиграют процесс) все же заключают сделку о признании, чтобы избежать более строгого наказания². Сделка о признании вины теряет свое истинное предназначение как быстрого способа прекращения уголовно-правового конфликта и превращается в нечто самодовлеющее, прокурор и даже судья стараются во что бы то ни стало заполучить признание вины, забывая о высокой миссии правосудия, призванного быть гарантом прав личности. Сделка о признании вины предполагает добровольное волеизъявление обвиняемого, однако, на самом деле, в большинстве случаев причиной того, что обвиняемые идут на их заключение, является угроза прокурора о том, что в случае отказа от сделки будет расширен объем обвинения и, соответственно, ужесточена мера наказания.

Среди достоинств упрощенного порядка разрешения дела путем сделки о признании вины указываются: достижение кратчайшим путем смягчения враждебности сторон в конфликтных ситуациях; реализация одной из главных функций суда – социального умиротворения; демонстрация обвиняемым (подсудимым) в своем заявлении готовности и желания признаться в совершении преступления и начать отбывание наказания; экономия ресурсов судов и органов обвинения для использования их по сложным делам; освобождение органов дознания и предварительного следствия от бремени поиска новых улик по бесперспективным преступлениям, а судов – от

¹ Далее – УПК.

² См.: Тейман С. Сделки о признании вины или сокращенные формы судопроизводства: по какому пути пойдет Россия? // Российская юстиция. 1998. № 10. С. 37.

значительного количества дел; концентрация усилий правоохранительных органов на раскрытии тяжких преступлений¹.

В судопроизводстве Италии, Испании и некоторых других европейских государств получили распространение сделки иного характера – не о признании вины, а *о согласии с обвинением*. Их объектом является не сама виновность, а формальное согласие с обвинительным заключением, таким образом, обвиняемый здесь может и не признавать себя виновным. В случае такого согласия предусмотрено определенное ограничение назначаемой меры наказания, при этом в рамках судебного разбирательства не проводится судебного следствия².

Нетрудно заметить, что российский институт судебного разбирательства в особом порядке является неким гибридом между американской сделкой о признании вины и европейской сделкой о согласии с обвинением, хотя, безусловно, ближе ко второму (европейскому) варианту.

Указанные серьезные проблемы применения на практике подобных сделок за рубежом должны быть учтены и российским законодателем при совершенствовании процедуры особого порядка судебного разбирательства, с тем, чтобы он не создавал угрозы ущемления прав и свобод как обвиняемого, так и потерпевшего.

Право обвиняемого согласиться с обвинением и ходатайствовать о проведении судебного разбирательства в упрощенном порядке по своей правовой природе есть ничто иное, как **согласие с уголовным иском** (*re in iudicium dedacta*), что является одним из ключевых элементов материальной диспозитивности. Тем не менее, правовое регулирование данного процессуального феномена невозможно без учета того, что **пределы действия принципа диспозитивности в уголовном процессе могут и должны ограничиваться публично-правовыми требованиями охраны прав личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод**. В этой связи не представляется возможным поддержать мнение А.С. Александрова о том, что признание обвиняемым уголовного иска должно неминуемо влечь за собой постановление обвинительного приговора в объеме предъявленного обвинения, даже если суд убежден в обратном³. Если речь идет о публичном уголовном преследовании, суд обязан проверить, подтверждается ли предъявленное подсудимому обвинение собранными по уголовному делу доказательствами, не является ли данное подсудимым признание вынужденным, например, полученным в результате применения к нему насилия, угроз и других незаконных мер.

Необходимо подчеркнуть, что закон требует именно согласия с обвинением, а не признания вины. С теоретической точки зрения согласие с уголовным иском не идентично признанию вины, таким образом, следует, что обвиняемый, согласившийся с обвинением, может и не признавать своей вины.

¹ Рустамов Х.Ц. Уголовный процесс. Формы. - М., 1998. С. 83.

² Тейман С. Указ. соч. С. 35-37.

³ Александров А.С. Основание и условия для особого порядка принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением // Государство и право. 2003. № 12. С. 46.

Хорошо это или плохо? Дать однозначный ответ на данный вопрос - задача отнюдь не тривиальная. По поводу признания вины и ее доказательственного значения нами ранее была высказана следующая точка зрения. Вина, как известно, представляет собой психологическое состояние лица в момент совершения преступления, его отношение к содеянному в форме умысла и неосторожности и является самым сложным элементом состава преступления - найти грань между различными формами и, тем более, видами вины - задача не из легких даже для квалифицированного юриста. Само по себе формальное признание вины не несет никакой доказательственной информации и ничего не дает в практическом плане, если обвиняемый не будет правдиво излагать обстоятельства совершения деяния, способствовать раскрытию преступления. Поэтому вопрос вины - всегда есть вопрос права, решение которого находится в компетенции суда и органов предварительного расследования, обладающих для этого необходимыми познаниями, но отнюдь не самого обвиняемого. В этой связи смысл вопроса, адресованного обвиняемому, о том, признает ли он свою вину, практически сводится не к выяснению формы или вида вины как таковой, а лишь его отношения к обвинению¹. Именно такая трактовка взята за основу законодателем при конструировании норм главы 40 УПК, что, думается, следует поддержать.

С другой стороны, правоприменительная практика понятия «согласие с обвинением» и «признание вины» рассматривает, по-существу, как идентичные, соответственно, предполагая, что для проведения судебного разбирательства в особом порядке обвиняемый должен полностью признать свою вину. И это вполне объяснимо, т.к. сам Закон, будучи весьма непоследовательным и неточным в терминологии, предполагает, что на допросе обвиняемого должно выясняться не отношение к обвинению, а именно признание или непризнание вины (см. Приложение № 94 к ст. 476 УПК). Такая искаженная трактовка норм гл. 40 приводит к ошибочному выводу о том, что вина в рамках такого вида производства «априори считается доказанной»², что придает признанию вины неоправданно высокую роль в доказывании, ориентирует органы расследования на получение такого признания любой ценой с тем, чтобы в последующем можно было получить практически гарантированный результат в виде обвинительного приговора, даже если других доказательств по делу явно недостаточно для опровержения презумпции невиновности.

Федеральным законом от 4 июля 2003 г. №92-ФЗ в УПК РФ были внесены существенные изменения в части правового регулирования рассматриваемого института. Данные изменения были призваны, в первую очередь, устранить многочисленные пробелы в регулировании процедуры рассмотрения уголовных дел при согласии подсудимого с предъявленным ему обвинением. Так, если в предыдущей редакции Кодекса специальной статьи о

¹ Шамардин А.А. Психологические и нравственные аспекты признания обвиняемым своей вины в уголовном процессе // Использование специальных познаний в области психологии и психиатрии в судопроизводстве. Учебное пособие под ред. А.П. Гуськовой. – Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 1999. С. 51-58.

² Халиков А. Вопросы, возникающие при особом порядке судебного разбирательства // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 64.

порядке судебного заседания попросту не было, а ст. 316 именовалась «Порядок постановления приговора», то теперь ее наименование изменено на «Порядок проведения судебного заседания и постановления приговора», а в ее содержание были внесены нормы, регулирующие основные требования к порядку судебного разбирательства. Кроме того, на правоотношения, складывающиеся в рамках рассмотрения судом уголовных дел в порядке гл. 40 УПК, законодатель распространил действие общих положений о судебном разбирательстве, установленных главами 35, 36, 38 и 39 УПК, разумеется, с изъятиями, предусмотренными ст. 316 УПК (в ранее действовавшей редакции данной статьи была сделана ссылка лишь на гл. 35 УПК). Таким образом, на рассмотрение уголовных дел при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением теперь распространяется действие не только общих условий судебного разбирательства, но и норм о его подготовительной части, прениях, последнем слове подсудимого и постановлении приговора. Это, безусловно, обеспечило более единообразный подход при применении судами данного института на практике. Кроме того, устранению противоречий в толковании судами норм главы 40 УПК способствовало и принятие Пленумом Верховного Суда РФ Постановления от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»¹. Тем не менее, нам представляется, что определенные недостатки в процессуально-правовом регулировании данного института сохранились, кроме того, внесенные в закон изменения также требуют внимательного критического осмысления.

Так, противоречия, содержащиеся в наименовании раздела X («Особый порядок судебного разбирательства»), главы 40 («Особый порядок принятия судебного решения...») и в ч. 1 ст. 314 УПК («обвиняемый вправе ... ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства») выглядят теперь еще более нелепо, т.к. с учетом вышеуказанных изменений и дополнений достаточно очевидно, что судебное разбирательство в порядке гл. 40 должно проводиться, но в сокращенном объеме, т.е. без судебного следствия.

Указанным Федеральным законом от 4 июля 2003 г. была существенно расширена возможность применения судами особого порядка рассмотрения уголовных дел при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением – теперь рассмотрение дела в таком порядке возможно по уголовным делам о преступлениях, наказание за которые, предусмотренное Уголовным кодексом РФ, не превышает 10 лет лишения свободы. С данной новеллой, как представляется, трудно согласиться. Упрощение процедуры рассмотрения судом уголовных дел, на наш взгляд, преследует вполне утилитарную цель – за счет упрощенного и ускоренного производства по делам об очевидных и нетяжких преступлениях сэкономить средства и время для рассмотрения в общем порядке (в т.ч. и с участием присяжных заседателей в установленных законом случаях) уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях, где соблюдение процессуальной формы в полном объеме призвано обеспечить, прежде всего, повышенные процессуальные гарантии участникам процесса,

¹ Российская газета. 2004. 25 марта.

обеспечить всестороннюю и непосредственную проверку судом версии обвинения, допустимости и достоверности представленных сторонами доказательств, с тем, чтобы свести к минимуму возможность осуждения невиновного. Именно из этих позиций исходит уголовно-процессуальное законодательство большинства европейских государств, где различные виды упрощенных и ускоренных производств допускаются по делам о нетяжких преступлениях, в отличие от англосаксонского уголовного процесса, для которого характерно применение сделки о признании вины по любым уголовным делам, независимо от тяжести преступления.

Весьма положительно, что в новой редакции ст. 316 УПК закрепляется необходимость выяснения судьей у подсудимого, понятно ли ему обвинение, согласен ли он с обвинением и поддерживает ли свое ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства, особенно с учетом того, что Закон теперь не предусматривает обязательного проведения предварительного слушания для назначения судебного разбирательства в особом порядке. Что касается последнего аспекта, то де-факто такое «предварительное слушание» на практике проводится, но не в процессуальном порядке, а путем согласования позиций защиты и обвинения, зачастую при участии суда. Например, прокурор предлагает адвокату убедить своего подзащитного согласиться с обвинением и заявить ходатайство о проведении судебного разбирательства в особом порядке взамен на исключение им из обвинения отдельных эпизодов, доказанность которых весьма сомнительна или переквалификацию деяния по закону о менее тяжком преступлении, используя соответствующие полномочия, предоставленные ему п. 1 ч. 2 ст. 221, ч. 2 ст. 226, ч. 5 ст. 236 и ч. 7 ст. 246 УПК. Судья в рамках таких неформальных переговоров также может «гарантировать» защитнику, что в случае согласия его подзащитного с обвинением он назначит ему конкретные вид и меру наказания. Подобные компромиссы имели место и ранее, до вступления в силу нового УПК, теперь же возможности в этой части для практики существенно расширены. И это следует поддержать. Верно отмечает А.С. Александров, что «у органов уголовного преследования впервые появилась возможность не обманывать обвиняемого обещаниями облегчить его участь (как это было у нас заведено), а на законной основе договориться о верхнем пределе обвинения и даже при необходимости фактически предоставить иммунитет от уголовного преследования, вменив, скажем, вместо ст. 105 УК ст. 108 или ст. 109 УК РФ»¹. Несмотря на то, что такие соглашения происходили и происходят не в процессуальной, а в произвольной форме и, строго говоря, не основываются на нормах уголовно-процессуального закона, они, как указывает В.А. Лазарева, «не противоречат его целям и принципам»².

По-прежнему одну из наиболее серьезных проблем представляет вопрос о соответствии особого порядка судебного разбирательства принципу презумпции невиновности, исключений из которого ни Конституция РФ, ни УПК не предусматривают. Если доказательства обвинения непосредственно не

¹ Александров А.С. Указ. соч. С. 48.

² Лазарева В. Легализация сделок о признании вины // Российская юстиция. 1999. № 5.

исследуются и не оцениваются судом, то как в данном случае суд может прийти к выводу о том, что «обвинение обоснованно и подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу»? В данной ситуации открываются возможности для осуждения лица лишь на основании его согласия с обвинением. Вывод о виновности подсудимого делается судом лишь на основании изучения материалов уголовного дела. По существу, законодателем в данном случае во главу угла ставится именно согласие с обвинением, оно фактически выполняет роль «царицы доказательств».

Здесь важно отметить, что у обвиняемого, согласившегося с обвинением и ходатайствующего о проведении ускоренной судебной процедуры, должны быть правовые гарантии против необоснованного осуждения. Однако процессуальной ответственности суда в случае невыполнения им обязанности по установлению обоснованности обвинения и его подтверждения собранными по делу доказательствами в рамках особого порядка судебного разбирательства не предусмотрено, т.к. приговор не может быть обжалован во второй инстанции по основанию, предусмотренному п. 1 ст. 379 УПК (несоответствие выводов суда фактическим обстоятельствам уголовного дела). Фактически данная норма не позволяет отменить приговор в апелляционном и кассационном порядке даже в случае самоговора обвиняемого. «Таким образом, обвинение есть, приговор тоже, а факта преступления – нет. Такое может быть, и суд второй инстанции ничего не может изменить»¹. Очевидно, что данная норма является существенным препятствием для реализации права на судебную защиту, которое, в силу ч. 3 ст. 56 Конституции РФ, не подлежит ограничению.

Норма ч. 6 ст. 316 УПК, позволяющая суду по собственной инициативе, а также в случае возражения прокурора или потерпевшего, вынести постановление о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначении рассмотрения уголовного дела в общем порядке, не решает указанных проблем, т.к. существенно ущемляет интересы подсудимого. В указанном случае никаких преимуществ обвиняемый, добровольно согласившийся с обвинением, не получит, а заявленное признание, разумеется, будет использовано против него. На этот счет Правилом 11 пункта «Е» Федеральных правил уголовного процесса в окружных судах США установлено, что если сделка о признании вины не будет заключена, обвинение не вправе в последующем использовать в процессе заявления, сделанные обвиняемым во время обсуждения возможности заключения сделки. Подобной гарантии для обвиняемого в УПК РФ нет.

Тем не менее, указанные недостатки можно в определенной степени нивелировать.

Во-первых, для этого необходимо предусмотреть в ч. 5 ст. 316 УПК, что «при рассмотрении уголовного дела в порядке, предусмотренном настоящей статьей, суд вправе по ходатайству сторон или по собственной инициативе непосредственно исследовать отдельные доказательства в соответствии с требованиями главы 37 настоящего Кодекса». Соответственно, последнее предложение, содержащееся в ч. 8 ст. 316 УПК, необходимо изложить в

¹ Александров А.С. Указ. соч. С. 51.

следующей редакции: «Анализ доказательств и их оценка судьей в приговоре не отражаются, за исключением доказательств, непосредственно исследованных в судебном заседании в соответствии с ч. 5 настоящей статьи».

Во-вторых, необходимо исключить из УПК ст. 317, ограничивающую возможность обжалования приговоров, постановленных в рамках особого порядка судебного разбирательства, ввиду несоответствия выводов суда фактическим обстоятельствам дела. При этом, как правильно замечает Л.Г. Татьяна, «в том случае, если приговор будет отменен, то применение особого порядка судебного разбирательства должно быть при повторном рассмотрении недопустимо, однако мера наказания должна назначаться в последующем с учетом положений ст. 316 УПК РФ»¹.

При рассмотрении вопроса об обеспечении гарантий прав личности в рамках особого порядка судебного разбирательства важно также рассмотреть, каким образом УПК обеспечивает соблюдение прав и законных интересов потерпевших. В пункте 5 Декларации основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью ООН указано: «В тех случаях, когда это необходимо, следует создать и укрепить судебные и административные механизмы, с тем, чтобы обеспечить жертвам возможность получать компенсацию с помощью официальных или неофициальных процедур, которые носили бы оперативный характер, являлись бы справедливыми, недорогостоящими и доступными».

К положительным моментам в правовом регулировании рассматриваемого института можно отнести необходимость согласия потерпевшего на применение особого порядка судебного разбирательства, которое содержится в ч. 1 ст. 314 УПК. Однако в случае неявки потерпевшего в судебное заседание судья будет лишен возможности выяснить его отношение к заявленному ходатайству, при этом неявка потерпевшего не является в данном случае препятствием для рассмотрения дела. Установление нормативного требования об обязательном участии потерпевшего в судебном разбирательстве, проводимом в особом порядке, не является, по нашему мнению, лучшим выходом, ибо это может привести к бесконечным отложениям судебного заседания ввиду неявки потерпевших, и тогда потеряет всякий смысл сама конструкция упрощенного и ускоренного судопроизводства, урегулированная нормами гл. 40 УПК. В этой связи представляется возможным установление еще в досудебном производстве обязанности органов предварительного расследования фиксировать позицию потерпевшего или его представителя относительно возможности проведения особого порядка судебного разбирательства **в письменном виде** путем написания ими письменного заявления или занесения в протокол соответствующего устного заявления.

Тем не менее, даже полученное согласие потерпевшего само по себе мало что дает с точки зрения реального обеспечения гарантий восстановления его

¹ Татьяна Л.Г. Некоторые вопросы уголовно-процессуального доказывания по уголовным делам, рассматриваемым в особом порядке судебного разбирательства // Вестник Оренбургского государственного университета. 2004. № 3. С. 40.

прав, нарушенных преступлением, хотя одновременно такое производство сулит определенные выгоды подсудимому, ведь речь идет только о снижении возможной меры наказания, но никак не о скорейшем возмещении вреда потерпевшему. На практике возможна ситуация, когда потерпевший на вопрос судьи, согласен ли он с проведением судебного разбирательства в особом порядке, может ответить, что согласен, но лишь при условии возмещения обвиняемым причиненного ему вреда. Как поступать судье в этом случае, закон ответа не дает. В п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. указано на необходимость согласия подсудимого с основаниями и объемом предъявленного гражданского иска как на одно из условий рассмотрения дела в особом порядке. Это, безусловно, выгодное положение для потерпевшего, заявившего такой иск, т.к. в данном случае Закон не предусматривает необходимости доказывания оснований и объема гражданского иска в судебном разбирательстве – согласно ч. 7 ст. 316 УПК, судья выясняет лишь обоснованность обвинения по материалам уголовного дела. Тем не менее, даже в случае удовлетворения гражданского иска, шансы на исполнение приговора в этой части в настоящее время не велики. В этой связи, по нашему мнению, **одним из условий для проведения судебного разбирательства в особом порядке должно быть возмещение (заглаживание) причиненного вреда, если об этом ходатайствует потерпевший.**

С учетом вышеизложенного можно констатировать, что, несмотря на отмеченные недостатки и серьезную критику института особого порядка судебного разбирательства со стороны представителей науки уголовного процесса, существуют обширные возможности для его дальнейшего совершенствования в целях, прежде всего, усиления гарантий прав личности. При условии внесения предложенных наукой изменений в нормы гл. 40 УПК функционирование данного института будет не только «удобным» для практики, но обеспечит реальную защиту прав и законных интересов, как обвиняемых, так и потерпевших в соответствии с назначением и принципами уголовного судопроизводства.

Нам представляется, что в перспективе **необходима более глубокая дифференциация упрощенных форм уголовного судопроизводства**, в том числе проведение предварительного расследования в упрощенной форме по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести (производство в порядке судебного приказа, суммарное производство), а также принятие судебного решения вообще без проведения предварительного расследования по делам об очевидных преступлениях, максимальное наказание за которые не превышает одного года лишения свободы (непосредственный привод (вызов) в суд и вынесение приговора). Потенциально широкие возможности для упрощения производства у мировых судей в настоящее время ограничиваются незначительным кругом дел частного обвинения и отсутствием каких-либо процессуальных упрощений при рассмотрении ими дел публичного и частно-публичного обвинения¹. Кроме того, Закон должен содержать возможности для

¹ Имеется в виду, прежде всего, возможность проведения сокращенного судебного следствия при наличии на то

применения процедур, альтернативных уголовной юстиции, направленных на примирение сторон и устранение последствий совершенного деяния (медиационные соглашения)¹.

НАКАЗАНИЯ ЗА СЛУЖЕБНЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПО УК НЕКОТОРЫХ СТРАН СНГ

Шнитенков А.В. – доцент кафедры уголовного права и криминологии, к.ю.н.

«Изучение зарубежного опыта, по словам М. Анселя, открывает перед юристом новые горизонты, позволяя ему лучше узнать право своей страны, ибо специфические черты этого права особенно отчетливо выявляются в сравнении с другими системами. Сравнение способно вооружить юриста идеями и аргументами, которые нельзя получить даже при очень хорошем знании только собственного права»². Учитывая это, представляет интерес сравнение подходов российского и зарубежного (стран СНГ) законодательства к наказуемости служебных преступлений (гл. 23 и гл. 30 УК РФ).

Уголовный кодекс Республики Казахстан³, так же, как и УК России, воспринял идею дифференциации ответственности за служебные преступления. В санкциях норм главы 8 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» этого УК предусмотрен примерно тот же набор видов и размеров наказаний за такие деяния, что и по УК РФ. Однако срок лишения свободы за злоупотребление полномочиями (ст. 228), злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами (ч. 1 ст. 229), в отличие от российского УК, установлен в размере до двух лет. Вместе с тем за превышение полномочий служащими частных охранных служб, сопровождавшееся применением оружия или специальных средств или повлекшее наступление тяжких последствий, он определен в размере от трех до восьми лет, по ч. 2 ст. 203 УК РФ до семи лет.

Учитывая различную степень общественной опасности злоупотребления должностными полномочиями (ст. 307) и их превышения (ст. 308), последнее преступление в УК РК наказывается более строго. Причем это касается не только лишения свободы, срок которого, например, по ч. 1 ст. 307 установлен в размере до двух лет, а по ч. 1 ст. 308 – до трех лет, но и других предусмотренных видов наказаний. При этом важно отметить, что по общему правилу срок основного или дополнительного наказания в виде лишения права

согласия или ходатайства сторон, включающее допрос подсудимого и потерпевшего, а также исследование иных доказательств, на которые укажут стороны. Данное положение, как известно, ранее содержалось в ст. 475 УПК РСФСР (в редакции Федерального закона от 7 июля 2000 г. № 119-ФЗ).

¹ Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном английском праве // Правоведение. 1998. № 3. С. 103-113; Карнозова Л., Максудов Р., Флямер М. Восстановительное правосудие: идеи и перспективы для России // Российская юстиция. 2000. № 11. С. 42; Смирнов А.В. Указ. соч. С. 281-283.

² Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права / Очерки сравнительного права. - М., 1981. С. 38.

³ Уголовный кодекс Республики Казахстан. - Алматы, 2004 (Далее - УК РК).

занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью такой же, как и в УК РФ. Однако, в соответствии с ч. 2 ст. 41 УК РК, в случае совершения коррупционных преступлений он увеличен до десяти лет для основного и до семи лет для дополнительного наказания. К таким преступлениям, в частности, относятся злоупотребление должностными полномочиями, получение взятки и т.д. В числе видов наказаний за получение взятки, в отличие от ст. 290 УК РФ, присутствует конфискация имущества, причем в ч.ч. 1, 2 и 3 ст. 311 УК РК она является дополнительным необязательным, а в ч. 4 ст. 311 – дополнительным обязательным наказанием. В связи с этим уместно отметить, что в ч.ч. 1, 2 и 3 ст. 290 УК РФ даже до отмены конфискации имущества она не предусматривалась в качестве наказания.

В УК Киргизии также выделяются две главы – 23 «Преступления против интересов службы на негосударственных предприятиях и организациях» и 30 «Должностные преступления»¹. В УК Киргизии за преступное злоупотребление полномочиями лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, предусмотренное основным составом, устанавливаются только два вида наказаний – штраф либо общественные работы. В случае же наступления тяжких последствий, наряду со штрафом и арестом, суд может назначить и лишение свободы на срок до трех лет (по УК РФ – до пяти лет). На мой взгляд, заслуживает внимания удачное построение санкций в норме, устанавливающей ответственность за превышение полномочий служащими детективных служб (ст. 223): по ч. 1 – наказывается лишением свободы на срок от двух до пяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет, по ч. 2 – наказывается лишением свободы на срок от пяти до восьми лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет. Таким образом, нижние и верхние пределы лишения свободы соответствуют одной категории преступления, и, кроме того, верхний предел наказания за простое преступление является нижним его пределом за квалифицированное преступление. Однако данный принцип в УК Киргизии выдерживается не всегда.

Анализ норм рассматриваемого УК, предусматривающих ответственность за должностные преступления, и системы наказаний приводит к выводу о том, что при конструировании соответствующих санкций законодатель использовал четыре вида наказаний: штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, лишение свободы и конфискацию имущества. В ст. 46, посвященной лишению права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, не уточняется, на занятие каких должностей суд может установить запрет.

Конфискация имущества может назначаться, в том числе, и за злоупотребление должностным положением (ст. 304), где, в зависимости от части этой статьи, она является дополнительным обязательным или

¹ Уголовный кодекс Киргизии //Энциклопедия Кыргызского права <<http://www.adviser.kg/>> (последнее посещение 3 апреля 2004 г.).

необязательным наказанием. Определение данного вида наказания также имеет свою специфику. В соответствии с ч. 1 ст. 52 УК Киргизии, «Конфискация имущества состоит в принудительном безвозмездном изъятии в собственность государства имущества осужденного, которое служило или было предназначено для совершения преступления либо получено в результате него, за исключением имущества, подлежащего возврату в порядке, установленном законодательством Кыргызской Республики». Таким образом, она не может быть направлена на любое (не имеющее отношение к преступлению) имущество, принадлежащее виновному.

Злоупотребление должностным положением при отсутствии корыстной или иной личной заинтересованности (ч. 1 ст. 304) влечет лишение свободы на срок от трех до пяти лет, при ее наличии (ч. 2 ст. 304) – от трех до шести лет, а при наступлении тяжких последствий (ч. 4 ст. 304) – от восьми до пятнадцати лет. Вместе с тем, за превышение должностных полномочий (ст. 305) без отягчающих обстоятельств максимум наказания - лишение свободы на срок до четырех лет (как и в ч. 1 ст. 286 УК РФ), а при их наличии – от четырех до восьми лет. Следовательно, законодатель посчитал злоупотребление должностным положением более опасным преступлением. В УК Киргизии дифференцирована ответственность за различные виды получения взятки (взятку-вознаграждение и взятку-подкуп). Важно подчеркнуть, что эти виды, за исключением основного состава взятки-вознаграждения (ч. 1 ст. 310), влекут обязательную конфискацию имущества. Вымогательство же взятки (ст. 313) карается еще строже: по ч. 1 ст. 313 - лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет с конфискацией имущества, при наличии отягчающих обстоятельств (ч. 2 ст. 313, например, неоднократности) - лишением свободы на срок от двенадцати до двадцати лет.

УК Азербайджанской Республики¹ (далее - УК АР) вообще отказался от выделения преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях. Ему известны только преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления. Как и в уголовном законодательстве РФ, злоупотребление должностными полномочиями (ст. 308) и их превышение (ст. 309) по УК АР влекут одинаковую наказуемость. Различие заключается лишь в том, что в ч. 1 ст. 308 лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью – основной вид наказания, а в ч. 1 ст. 309 – дополнительный. В части 1 ст. 46 УК АР законодатель уточняет, что данный вид наказания состоит в запрещении занимать конкретные должности в государственных органах, в органах местного самоуправления либо заниматься конкретной профессиональной или иной деятельностью. По сравнению с УК РФ, более строго наказывается получение взятки (ст. 311): по ч. 1 – лишением свободы на срок от двух до семи лет, а в случае получения ее за незаконные деяния (ч. 2) – лишением свободы на срок от пяти до десяти лет. При особо

¹ Уголовный кодекс Азербайджанской республики / Научное редактирование, предисловие докт. юрид. наук, проф. И.М. Рагимов. Перевод с азербайджанского Б.Э. Аббасова. - С-Пб., 2001.

отягчающих обстоятельствах (ч. 3 ст. 311) в качестве обязательного дополнительного наказания предусматривается конфискация имущества. Последняя определяется как принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства орудий и средств, использованных осужденным при совершении преступления, а также имущества, добытого преступным путем (ч. 1 ст. 51). Вместе с тем в ч. 3 ст. 53 УК АР закрепляется, что не подлежит конфискации имущество, необходимое осужденному или лицам, находящимся на его иждивении, и предусмотренное уголовно-исполнительным законодательством. Следовательно, несмотря на то, что вид конфискуемого имущества и так ограничен, имущество, добытое преступным путем, в указанном выше случае все равно не может изыматься. На мой взгляд, такую привилегию вряд ли можно признать оправданной.

Раздел пятый УК Узбекистана¹ посвящен преступлениям против порядка функционирования органов власти, управления и общественных объединений. В уголовном законодательстве Узбекистана по сравнению с УК РФ строже карается злоупотребление властью или должностными полномочиями (ст. 205) и превышение власти или служебных полномочий (ст. 206). Во-первых, это выражается в большем сроке лишения свободы (до пяти лет за совершение указанных преступлений, предусмотренных в основных составах). Хотя при квалифицирующих признаках все выглядит наоборот. Во-вторых, в возможности применения конфискации имущества. При этом в ч. 1 ст. 53 конфискация имущества определяется так же, как это делалось ранее в ч. 1 ст. 52 УК РФ. Вместе с тем хотя в ч. 3 ст. 53 УК Узбекистана закрепляется, что не подлежат конфискации, например, жилой дом или квартира, данное ограничение не распространяется на наказуемость ей, в частности, таких преступлений как измена государству или посягательства на конституционный строй.

Лишение определенного права может применяться в качестве основного или дополнительного наказаний, что и делается законодателем в статьях о рассматриваемых преступлениях. Оно понимается более широко, чем в УК РФ, поскольку состоит в запрещении занимать те или иные должности на предприятиях, в учреждениях или организациях либо заниматься той или иной деятельностью (ч. 1 ст. 45).

Возможность назначения более мягкого наказания ограничивается случаями, при которых имеются обстоятельства, существенно снижающие степень общественной опасности совершенного преступления. Однако если в УК РФ ими могут признаваться и отдельные смягчающие обстоятельства, то в данном случае к ним могут быть отнесены только обстоятельства, характеризующие в совокупности деяние, личность виновного, степень и форму вины, поведение лица до и после преступления, причины совершения преступления и условия, ему способствующие (ч. 3 ст. 57). Такая формулировка предполагает наличие нескольких смягчающих обстоятельств. Содержатся в УК Узбекистана и положения, препятствующие широкому судебному

¹ Уголовный кодекс Республики Узбекистан (с изменениями и дополнениями на 15 июля 2001 г.). Вступительная статья М.Х. Рустамбаева, А.С. Якубова, З.Х. Гулямова. - С-Пб., 2001.

усмотрению при применении условного осуждения. В соответствии с ч. 7 ст. 72, условное осуждение не может применяться к лицам, осужденным за особо тяжкие преступления, а также к ранее осуждавшимся за умышленные преступления к наказанию в виде лишения свободы, за исключением лиц, не достигших восемнадцатилетнего возраста, инвалидов первой и второй групп, женщин, а также лиц, старше шестидесяти лет.

Получение взятки при особо отягчающих обстоятельствах, как то: в особо крупном размере, ответственным должностным лицом, в интересах организованной группы влечет лишение свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с конфискацией имущества, что является более строгим по сравнению с аналогичной санкцией УК РФ.

Республика Беларусь также относится к числу тех государств, законодатели которых придерживаются позиции одинаковой уголовно-правовой оценки преступлений против интересов государственной службы и против интересов службы в коммерческих и иных организациях. В нем отличается своеобразие построение санкций за преступления против интересов службы¹ (далее - УК РБ). Наказания в виде штрафа и лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в санкциях не конкретизируются. Из общих начал назначения наказания (ч. 1 ст. 62) следует, что в этих случаях необходимо руководствоваться положениями Общей части УК РБ, посвященными соответствующим видам наказаний. Так, в ч. 2 ст. 50 законодатель ограничил размеры штрафа для преступлений, не представляющих большой общественной опасности, в пределах от 50 до 500 минимальных заработных плат, для менее тяжких преступлений – от 300 до 1000 минимальных заработных плат. Если же преступление совершено из корыстных побуждений, минимальные и максимальные пределы увеличиваются в два раза. Такой подход, на мой взгляд, расширяет судебское усмотрение. За тяжкие и особо тяжкие должностные преступления штраф не предусматривается. Для лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью установлен общий срок от одного года до пяти лет, вне зависимости от того, выступает ли оно основным или дополнительным наказанием.

Срок лишения свободы за превышение власти или служебных полномочий (ч. 2 ст. 426) меньше, чем за злоупотребление властью или служебными полномочиями (ч. 2 ст. 424), соответственно до четырех и до трех лет при наличии корыстной или иной личной заинтересованности. В случае совершения последнего преступления должностным лицом, занимающим ответственное положение, либо при осуществлении функций по разгосударствлению или приватизации государственного имущества, либо при наступлении тяжких последствий возможно применение конфискации имущества (ч. 3 ст. 424). При этом, в соответствии с ст. 61 УК РБ, она может быть двух видов: собственно конфискация и специальная конфискация имущества. Первая применяется за тяжкие и особо тяжкие преступления,

¹ Уголовный кодекс Республики Беларусь. Принят Палатой представителей 2 июня 1999 года. Одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года /Обзорная статья А.В. Баркова.- Минск, 2001.

совершенные из корыстных побуждений, и должна быть указана в соответствующих статьях Особенной части. Вторая состоит в безвозмездном изъятии в собственность государства орудий и средств совершения преступления, принадлежащих осужденному; вещей, изъятых из оборота; имущества, приобретенного преступным путем, а также предметов, которые непосредственно связаны с преступлением, если они не подлежат возврату потерпевшему или иному лицу независимо от категории преступления и применяется вне зависимости от категории преступления. Такое решение проблемы представляется небезынтересным и для российского законодателя.

Осуждение с условным неприменением наказания имеет свою специфику (ст. 78). Оно может применяться к лицу, впервые осуждаемому за совершение преступления к лишению свободы на срок до пяти лет или к направлению в дисциплинарную воинскую часть. Кроме того, оно не может быть назначено лицу, осуждаемому за тяжкое или особо тяжкое преступление. Такое ограничение судейского усмотрения заслуживает всяческой поддержки.

В УК Украины общественно опасным деяниям должностных лиц посвящен раздел XVII «Преступления в сфере служебной деятельности»¹. Особенность этих преступлений, в отличие от УК России, заключается в том, что должностным лицом признается субъект, выполняющий соответствующие функции на предприятиях, в учреждениях и организациях независимо от формы собственности (примечание 1 к ст. 364).

Украинский законодатель за преступления в сфере служебной деятельности, кроме дачи и провокации взятки, в качестве обязательного дополнительного наказания предусмотрел лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. В статье 55 УК Украины² не уточняется, о каких должностях и деятельности идет речь, следовательно, суд сам должен определить это в приговоре. Сроки данного основного и дополнительного вида наказания установлены в размере соответственно от двух до пяти и от одного до трех лет (ч. 1 ст. 55). Вообще, за данные преступления, в зависимости от их характеристики, могут назначаться штраф, исправительные работы, арест, ограничение и лишение свободы.

За злоупотребление властью или служебным положением без квалифицирующих признаков (ч. 1 ст. 364) не предусматривается наказание в виде лишения свободы, вместо него в санкции указывается ограничение свободы на срок до трех лет. За превышение власти или должностных полномочий без таких же признаков срок лишения свободы установлен в размере от двух до пяти лет. Тем самым законодатель подчеркнул более высокую степень общественной опасности последнего преступления. Следует отметить, что, на основании ст. 63 УК Украины, общий срок лишения свободы составляет от одного до пятнадцати лет. Возможно, такое решение законодателя обусловлено тем, что в юридической литературе неоднократно

¹ Уголовный кодекс Украины / Научное редактирование и предисловие докт. юрид. наук, проф. В.Я. Тация и докт. юрид. наук, проф. В.В. Сташиса; перевод с украинского В.Ю. Гиленченко. - С-Пб., 2001.

² Уголовный кодекс Украины / Научное редактирование и предисловие докт. юрид. наук, проф. В.Я. Тация и докт. юрид. наук, проф. В.В. Сташиса; перевод с украинского В.Ю. Гиленченко. - С-Пб., 2001.

отмечалась неэффективность краткосрочного лишения свободы. Не наказывается лишением свободы и должностной подлог, не повлекший тяжких последствий (ч. 1 ст. 366).

Получение взятки при отягчающих и особо отягчающих обстоятельствах (ч.ч. 2 и 3 ст. 368) влечет наряду с лишением свободы такие обязательные дополнительные виды наказаний как лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью и конфискацию имущества. В соответствии с ч. 1 ст. 59, конфискация имущества - принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного.

Более мягкое наказание, чем предусмотрено за преступление, может назначаться только при наличии нескольких смягчающих обстоятельств (ч. 1 ст. 69), в отличие от ст. 64 УК РФ.

Условное осуждение именуется в УК Украины освобождением от отбывания наказания с испытанием (ст. 75). Возможность его применения в отношении лишения свободы ограничена теми преступлениями, по которым назначенный срок этого наказания не превышает пяти лет.

Основные выводы по результатам проведенного сравнительного анализа наказуемости преступлений против интересов службы по уголовному законодательству некоторых стран СНГ могут быть сведены к следующему.

Конфискация имущества является одним из востребованных видов наказаний, причем сфера ее применения шире, чем по аналогичным преступлениям УК РФ до момента ее исключения из системы наказаний. Во многих случаях она не просто дополнительное, а обязательное дополнительное наказание. При этом характеристика конфискации имущества различается: от изъятия имущества, принадлежащего осужденному, до изъятия только имущества, имеющего отношение к совершенному преступлению. В связи с этим представляется необоснованным решение российского законодателя об исключении конфискации имущества из числа видов наказаний.

Наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или не конкретизируется (не уточняются должности и виды деятельности), или, наоборот, сущность такого запрета прямо разъясняется в законе.

Наблюдается тенденция к ограничению возможности применения условного осуждения и назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за преступление, за счет введения различных более жестких, чем в УК РФ, законодательных барьеров.

Превышение должностных полномочий, как правило, наказывается строже злоупотребления ими. На мой взгляд, это верная позиция, поскольку учитывается существенное различие общественной опасности таких преступлений. В УК РФ же санкции соответствующих норм писались, словно под копирку.

Наказуемость получения взятки существенно строже. В одних случаях общественная опасность злоупотребления должностными полномочиями и их превышения, исходя из санкций соответствующих норм, уравнивается, в

других повышается то в отношении первого, то в отношении второго преступления.

ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ВСТУПЛЕНИЯ ПРОКУРОРА В ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ЧАСТНОГО ОБВИНЕНИЯ

*Ягофаров Ф.М. – ст. преподаватель кафедры уголовно-процессуального права
и криминалистики, к.ю.н.*

Несмотря на то, что уголовный процесс имеет ярко выраженный публичный характер, частные интересы также находят в нем свое выражение. Это проявляется, например, в особенностях производства по делам частного обвинения. Специфика дел частного обвинения заключается в том, что только потерпевший вправе подачей заявления инициировать возбуждение уголовного дела, равно как примирение потерпевшего с обвиняемым влечет прекращение производства по уголовному делу.

Связывается данное положение, главным образом, с тем, что преступления, расследуемые в порядке частного обвинения, в минимальной степени затрагивают интересы общества и государства, в то время как интересы частных лиц являются затронутыми самым непосредственным образом. Отчасти из-за нецелесообразности расследовать дела, не представляющие особой общественной опасности, отчасти из-за невозможности установить факт нарушения прав личности без соответствующего заявления, исходящего от пострадавшего, государство перекладывает и право, и обязанность доказывания виновности обвиняемого на плечи частных лиц.

Но перекладывая обязанность по доказыванию факта совершения преступления и виновности конкретного лица, государство в лице органов уголовного преследования не устраняется абсолютно из данных правоотношений. Ограничивая свое участие, государство тем не менее оставляет за собой право вмешиваться в отношения, возникающие между частными лицами, в том случае, если посчитает, что интересы «слабого» не могут быть последним самостоятельно защищены.

История и современность российского уголовно-процессуального законодательства знает несколько поводов для возбуждения дела частного обвинения прокурором и, соответственно, для преобразования дел частного обвинения в дела публичного обвинения.

Так, например, УПК РСФСР в ч. 3 ст. 27 предусматривал следующие основания для возбуждения уголовного дела частного обвинения прокурором:

- дело имеет особое общественное значение;
- беспомощность потерпевшего;
- зависимость потерпевшего от обвиняемого;
- иные причины, не позволяющие потерпевшему самостоятельно защищать свои права и законные интересы.

Статья 10 УПК РСФСР 1922 года в качестве основания для вступления

прокурора в дело указывала только на признанную прокурором необходимость защитить публичные интересы.

Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств – участников СНГ в ст. 33 предусматривает три основания для вступления прокурора в дело частного обвинения:

- 1) деяние затрагивает существенные интересы государства или общества;
- 2) деяние затрагивает интересы лица, находящегося в беспомощном или зависимом состоянии;
- 3) иные причины, не позволяющие потерпевшему самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами.

Наиболее критикуемым в научной литературе является право прокурора возбудить уголовное дело частного обвинения в связи с его особой общественной значимостью. Если исходить из понятия преступления, даваемого в ст. 14 УК РФ, как виновно совершенного общественно опасного деяния, запрещенного Уголовным кодексом под угрозой наказания, то можно сделать вывод, что любое преступление представляет общественную опасность, а соответственно, и общественную значимость. Общественная опасность – это критерий, с помощью которого дифференцируются деликты на преступления, административные правонарушения, гражданские деликты и дисциплинарные проступки.¹ Из всех перечисленных деликтов преступлению свойственна наибольшая общественная опасность, и общество придает раскрытию преступления наибольшее значение. Если исходить из подобной конструкции, то отнесение деликта к категории преступлений изначально свидетельствует о его особой общественной опасности и общественной значимости, а значит, прокурор вправе возбудить любое уголовное дело частного обвинения, сославшись только на то, что деяние, совершенное лицом, запрещено уголовным законом. Естественно, что подобное «обоснование» вполне соответствовало духу советского законодательства.

С принятием УПК права прокурора по возбуждению дел частного обвинения были существенно урезаны. Теперь, в соответствии с ч. 4 ст. 20 и ч. 3 ст. 318 УПК, прокурор вправе возбудить дело частного обвинения только, если:

- 1) преступление совершено в отношении лица, находящегося в «зависимом состоянии»²;
- 2) потерпевший находится в беспомощном состоянии;
- 3) потерпевший по иным причинам не может воспользоваться принадлежащими ему правами.

Как видим, наиболее критикуемое положение законодателем было исключено, с чем нельзя не согласиться. Действительно, если проследить зависимость потерпевшего от обвиняемого или его беспомощность, руководствуясь объективными критериями, еще можно, то установление

¹ Комментарий к УК РФ под общей редакцией Ю.И. Скуратова и В.М. Лебедева. Издание 2-е, измененное и дополненное. – М., 1998. С. 19.

² При этом зависимость потерпевшего должна проявляться не от любого лица, а только от обвиняемого. Именно так данный вопрос понимался ч. 3 ст. 27 УПК РСФСР, но современный законодатель почему-то решил это не уточнять.

особой общественной значимости полностью зависит от усмотрения прокурора.

Правоприменительная практика последних лет выработала правило, согласно которому прокурор должен был доказать обоснованность своего вступления в уголовное дело частного обвинения. Так, например, судебная коллегия Верховного Суда РФ в своем определении от 26 октября 1996 года указала на следующее: «Ссылка суда второй инстанции в кассационном определении на то, что прокурор в судебном заседании поддержал обвинение по ч. 2 ст. 112 УК РСФСР в отношении Мельникова, не может быть принята во внимание, так как, согласно ч. 4 ст. 27 УПК РСФСР, прокурор вправе в любой момент вступить в возбужденное судьей по жалобе потерпевшего дело о преступлениях, предусмотренных ст. 112 УК РСФСР, и поддерживать обвинение в суде только в том случае, если этого требует охрана государственных или общественных интересов или прав граждан».¹ Прокурор, поддерживающий по данному делу обвинение, не обосновал ни особую общественную значимость, ни неспособность потерпевшего самостоятельно отстаивать нарушенные права, а потому суд первой инстанции не может выносить обвинительный приговор.

Аналогичной позиции придерживался президиум Оренбургского областного суда РФ. В своем постановлении от 12 мая 1997 года сослался на следующие обстоятельства: «Как видно из постановления о возбуждении дела, прокуратура пришла к выводу о невозможности защиты потерпевшей самостоятельно своих прав и интересов. Однако в постановлении прокурор обязан был обосновать такой вывод, что по данному делу сделано не было». Необоснование прокурором своего вступления в дело частного обвинения Оренбургским областным судом было расценено как существенное нарушение закона, поскольку в этом случае уголовное дело возбуждено безосновательно.

Как нам представляется, производство по делам частного обвинения и сами преступления, отнесенные к перечню дел частного обвинения, затрагивают по большей части лишь интерес отдельных лиц. Интерес публичный затрагивается в минимальной степени. Только лицо, которое реально подверглось противоправному воздействию, может с абсолютной точностью сказать, был ли ему причинен вред или нет. «Все проступки не представляют особого вреда для общества, а в то же время только потерпевшие от них могут знать, в какой степени виновато совершившее проступок лицо».² Также как право заявления о причинении вреда принадлежит исключительно пострадавшему, также на пострадавшего должна быть возложена обязанность по доказыванию обоснованности своего заявления. Это есть область частных интересов, вторгаться в которую государство не вправе даже с целью принудительной защиты интересов личности. Если индивид возражает против принудительной защиты его интересов государством, то государство, на наш взгляд, не вправе вмешиваться уже по той причине, что личность определяет эту область отношений как частную. Не государство определяет объем

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. № 11. 1996.

² Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. С изложением рассуждений, на коих они основаны. Изд-е 2-е, дополн. 1867. С. 129-130.

вмешательства в дела личности, а личность определяет объем участия государства в своих делах. К сожалению, в сфере уголовного судопроизводства, даже при производстве по делам частного обвинения данное правило не получило своего развития.

Кроме того, если государство самостоятельно определило какую-то область отношений как частную, то оно должно доказать обоснованность своего вмешательства в данные правоотношения. Указанное правило распространяется и на участие прокурора в делах частного обвинения, т.е. прокурор, возбуждая дело частного обвинения, должен доказать обоснованность своего участия. Законодатель, по-нашему мнению, должен устанавливать только два случая, когда прокурор вправе вмешиваться в отношения между причинителем вреда и пострадавшим. К ним относятся зависимость потерпевшего от обвиняемого и беспомощность потерпевшего, что и должен, прежде всего, доказать прокурор для вступления в дело частного обвинения.

Более того, существует положение, согласно которому любое требование обязательно для рассмотрения только в том случае, если заявлено правомочным субъектом. По общему правилу дела частного обвинения возбуждаются только лицом, пострадавшим от противоправного деяния. Если прокурор желает возбудить производство по делу, входящему в указанную категорию, он прежде всего должен доказать факт наличия у него правомочий на совершение данного действия, т.е. доказать зависимость потерпевшего от обвиняемого или доказать беспомощность потерпевшего. Если прокурор не доказал наличие этих обстоятельств, значит, он не доказал свою правомочность возбуждать данное дело. Как нам представляется, суд не вправе приступать к рассмотрению дела частного обвинения по существу до тех пор, пока прокурором не будет доказана обоснованность своего вступления в процесс.¹

Представляется не совсем правильным мнение В.В. Дорошкова и Н.А. Патова, которые считают, что «...несмотря на возбуждение уголовных дел частного обвинения прокурорами, следователями или дознавателями с согласия прокурора из-за неспособности потерпевших защищать свои права и законные интересы, мировые судьи вправе не согласиться с выводами должностных лиц о наличии указанных обстоятельств и прекратить такое дело за примирением сторон (курсив наш – Ф.Я.) или в связи с отсутствием заявления потерпевшего».² Если исходить из подобной конструкции, то получится, что если прокурор не обосновал правомерность своего участия в деле частного обвинения, то дело может быть прекращено за примирением сторон. Однако, по нашему мнению, в случае несогласия суда с выводами прокурора о наличии обстоятельств, позволяющих последнему вступить в процесс, он вправе прекратить дело, обосновывая это только отсутствием заявления потерпевшего, но никак не желанием частных лиц примириться. Суд не может, указав на

¹ Также см. Щербаков А. Ограничить право прокурора возбуждать дела частного обвинения / <http://www.jurqa.hut.ru/all.docs/u/a/mse1ve49.html>

² Дорошков В.В., Патов Н.А. Особенности уголовного судопроизводства у мирового судьи // Российский судья. 2002. № 4. С. 19.

необоснованность возбуждения прокурором уголовного дела частного обвинения, прекратить дело за примирением сторон. Если дело было возбуждено прокурором, не доказавшим впоследствии обоснованность подобного действия, то суд прекращает уголовное дело в связи с существенным нарушением уголовно-процессуального законодательства при возбуждении дела. Именно такую ошибку, по нашему мнению, допустил президиум Оренбургского областного суда при вынесении уже упомянутого нами постановления от 12 мая 1997 г., указав в мотивировочной части на возбуждение уголовного дела с существенным нарушением закона и прекратив уголовное дело почему-то в связи с примирением сторон. Если в ходе уголовного судопроизводства было допущено существенное нарушение уголовно-процессуального законодательства, то это должно влечь за собой признание результатов данного процессуального действия не имеющими юридической силы. Значит, если суд признал уголовное дело возбужденным с существенным нарушением закона, он и прекратить его должен по этим же основаниям.

Некоторые проблемы теоретического и практического характера вызывает указание законодателя в ч. 4 ст. 20 УПК на иные причины для возбуждения прокурором дела частного обвинения. Связываются эти основания с неспособностью потерпевшего самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами. Надо сказать, что это положение не является новым, оно было предусмотрено и в ч. 3 ст. 27 УПК РСФСР, и в п. 2 ч. 1 ст. 33 Модельного УПК. Аналогичное правило содержится и в ч. 5 ст. 26 УПК Республики Беларусь.

Размывчатость формулировки о «иных причинах» позволяет «подогнать» под этот пункт практически любое обстоятельство вплоть до отсутствия у пострадавшего материальных возможностей для представления своих интересов в суде. «Указание в законе «иных причин», побуждающих прокурора возбудить уголовное дело, делает его компетенцию безбрежно-неопределенной».¹ Например, как быть прокурору в ситуации, когда к нему с заявлением приходит гражданин и просит возбудить уголовное дело частного обвинения постольку, поскольку финансовыми возможностями для самостоятельного участия в уголовном процессе он не обладает. Каким положением должен воспользоваться прокурор: возбудить уголовное дело в соответствии с ч. 4 ст. 20 УПК или передать сообщение в суд в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 145 этого же Кодекса? Данные нормы имеют одинаковую юридическую силу, и применение той или другой нормы полностью зависит от усмотрения прокурора. С одной стороны, если прокурор направит заявление в суд, это даст основания считать права пострадавшего еще более ущемленными. С другой стороны, участие прокурора в деле частного обвинения на стороне потерпевшего автоматически ставит обвиняемого в подчиненное от потерпевшего положение, поскольку за спиной потерпевшего вдруг оказывается грозная государственная машина, противостоять которой

¹ Петрухин И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе / <http://jurqa.hut.ru/all.docs/u/a/rw4nzss1.html>

обвиняемый не рассчитывал. В итоге, частный интерес опять оказывается ущемленным, но теперь уже в роли обиженного выступает обвиняемый.

Если законодатель определился с кругом общественных отношений, являющихся по своей природе частными, то, на наш взгляд, он должен четко определиться с основаниями для вторжения органов власти в частные отношения. При этом, как нам представляется, указанные основания должны трактоваться однозначно. Оставление в тексте закона формулировок, допускающих многозначительные толкования по этому вопросу, с нашей точки зрения, абсолютно недопустимо. «Формулировки, допускающие вступление прокурора в дело, настолько расплывчаты, ... что практически прокурор может вступить в любое дело частного обвинения без согласия потерпевшего, что вряд ли приемлемо».¹

Уголовно-процессуальное законодательство советского периода, наделяя прокурора правом возбуждения дел частного обвинения, одновременно предусматривало невозможность прекращения производства по данным делам в зависимости от волеизъявления частных лиц. Пункты 3 и 4 ст. 27 УПК РСФСР гласили, что прекращение уголовного дела частного обвинения за примирением потерпевшего и обвиняемого не допускается, если это дело было возбуждено прокурором.

В связи с вступлением прокурора в дело частного обвинения оно трансформировалось в дело публичного обвинения, с вытекающими отсюда последствиями в виде полного игнорирования прав потерпевшего по распоряжению обвинением. «Суд не вправе ... изменить сам характер дела и применить к нему правила производства, установленные для дел частного обвинения, если оно волею прокурора стало публично-правовым».² Обосновывалось данное положение всегда одинаково: государство обязано защищать каждого человека, права которого были нарушены преступлением, а поскольку нарушение прав отдельной личности затрагивает интересы всего общества, то обществу в лице органов государственной власти «лучше видно», когда нарушение интересов общества будет устранено. «Частные лица, даже и задетые преступлением, всегда будут склонны подчинять обвинение своим личным интересам и очень часто готовы пойти на мир там, где общественный интерес этого не допускает. Частный обвинитель склонен также неосновательно возбуждать жалобы».³ Эта концепция, сформированная в середине XIX в., была положена в основу регламентации вопросов распоряжения обвинением в период существования Советского Союза. Отдельные рудиментарные образования этой концепции сохранились и в современном УПК.

Справедливости ради следует заметить, что подобным образом был решен вопрос о невозможности прекращения уголовного судопроизводства в связи с примирением сторон не только в советском законодательстве.

¹ Петрухин И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе / <http://jurqa.hut.ru/all.docs/u/a/rw4nzss1.html>

² Савицкий В.М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. - М., 1975. С. 83.

³ Кистяковский А. О значении судебной реформы в деле улучшения уголовного правосудия. - Киев, 1870. С. 37.

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь в ч.ч. 5 и 6 ст. 26 предусматривает, что прекращение уголовного дела частного обвинения в случае его возбуждения прокурором за примирением сторон не допускается.

Если УПК РСФСР и УПК РБ абсолютно не допускают прекращение производства по уголовному делу частного обвинения за примирением сторон в случае, если данное дело возбуждено прокурором, то Модельный УПК высказывается в отношении данного вопроса не столь категорично. Согласно ч. 1 ст. 37 Модельного УПК: «Если прокурор по собственной инициативе возбудил производство по делу об уголовном проступке, начал и осуществляет по этому делу уголовное преследование, то соответствующее производство может быть прекращено ввиду примирения потерпевшего с подозреваемым или обвиняемым и отказа частного обвинителя от обвинения только с согласия прокурора». Таким образом, если прекращение производства по уголовному делу частного обвинения, в котором участвует прокурор, за примирением сторон по УПК РСФСР и УПК РБ невозможно в принципе, то Модельный УПК оставляет участникам уголовного судопроизводства такую возможность, правда, обставляя ее при этом условиями, кажущимися нереальными. Действительно, кажется нелепым то обстоятельство, что частные лица должны испрашивать разрешения на примирение у должностного лица, чье существование и чья деятельность является причиной невозможности заключения мирового соглашения. Если кто-то и должен давать согласие на заключение мирового соглашения, то этим органом должен быть суд.¹

УПК РФ вопросы прекращения уголовных дел частного обвинения, возбужденных прокурором, решает неоднозначно. С одной стороны, согласно ч. 4 ст. 318 УПК РФ, вступление в уголовное дело частного обвинения прокурора не лишает частных лиц возможности примирения. С другой стороны, положения ч. 3 ст. 21 УПК РФ закрепляют за прокурором право осуществлять уголовное преследование по делам частного обвинения независимо от волеизъявления потерпевшего. Какая норма должна иметь приоритетное значение: предусматривающая возможность примирения ч. 4 ст. 318 УПК РФ, или лишающая частных лиц такой возможности ч. 3 ст. 21 УПК РФ? Оставив в стороне вопрос о появлении такого противоречия, скажем лишь, что, по нашему мнению, действовать должна норма специальная, а именно ч. 4 ст. 318 УПК РФ. Получается, что прокурор вправе возбудить уголовное дело частного обвинения даже вопреки желанию потерпевшего, однако на решение вопроса о примирении прокурор влиять не в состоянии, поскольку УПК РФ не содержит указаний на особые условия, при наличии которых уголовное дело частного обвинения, возбужденное прокурором, не может быть прекращено за примирением сторон. Поэтому, следуя буквальному толкованию норм УПК РФ, можно сделать вывод, что прекращение дел частного обвинения за примирением сторон возможно даже в том случае, когда и суд, и прокурор полностью уверены в наличии зависимого положения или беспомощного состояния потерпевшего. По крайней мере, УПК не содержит каких-либо

¹ Также см. Шамардин А.А. Примирение и отказ от обвинения должны утверждаться судом // Российская юстиция. 2001. № 2. С. 60-61.

специальных оговорок, препятствующих заключению мирового соглашения в подобном случае. Законодатель, предусмотрев в УПК за частными лицами абсолютную свободу распоряжения обвинением, демонстрирует переход из одной крайности в другую: от полного игнорирования прав частного обвинителя при вступлении в дело прокурора до полного обесмысливания участия прокурора в делах частного обвинения. Как нам представляется, подход к рассмотрению данного вопроса должен быть взвешенным и обдуманым с тем, чтобы учесть максимальное количество возможных ситуаций. Нельзя все жизненные ситуации разрешать столь категоричным образом, как это делал советский законодатель, а ныне - законодатель российский. При разрешении данных вопросов приоритет, несомненно, должен отдаваться интересам личности. Но каким образом этот приоритет должен быть выражен в законодательстве?

Наверное, нельзя однозначно утверждать, что вступление прокурора в дело частного обвинения должно быть поставлено в зависимость от согласия дееспособного потерпевшего.¹ Потерпевший может быть полностью дееспособным, однако вследствие оказания на него давления он может и не дать согласия на возбуждение дела прокурором. В данном случае восстановление прав пострадавшего представляется практически нереальным. Вступление прокурора в дело частного обвинения может происходить в том случае, если он обоснует наличие обстоятельств, перечисленных в ст. 20 и 318 УПК. Но к решению вопроса о прекращении данных дел за примирением сторон нужно подходить дифференцированно.

Конечно, в том случае, если прокурор против прекращения дел частного обвинения не возражает, то дело за примирением сторон должно прекращаться в обязательном порядке. Однако как быть в том случае, если прокурор возражает против прекращения уголовного дела частного обвинения?

Возможность и процедура прекращения дел частного обвинения, возбужденных прокурором, на наш взгляд, должна находиться в прямой зависимости от того, возбуждал ли прокурор дело по собственной инициативе или по просьбе потерпевшего.

Рассмотрим сначала случаи возбуждения прокурором дел частного обвинения по собственной инициативе.

1. Если потерпевшим является лицо, страдающее психическими расстройствами, то, как нам представляется, при возражении прокурора дело за примирением сторон прекращению не подлежит. Лица, страдающие психическими расстройствами, часто не в состоянии адекватно воспринимать объективную действительность, и поступившее от них заявление о примирении с обвиняемым не может рассматриваться в качестве основания для прекращения уголовного дела: во-первых, под сомнение ставится возможность оценки данными лицами размера причиненного вреда; во-вторых, под сомнением находится осознание данным лицом значения мирового соглашения. Тот же факт, что в уголовном деле участвуют законные представители

¹ Петрухин И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе / <http://jurqa.hut.ru/all.docs/u/a/rw4nzss1.html>

вышеуказанных лиц, не означает, что законные представители вправе самостоятельно решать вопрос о примирении. Часть 2 ст. 45 УПК предусматривает, что законные представители потерпевших привлекаются к обязательному участию в деле в случае, если потерпевший является несовершеннолетним или по своему физическому или психическому состоянию лишен возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы. Как видим, основания привлечения к участию в деле законного представителя потерпевшего, в принципе, идентичны основаниям вступления прокурора в дело частного обвинения. Значит, прокурор вступает в дело не для охраны интересов всего общества, а для охраны интересов конкретной личности.¹ Для охраны интересов той же личности в деле присутствуют законные представители. Таким образом, интересы потерпевшего, страдающего психическими расстройствами, могут защищать одновременно и прокурор, и частные лица. Наверное, если одно из лиц, целью деятельности которых в уголовном процессе является охрана прав и законных интересов потерпевшего, возражает против заключения мирового соглашения, оно состояться не может. Поэтому прекращение подобных дел за примирением допускается только в том случае, когда и законные представители, и прокурор сошлись во мнении, что права и законные интересы потерпевшего мировым соглашением нарушены не будут.

2. Также, по нашему мнению, в случае обоснованных возражений со стороны прокурора не может быть прекращено за примирением сторон дело частного обвинения, потерпевшим по которому является лицо, зависимое от обвиняемого. Если в случае с лицом, страдающим психическим расстройством, под сомнение ставится возможность адекватного восприятия потерпевшим объективной действительности, то в случае с зависимым от обвиняемого лицом под сомнение должно ставиться соответствие факта заключения мирового соглашения и его условий реальному положению вещей. При участии в деле частного обвинения, потерпевшим по которому является лицо, страдающее психическим расстройством, прокурор, по сути, прямо влияет на возможность или невозможность заключения мирового соглашения. Но при участии в деле частного обвинения, потерпевшим по которому является лицо, зависящее от обвиняемого, мнение прокурора о невозможности заключения мирового соглашения имеет для суда рекомендательный характер. Если прокурор смог обосновать перед судом фиктивность, притворность или недействительность мирового соглашения, то дело за примирением сторон прекращению не подлежит.

Теперь перейдем к случаям, когда прокурор возбуждает дело частного обвинения по заявлению потерпевшего или его представителей. Часто бывают случаи, когда потерпевшие пытаются использовать прокуратуру в качестве дополнительного рычага воздействия на лиц, совершивших противоправные деяния. Возбуждение прокурором дела частного обвинения по поступившему в прокуратуру заявлению потерпевшего автоматически предоставляет потерпевшему многократный перевес реальных возможностей по доказыванию

¹ См. также Дорошков В.В., Патов Н.А. Указ. соч. С. 20.

обвинения в сравнении с возможностями стороны защиты. Этим преимуществом и желают воспользоваться многие потерпевшие, стремящиеся не к привлечению обвиняемого к ответственности и не к возмещению *реально* причиненного вреда, а к получению от обвиняемого как можно большей денежной суммы в обмен на прекращение уголовного дела. Естественно, в большинстве случаев подобные «потерпевшие» самостоятельно доказать факт причинения вреда не могут. Мало того, и при помощи органов государственной власти доказать обоснованность требований представляется весьма проблематичным. Однако большую часть населения пугает уже сам факт возбуждения прокуратурой уголовного дела, особенно если вспомнить недалекое прошлое, когда возбуждение уголовного дела ассоциировалось у граждан с обязательным вынесением впоследствии обвинительного приговора и назначением наказания в виде лишения свободы. «Состояние судимости, сопровождаясь общественным позором, само по себе в высшей степени тягостно, даже если судимость окончится оправдательным приговором».¹ Пользуясь этим обстоятельством, потерпевшие получают практически неограниченные возможности по шантажу обвиняемых, и прокуратура становится невольным соучастником, причем часто даже не подозревая об этом. Такое положение вещей допустимым быть не может, а потому мы считаем необходимым ограничить в некоторой степени «произвол» частных лиц путем предоставления прокурору в подобных ситуациях права блокирующего голоса.

Представляется, что если прокурор возбуждает уголовное дело частного обвинения в связи с заявлением потерпевшего (т.е. по просьбе потерпевшего), находящегося в беспомощном состоянии или зависимом от обвиняемого положении, то такое дело за примирением сторон без согласия прокурора прекращению подлежать не должно, о чем заявителю перед принятием заявления должно быть сообщено. В такой ситуации у потерпевших не будет возможности шантажировать обвиняемых, ведь проведенное по делу предварительное расследование выявит, насколько обоснованы были требования потерпевшего, а суд впоследствии вынесет приговор, отвечающий реальности. И если эта «реальность» оказывается в пользу обвиняемого, то требования потерпевшего просто не удовлетворяются, и на него возлагается обязанность возместить хотя бы часть судебных издержек.²

Естественно, в случае несогласия потерпевшего с отсутствием возможности прекратить дело за примирением он вправе забрать поданное заявление и обратиться с ним к мировому судье для рассмотрения дела в общем порядке.

Таким образом, можно подвести некоторые итоги, которые могут быть использованы при совершенствовании уголовно-процессуального законодательства.

Прокурор вправе возбудить любое дело частного обвинения, если

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. - С-Пб: Альфа, 1996. Т. II. С. 403.

² См. также 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. 52.

докажет, что потерпевший находится в беспомощном или зависимом от обвиняемого положении.

Прекращение уголовного дела за примирением сторон, по нашему мнению, допускаться не должно, если к прокурору с заявлением о возбуждении уголовного дела частного обвинения обратился потерпевший, которому было соответствующим образом разъяснено о невозможности впоследствии прекратить уголовное дело за примирением сторон.

Если потерпевший страдает психическими расстройствами, то прекращение за примирением сторон уголовного дела, возбужденного прокурором самостоятельно, возможно только в случае, если прокурор против этого не возражает. Данное дело остается публичным до тех пор, пока в процессе участвует прокурор, и у суда нет права не соглашаться с прокурором о публичном характере дела и преобразовывать его в дело частного обвинения.

Если потерпевший находится в зависимом от обвиняемого положении, то прекращение за примирением сторон уголовного дела, возбужденного прокурором самостоятельно, допускается и при возражении прокурора, если суд с доводами прокурора не согласится и признает факт заключения мирового соглашения имеющим место.

Частные лица имеют возможность прекратить уголовное дело частного обвинения, возбужденное прокурором, доказывая одно из следующих обстоятельств: 1) необоснованность возбуждения прокурором уголовного дела частного обвинения; 2) необоснованность возражений прокурора против заключения мирового соглашения. Придя к выводу о доказанности первого обстоятельства, суд прекращает уголовное дело в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК за отсутствием заявления потерпевшего. Придя к выводу о доказанности второго обстоятельства, прекращает уголовное дело в связи с примирением сторон.

Раздел четвертый

Вопросы земельной реформы и экологического законодательства

ВОЗНИКНОВЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ТЕОРИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОЙ КООПЕРАЦИИ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН И РОССИИ

Лопина И.М. – ст. преподаватель кафедры аграрного и экологического права, К.Ю.Н.

Кооперация как наиболее демократическая форма коллективного ведения хозяйства, основанная на совместном труде, общественной собственности на средства производства, равноправии участия ее членов в хозяйственной деятельности получила распространение задолго до возникновения кооперативного движения.

Точкой отсчета истории развития кооперативных организаций в Европе в их юридической форме классического типа является середина 19 века. Именно в тот период времени были сформированы принципы кооперации, определившие сущность кооперативных организаций как хозяйствующих субъектов с правами юридического лица и ставшие рычагом для развития массового кооперативного движения во всем мире.

В России кооперативное движение стало приобретать массовый характер к 90-м годам 19 века, что объясняется отменой крепостного права в 1861 году, развитием капитализма, разорением крестьян и ремесленников, повышением цен на хлеб в 2-2,5 раза в период с 1860 по 1880 годы, платы за землю и другими причинами.

Одним из первых обратил внимание в своих трудах на социальную природу кооперации английский социалист-утопист Роберт Оуэн (1771-1858 г.г.), проповедовавший идеи создания общества, основанного на идеальных началах социальной справедливости¹.

Во Франции идеологом ответвления утопического социализма является Шарль Фурье (1772-1837 г.г.). В основе социального преобразования он видел устройство сельскохозяйственных поселений или фаланг, в которых вознаграждение имеет место соответственно значению каждого из членов фаланги².

В России первым исследователем крестьянской кооперации стал Н.Г. Чернышевский (1828-1889 г.г.), также пропагандировавший утопическую кооперативную теорию. Его идея производственной кооперации сводилась к

¹ Оуэн Р. Избранные сочинения. Т. 2. Изд-во АН СССР, 1950. С. 34.

² Фурье Ш. Избранные сочинения. Т. 1. Изд-во АН СССР, 1951. С. 31.

созданию товарищества трудящихся, поскольку «почти каждое производство для своей успешности требует размеров, превышающих рабочие силы одного семейства»¹.

Идеи социалистов-утопистов были несостоятельны, поэтому планы их осуществления не увенчались успехом.

Значительный вклад в теорию потребительской кооперации внес англичанин Уильям Кинг (1786-1865 г.г.), которому принадлежит так называемая «брайтонская теория кооперации». Он обосновал все основные кооперативные принципы. Именно Уильяму Кингу принадлежит первая попытка теоретически рассмотреть кооперацию как самостоятельное движение рабочих масс, идея о накоплении собственных кооперативных фондов из прибыли от торговли². Кооператоры-брайтоновцы инициировали принятие постановления кооперативным конгрессом в 1830 году о полном политическом и религиозном нейтралитете кооперации.

Создателем производственной кооперации признан француз Филипп Бюше (1796-1865 г.г.), который, будучи учеником Ш. Фурье, разработал принципиально новую теоретическую конструкцию кооперативной организации, с 1830 года вел пропаганду кооперации. Ф. Бюше впервые сформулировал принцип, согласно которому 20 процентов чистой прибыли производственного товарищества должно ежегодно отчисляться на образование капитала, который является неделимым и неотчуждаемым даже в случае прекращения деятельности товарищества. По его схеме прибыль распределялась на образование запасного капитала, погашение займов, выкуп вкладов, основная же ее часть – на дополнительную оплату труда членов товарищества. Неделимый капитал Ф. Бюше определял как неотчуждаемое общественное достояние.

Конструкция неделимого капитала как неотчуждаемого общественного достояния в течение многих лет использовалась в колхозном законодательстве и практике колхозного строительства. Идея неделимого фонда претерпела деформацию в Законе СССР от 6 июня 1990 года «О внесении изменений и дополнений в Закон СССР «О кооперации в СССР»³, согласно которому целостность неделимого фонда сохранялась только в процессе функционирования колхоза. Принцип создания неделимого фонда сохранился и в современном кооперативном строительстве зарубежных стран.

Реализация на практике идей о справедливости была осуществлена в Англии созданным в 1844 году потребительским кооперативом «Рочдельское общество справедливых пионеров», которое сформировало принципы создания и деятельности кооперативов, заключающиеся в следующем: 1) размер пая должен быть невелик, число паев на одно лицо ограничивается и процент дохода на пай ограничен; 2) все члены общества равны независимо от числа паев, которым владеет каждый член; 3) продажа товаров ведется только за наличные деньги; 4) торговля ведется чистым весом и мерой по

¹ Чернышевский Н.Г. Капитал и труд. Т. 2. - М., 1987. С. 56.

² Макаренко А.П., Крашенинников А.И. и др. Теория кооперации. - М., 1982. С. 22.

³ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1990. № 26. Ст. 489.

среднерыночным ценам; 5) прибыль распределяется главным образом по забору: 5 процентов на паевой взнос, а остальную часть – по закупкам товаров¹; 6) из прибыли производятся отчисления на культурные нужды членов; 7) общество соблюдает политический и религиозный нейтралитет. Идеологом этой системы принципов, основная часть которых и сегодня носит всеобщий, основополагающий характер, закреплена в решениях конгрессов Международного кооперативного альянса, стал Чарльз Говард.

Основателем теоретической и практической модели немецкой кооперации по праву считается Герман Шульце-Делич (1808-1883 г.г.). Его теория строилась на последовательном переходе от потребительской кооперации к кредитной, а затем к производственной. В практической деятельности Г.Шульце-Делич занимался созданием товариществ, изданием журнала и книг по кооперации, в 1859 году учредил первый кооперативный союз.

Кредитную кооперацию в сельском хозяйстве Германии возглавил Фридрих Вильгельм Райффайзен (1818-1888 г.г.). Им разработана следующая принципиальная схема кооперативов: 1) политический и религиозный нейтралитет; 2) отрицание паев и, как следствие, паевых фондов; 3) полный отказ от дивиденда; 4) прибыль распределяется в размере 2/3 в учредительный фонд и 1/3 (за исключением средств, предназначенных на просветительские нужды) – в запасный капитал; 5) неограниченная ответственность членов; 6) выдача ссуд на производственные цели; 7) кредитование только членов; 8) бесплатность деятельности правления; 9) локальная территориальная ограниченность.

Правовой режим учредительного фонда сходен с конструкцией неделимого фонда по Ф. Бюше. Его главное назначение состоит в замене заемного капитала и доступности кредита для членов товарищества.

Таким образом, идея неделимого фонда была почти одновременно высказана в Англии У. Кингом применительно к потребительской кооперации, во Франции – Ф. Бюше в отношении производственной кооперации, в Германии относительно кредитной кооперации - Ф. Райффайзенем. Все названные школы едины в отрицании дивиденда на паи и, что особенно важно, сходны их схемы эволюции кооперативного движения от потребительской кооперации села к кредитной и к производственной.

В России к 80-м годам 19 века сложилась теория «крестьянского общинного социализма», основанная на революционном переходе к социализму через крестьянскую общину: свержение самодержавия, ликвидацию помещичьего строя, наделение крестьян землей и переход от общинного владения землей к организации производственных сельскохозяйственных кооперативов. В число представителей этой теории вошли революционные демократы Н.Г. Чернышевский, Н.А. Добролюбов, А.И. Герцен и революционные народники М.А. Бакунин, П.Л. Лавров и другие.

Либеральные народники в лице Н.К. Михайловского, В.П. Воронцова и других представляли программу «экономического романтизма», в которой

¹ Макаренко А.П., Крашенинников А.И. и др. Теория кооперации. - М., 1982. С. 15.

отрицали необходимость свержения самодержавия, в то же время отрицая и капиталистический путь развития.

В названных теоретических школах кооперация рассматривалась лишь как идеологическое направление. В более поздний период в России сложилась новая идеологическая школа - «кооперативный социализм», лидером которой стал известный экономист М.И. Туган-Барановский. Однако все эти идеологические течения были далеки от разработки прикладных проблем кооперации, что диктовалось массовым возникновением кооперативов.

Как правило, кооперативное законодательство 19-го века не соответствовало уровню развития кооперативной теории. Так, принятый в 1836 году в Англии Закон об обществах взаимопомощи не признавал за кооперативами права юридических лиц, запрещал продажу произведенной продукции не членам кооператива, ограничивал накопления определенными размерами.

В Англии и Германии кооперативные законы были приняты только после 50 лет существования кооперативных организаций. Англия стала первой страной, принявшей в 1852 году Закон «О промышленных товариществах». В 1867 году в Германии был принят Закон «О промышленных и хозяйственных товариществах». Этими законами за кооперативами признавалось право юридического лица, но по-разному регулировались ответственность, порядок реализации произведенной продукции¹.

Во Франции же до конца 19 века не было единого закона о кооперации. Сельскохозяйственные кооперативы (синдикаты) создавались на основе закона о синдикатах 1881 года. Правовое регулирование развития кооперации в сельском хозяйстве имело форму декретов. Первые нормативные акты, основанные на кооперативных принципах, появились во Франции в начале 20-го века, например, в Законе о сельскохозяйственном кредите 1906 года в числе принципов создания и деятельности кооперативов назывались правила односторонности (речь идет об обязанности кооператива проводить операции только со своими членами-кооператорами) и отсутствия цели получения прибыли.

Но особый юридический статус кооператива в законодательстве Франции был определен Ордонансом 1945 года, которым введен разрешительный порядок создания кооперативов. В наиболее завершенном виде статус сельскохозяйственных кооперативов определен в Законе 1972 года. В соответствии с этим актом сельскохозяйственные кооперативы являются обществами особого рода, деятельность которых регулируется частным правом.

В России первое постановление правительства о кредитной кооперации появилось в 1869 году, позже были приняты десятки различных постановлений, регулировавших финансовую деятельность кооперативов и их регистрацию. При этом устав каждого кооператива сначала утверждался царским правительством, а затем Министерством финансов, что затягивало процедуру регистрации кооперативов, и только в 1897 году право разрешать открытие кооператива было передано губернаторам. Становление кооперации

¹ Анцыферов А.Н. Кооперация в сельском хозяйстве Германии и Франции. - Воронеж, 1907. С. 498.

сдерживалось излишней регламентацией развивающегося кооперативного движения: запрещалось создание союзов кооперативов одного или нескольких видов, кооперативов работников отдельных профессий.

Между тем, развитие кооперативного движения имело место посредством создания явочным порядком союзов, проведения съездов кооператоров в 1908 году в Москве, в 1912 – в Киеве, в 1913 – в Петербурге. На этих съездах были разработаны основные принципы, положенные в основу первого российского кооперативного закона, принятого Временным правительством 20 марта 1917 года. Речь идет об утвержденном им Положении о кооперативных товариществах и их союзах¹, которое урегулировало вопросы организации кооперативов и предоставило им широкое поле деятельности, в том числе и в сельском хозяйстве.

Надо сказать, что в конце 19-го - начале 20-го веков имело место развитие в правовом регулировании кооперативного движения. Так, деятельность потребительских обществ регулировалась Нормальным уставом, утвержденным Министерством внутренних дел 13 мая 1897 года, промысловых артелей – Нормальным уставом 1904 года, сельскохозяйственных кооперативов – Нормальным уставом 1909 года.

В первые годы советской власти государство оказывало поддержку кооперативного движения, что закреплялось в актах права. Создание производственно-трудовых товариществ, предоставление им земли предусматривалось в постановлении СНК РСФСР от 4 декабря 1917 года «О земельных комитетах»². Вопросы внутреннего устройства сельскохозяйственных товариществ и их объединений, а также их взаимоотношений с государством были урегулированы Уставом сельскохозяйственных обществ и их объединений, утвержденным постановлением ВСНХ от 3 марта 1919 года «О регулировании сельскохозяйственных обществ, их союзов и объединений»³.

Первый кодифицированный законодательный акт РСФСР – Декрет о сельскохозяйственной кооперации⁴ был принят ВЦИК и СНК 16 августа 1921 года. В нем предусматривалось свободное кооперирование крестьян (в форме кооперативного товарищества, артели) в целях повышения производительности труда и улучшения условий жизни.

22 августа 1924 года ЦИК и СНК СССР приняли постановление «О сельскохозяйственной кооперации»⁵, в котором средством подъема сельского хозяйства признавалась кооперация в трех ее юридических формах – товариществах, сельскохозяйственных артелях и коммунах.

Начало новому этапу развития сельскохозяйственной кооперации в форме колхозов как высшей формы сельскохозяйственной кооперации было положено принятием постановления ЦИК и СНК СССР от 16 марта 1927 года

¹ Собрание узаконений РСФСР. 1917. № 72. Ст. 414.

² Собрание узаконений РСФСР. 1917. № 7. Ст. 105.

³ Собрание узаконений РСФСР. 1919. № 9. Ст. 90.

⁴ Собрание узаконений РСФСР. 1921. № 61. Ст. 434.

⁵ Собрание законодательства СССР. 1924. № 5. Ст. 61.

«О коллективных хозяйствах»¹.

Деятельность сельскохозяйственных кооперативов во все времена была тесно переплетена с потребительской кооперацией. В декабре 1918 года на III съезде рабочей кооперации В.И. Ленин высказал мысль о создании единого кооператива трудящихся, включающего все виды кооперации (потребительской, сельскохозяйственной и промысловой). В задачу создания единого кооператива входило объединение на основе членства всего населения страны и распределение всего продовольствия и товаров широкого потребления. Эта идея нашла отражение в Декрете «О потребительских коммунах» от 16 марта 1919 года², на основании которого все кооперативные организации были слиты с потребительской кооперацией с подчинением Центросоюзу.

Широкие права потребительским обществам по закупке и сбыту товаров, созданию предприятий по добыче и переработке продуктов были предоставлены Декретом СНК РСФСР от 7 апреля 1921 года «О потребительской кооперации»³.

Добровольное членство в потребительских обществах было введено постановлением ЦИК и СНК СССР от 28 декабря 1923 года «О реорганизации потребительской кооперации на началах добровольного членства»⁴.

Кооперативное движение на селе в 1926-1927 годах развивалось во всех его формах. К 1927 году был создан Всероссийский союз сельскохозяйственной кооперации, объединивший все формы сельскохозяйственной кооперации: Льноцентр, Хлебоцентр, Союзкартофель, Животноводсоюз и другие.

1929 год положил начало массовой принудительной кооперации, получившей название коллективизации. В 1929 году в колхозах оказался 1 миллион крестьянских дворов, а в 1930 – в 90 тысяч колхозов насчитывалось уже 5,7 миллионов человек, то есть 23,6 процентов сельских семей⁵. В результате проведения коллективизации главной формой колхозов стала сельскохозяйственная артель. Правовое положение колхозов определялось уставами, разработанными на основе Примерного Устава сельскохозяйственной артели, утвержденного постановлением СНК СССР от 1 марта 1930 года⁶. Устав предусматривал обобществление основных средств производства и оставление в единоличном пользовании приусадебных земель, регламентировал некоторые вопросы внутрихозяйственной деятельности: определял обязанности членов артели и правления, организацию работ и оплату колхозников по труду, распределение доходов, управление делами артели.

Этап сплошной коллективизации завершился к 1933-1934 годам. В стране насчитывалось уже 233,3 тысячи колхозов, они объединяли 71,4 процента крестьянских хозяйств⁷. В этот период была ликвидирована колхозная система

¹ Собрание законодательства СССР. 1927. № 15. Ст. 161.

² Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. Т. 1. - М., 1967. С. 129.

³ Собрание узаконений РСФСР. 1921. № 26. Ст. 150.

⁴ Собрание узаконений РСФСР. 1924. № 17. Ст. 173.

⁵ Масленников В.П. Кооперация наших дней: опыт, проблемы, перспективы. - М., 1992. С. 30.

⁶ Собрание законодательства СССР. 1930. № 24. Ст. 255.

⁷ Масленников В.П. Кооперация наших дней: опыт, проблемы, перспективы. - М., 1992. С. 30.

самоуправления – колхозсоюзы, начиная с районных и заканчивая Колхозцентром, под предлогом дублирования функций Наркомзема, к которому перешло руководство колхозами. Колхозная система была полностью огосударствлена. Эти изменения вызвали принятие на Втором Всесоюзном съезде колхозников-ударников нового Примерного Устава сельскохозяйственной артели, который был утвержден постановлением СНК СССР и ВКП(б) от 17 февраля 1935 года¹. Устав ввел положение о бессрочном пользовании закрепленной за колхозами земли, предусмотрел выдачу колхозам государственных актов, удостоверяющих право бессрочного пользования, определил размер приусадебной земли и имущество, подлежащее обобществлению.

Содержание Примерных Уставов сельскохозяйственной артели 1930 и 1935 годов позволяет сделать вывод об императивном характере правового регулирования колхозных отношений.

В период Великой Отечественной войны принимались отдельные нормативные акты, направленные на регулирование колхозных отношений. В послевоенные годы колхозное законодательство было направлено на восстановление и развитие колхозного строительства.

К 50-м годам Примерный Устав сельскохозяйственной артели уже не отвечал сложившимся на тот период колхозным отношениям. Поэтому возникла необходимость принятия постановления ЦК КПСС и Совета Министров СССР 6 марта 1956 года «Об Уставе сельскохозяйственной артели и дальнейшем развитии инициативы колхозников в организации колхозного производства и управлении делами артели»², согласно которого колхозам предоставлялось право самостоятельно дополнять отдельные положения принятых ими уставов с учетом местных, конкретных условий.

Демократический путь развития колхозных отношений был предусмотрен в принятом на Третьем съезде колхозников Примерном Уставе колхоза, утвержденном постановлением ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 28 ноября 1969 года³. Этот источник колхозного права в целом носил диспозитивный характер. Вместе с тем, Уставом предписывалось в обязательном порядке применение норм трудового права для регулирования труда женщин и подростков и создание неделимых фондов. Паевой фонд как составная часть имущества колхоза был исключен по причине отсутствия источника его пополнения: Примерный Устав колхоза 1969 года ни о каких паевых взносах уже не упоминает.

Последний союзный Примерный Устав колхоза, принятый Четвертым съездом колхозников 25 марта 1988 года, по существу являлся новой редакцией Примерного Устава колхоза 1969 года. Он не был санкционирован органом государственной власти, но считался источником права, поскольку его нормы соответствовали Закону СССР от 26 мая 1988 года «О кооперации в СССР»⁴.

¹ Собрание законодательства СССР. 1935. № 11. Ст. 82.

² См.: Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. Т. 4. - М., 1968. С. 290.

³ Собрание постановлений СССР. 1969. № 26. Ст. 150; 1980. № 21. Ст. 122.

⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 22. Ст. 355.

Этот закон распространял свое действие на все виды и формы кооперации, при этом колхозы определялись как преобладающая форма сельскохозяйственной кооперации.

Состоявшийся 13 февраля 1992 года Съезд колхозников Российской Федерации принял Примерный Устав колхоза (сельскохозяйственного производственного кооператива)¹. Этот Устав также не был санкционирован, признание его источником права сомнительно, так как он противоречил Закону о кооперации в СССР, Закону РСФСР от 24 декабря 1990 года «О собственности в РСФСР»², Закону РСФСР от 25 декабря 1990 года «О предприятиях и предпринимательской деятельности»³ и другим российским законодательным актам.

Проведенный историко-правовой анализ позволяет сделать вывод: эволюция истории кооперативного законодательства России до принятия в 1995 году Федерального закона «О сельскохозяйственной кооперации»⁴, положившего новый виток кооперации в сельском хозяйстве, имела развитие в сторону все большего локального регулирования внутрикооперативных отношений.

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОХРАНЕ АТМОСФЕРНОГО ВОЗДУХА

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

Проблема юридической ответственности, в целом, исследуется многими учеными-юристами. Ей посвящены труды С.С. Алексеева, М.М. Агаркова, С.Н. Братуся, И.А. Гурвича, О.С. Иоффе, О.Э. Лейста, Б.М. Лазарева, Н.С. Малеина, И.С. Самощенко и других. Вопросы юридической ответственности в области охраны окружающей среды также исследовались в отечественной правовой литературе. Изучались как проблема в целом, так и отдельные виды ответственности, ее эффективность. Но до сих пор нет единой позиции относительно определения юридической ответственности и ее содержания.

Наиболее распространенной в литературе является трактовка юридической ответственности как меры государственного принуждения. Так, О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский характеризуют юридическую ответственность как меру государственного принуждения, основанную на юридическом и общественном осуждении поведения правонарушителя и выражающуюся в установлении для него определенных отрицательных последствий в виде ограничений личного или имущественного порядка⁵.

¹ Всероссийская еженедельная газета «Нива России». 1992. № 10.

² Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 30. Ст. 417.

³ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

⁴ Собрание законодательства РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.

⁵ См.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М., 1961. С. 314-318.

Об ответственности можно говорить в широком и узком смысле¹. Широкое понимание ответственности сводится к тому, что наряду с ответственностью, возникающей вследствие правонарушения, признается ответственность за совершение «положительных действий» путем осуществления деятельности, соответствующей «объективным требованиям данной ситуации и объективно обусловленным идеалам времени»². Исходя из этого, выделяются два аспекта юридической ответственности: обязанность не совершать деяний, признаваемых законом правонарушением («позитивный» аспект); обязанность претерпеть меры государственного принудительного воздействия за совершенное правонарушение («негативный» аспект), т.е. традиционно понимаемая юридическая ответственность.

Для верного понимания ответственности необходимо разделить понятие ответственности в широком (философском, социальном) смысле и понятие юридической ответственности за правонарушение в узком (правовом) смысле. В понимании ответственности в широком смысле теряется специфика, суть юридического понимания ответственности, что вряд ли может дать положительный результат. Таким образом, для права характерно понимание ответственности как результат совершенного правонарушения.

Остановимся на рассмотрении института ответственности за экологические правонарушения. В связи с отсутствием единого подхода к определениям юридической ответственности нет и единого понимания ответственности за экологические правонарушения. Ю.Г. Жариков отмечает, что ответственность за экологические правонарушения выражается в лишениях имущественного, организационного или личного характера³. Б.В. Ерофеев полагает, что это система принудительных мер, применяемых к нарушителям законодательства в области природопользования и охраны окружающей природной среды в целях наказания виновных, пресечения и предупреждения такого рода правонарушений и восстановления нарушенных прав⁴. М.М. Бринчук под юридической ответственностью за экологические правонарушения понимает отношение между государством в лице специально уполномоченных органов в области охраны окружающей среды, правоохранительных органов, иными управомоченными субъектами и совершившим экологическое правонарушение лицом (физическим, должностным или юридическим) по применению к нарушителю соответствующего взыскания⁵.

Приняв за основу приведенные выше понятия ответственности за экологические правонарушения, можно сформулировать определение ответственности за правонарушения в области охраны атмосферного воздуха. Ответственность за правонарушения в области охраны атмосферного воздуха – это система мер принудительного характера, применяемых к нарушителям

¹ См.: Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. – М., 1996. С. 240-241.

² Недбайло П.Е. Система юридических гарантий применения советских правовых норм // Правоведение. 1971. № 3. С. 51.

³ Жариков Ю.Г. Закон на страже землепользования. Предупреждение земельных правонарушений. – М., 1985. С. 23.

⁴ Ерофеев Б.В. Советское экологическое право. Общая часть. – М., 1988. С. 73.

⁵ Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды). – М., 1999. С. 475.

законодательства в области охраны атмосферного воздуха в целях наказания виновных, а также пресечения и предупреждения правонарушений и восстановления нарушенных прав.

Законодательное закрепление ответственности в экологическом праве регламентируется в ст. 75 Федерального закона «Об охране окружающей среды». В этой статье за нарушения законодательства в области охраны окружающей среды установлены имущественная, дисциплинарная, административная и уголовная виды ответственности. Ст. 31 Федерального закона «Об охране атмосферного воздуха» также предусматривает для лиц, виновных в нарушении законодательства Российской Федерации в области охраны атмосферного воздуха, уголовную, административную и иную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Отличительным признаком административной ответственности является то, что она менее репрессивна в отличие от уголовной ответственности, зато суровее некоторых других видов юридической ответственности, например, дисциплинарной.

В целом, основные черты административной ответственности за правонарушения в области охраны атмосферного воздуха включают следующее:

- административная ответственность устанавливается как Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, так и законодательными актами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях;

- основанием административной ответственности является административное правонарушение в области охраны атмосферного воздуха;

- субъектами административной ответственности за нарушение законодательства в области охраны атмосферного воздуха могут быть физические, юридические и должностные лица;

- за административные правонарушения в области охраны атмосферного воздуха предусмотрены административные наказания;

- к административной ответственности привлекают специально уполномоченные государственные органы и должностные лица этих органов, которым такое право предоставлено КоАП РФ;

- административные наказания налагаются органами и должностными лицами на неподчиненных им по службе правонарушителей, по этому признаку административная ответственность отличается от дисциплинарной;

- применение административного наказания не влечет судимости.

Административная ответственность имеет особое основание – административное правонарушение, определение которому дается в ст. 2.1. КоАП РФ. Административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Экологическую направленность противоправного поведения определяет

совокупность нескольких условий: 1) посягательство осуществляется на специфический объект – общественные отношения в сфере взаимодействия общества с окружающей средой в целом и атмосферным воздухом в частности; 2) причиняется вред (или создается реальная угроза причинения вреда) природной среде (атмосферному воздуху), а посредством этого – здоровью граждан и имуществу физических и юридических лиц.

Для привлечения лица к административной ответственности требуется обнаружение в деянии правонарушителя состава правонарушения, как совокупности точно установленных в законе признаков (элементов) правонарушения – объекта, объективной стороны, субъекта, субъективной стороны.

Главным отличительным признаком, по которому разграничивают правонарушения в области охраны атмосферного воздуха и иные экологические правонарушения, выступает объект правонарушения – т.е. те общественные отношения, на которые посягает правонарушитель. Отношения в экологической сфере обладают различной степенью дифференциации, что позволяет наряду с общим выделить родовой объект.

Объектом административного правонарушения в области охраны атмосферного воздуха будут являться общественные отношения, урегулированные нормами экологического права, устанавливающие порядок охраны атмосферного воздуха, защищаемые мерами административной ответственности, на которые посягает правонарушитель.

Объективная сторона административного правонарушения в области охраны атмосферного воздуха, как и любого иного правонарушения, представляет собой противоправное действие или бездействие нарушителя, вред, либо опасность возникновения вреда, причиненную правонарушителем, и причинную связь между противоправным поведением и вредом.

Некоторые авторы при рассмотрении объективной стороны указывают, что именно в причинении административным правонарушением вреда и наличием причинной связи между действием или бездействием и наступившим вредом и выражается административная противоправность деяния¹. Данная точка зрения не является убедительной, так как для привлечения лица к административной ответственности за правонарушения в области охраны атмосферного воздуха в некоторых случаях достаточно установить сам факт нарушения правовых норм независимо от наступивших последствий (например, нарушение правил эксплуатации, неиспользование сооружений, оборудования для очистки газов – п. 3 ст. 8.21 КоАП РФ; несоблюдение экологических требований – ст. 8.1. КоАП РФ). Таким образом, некоторые административные правонарушения в области охраны атмосферного воздуха имеют формальный состав, для которого неважно, какие последствия повлекло за собой деяние. Более того, если такие последствия установлены (например, загрязнение или изменение природных свойств воздуха, причинение вреда здоровью человека и

¹ Овчарова Е.В. Материально-правовые проблемы административной ответственности юридических лиц (к проекту Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях) // Государство и право. 1998. № 7. С. 17.

т.п.), то нарушитель может быть привлечен к уголовной ответственности, т.к. УК РФ предусматривает ответственность за похожие правонарушения, но уже с материальным составом (ст. 251 УК РФ «Загрязнение атмосферы», ст. 246 УК РФ «Нарушение правил охраны окружающей среды при производстве работ»).

Субъектами административной ответственности, в том числе и за правонарушения в области охраны атмосферного воздуха, признаются физические лица, достигшие возраста 16 лет, и юридические лица. Выделяется особый вид субъектов - должностные лица.

Под должностным лицом в ст. 2.4 КоАП РФ понимается лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации. Кроме того, к категории должностных лиц отнесены руководители и другие работники иных организаций, а также лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных полномочий, если законом не установлено иное.

В настоящее время актуальна проблема существования административной ответственности юридических лиц, которая остается дискуссионной среди российских ученых. Крoется эта проблема в установлении субъективной стороны административного правонарушения, т.е. главного ее элемента – вины субъекта правонарушения. Действительно, применительно к физическим лицам вина рассматривается в форме умысла или неосторожности, а так как такое понимание вины к юридическим лицам неприменимо, то ни наука, ни практика не содержат единого подхода к решению этой проблемы.

Так, по мнению Б.И. Пугинского, вина юридического лица понимается как неприложение юридическим лицом допускаемых и требуемых законодательством усилий для выполнения возложенных на него обязанностей, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, а также за неиспользование предоставленных прав и возможностей для устранения причин совершенного правонарушения¹. Некоторые исследователи в области административного права не совсем четко формулировали вину юридического лица, как «недостаточную организованность организации», вводили понятие «дефекта организации», а в качестве причин дефекта указывались недостаточность усилий ее коллектива. То есть вина организации сводилась к вине ее работников. Отмечалось, что «организация несет

¹ Пугинский Б.И. Применение принципа вины при регулировании хозяйственной деятельности // Советское государство и право. – 1979. - № 10. – с. 63-70.

ответственность за собственную вину как при наличии четко выраженной виновности отдельных работников, так и тогда, когда вина конкретных лиц исключается или не может быть установлена»¹. Вина организации с субъективной точки зрения определялась юридической наукой и как психическое отношение ее коллектива к противоправному деянию.

В настоящее время указанные позиции подверглись некоторым изменениям, вследствие чего «вина юридических лиц должна пониматься как психологическое отношение к содеянному коллектива, определяемое по доминирующей воле»². Лицо, воля которого признается доминирующей, представляет администрацию юридического лица, зачастую является его главой. Следует согласиться с этой точкой зрения, так как понятие юридического лица - цивилистическое, подразумевающее совокупность физических лиц. Таким образом, ответственность юридического лица - фактически ответственность за действия или бездействия физических лиц.

В настоящее время, в ст. 2.1 КоАП РФ устанавливается правило, согласно которому юридическое лицо признается виновным в совершении правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В этой связи следует обратить внимание на п. 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения», который гласит, что вред, причиненный нарушением экологического законодательства, в соответствии со ст. 1064 ГК РФ и ст. 86 Закона РСФСР «Об охране окружающей природной среды», подлежит возмещению виновным лицом в полном объеме независимо от того, причинен ли вред в результате умышленных действий (бездействия) или по неосторожности.

Стоит отметить, что для экологических правонарушений характерен косвенный, а не прямой умысел, хотя теоретически последний возможен. Совершая правонарушение в области охраны атмосферного воздуха, виновное лицо зачастую осознает общественную опасность своего деяния и предвидит возможность наступления общественно вредных последствий, однако вряд ли желает причинения вреда объектам жизнеобеспечения населения.

Подробное рассмотрение состава административного правонарушения в области охраны атмосферного воздуха необходимо как для правильной квалификации совершенных правонарушений, так и для отграничения административных правонарушений от смежных (частично совпадающих) с ними преступлений. В законодательстве отграничение их проводится именно по юридическим критериям их составов.

¹ Дымченко В.И. Административная ответственность организаций: Дисс... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1983. С. 10.

² Петров М.П. Административная ответственность организаций (юридических лиц): Автореферат дисс... канд. юрид. наук. – Саратов, 1998. С. 6.

Однако в целом в науке и практике нет абсолютно четких критериев отграничения административного проступка от уголовного преступления, и в каждом конкретном случае трудно установить, имеет место преступление или административный проступок. Границы между преступлениями и проступками подвижны, так как часто с изменением общественно-политической обстановки некоторые правонарушения, ранее относившиеся к категории преступлений, могут быть затем отнесены к административным проступкам, и наоборот.

Проблема разграничения преступления и административного проступка неоднократно исследовалась, но продолжает оставаться дискуссионной. Споры вызывает и вопрос о природе критериев, отграничивающих административные проступки от преступлений. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 5 ноября 1998 г. № 14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения»¹ рекомендует при разграничении уголовно-наказуемого деяния и административного проступка особое внимание уделять выяснению всех обстоятельств, характеризующих состав экологического правонарушения, последствий противоправного деяния, размера нанесенного вреда и причиненного ущерба (ч. 2 п. 13). Такое разграничение имеет большое значение для практических работников, в том числе и для государственных инспекторов по охране природы, которым зачастую приходится определять, преступно ли совершенное деяние, или его можно квалифицировать как административное правонарушение. Отсутствие в некоторых случаях четких критериев разграничения приводит к неприменению более строгих мер ответственности за противоправные деяния, совершенные в области охраны атмосферного воздуха.

Рассмотрим составы конкретных административных правонарушений в области охраны атмосферного воздуха, закрепленных в КоАП РФ. Особенностью законодательного формулирования составов экологических правонарушений является бланкетность их диспозиций, поэтому лицам, применяющим нормы об ответственности, следует обращаться к специальным экологическим законодательным и иным нормативно-правовым актам².

Всего в КоАП РФ предусмотрено около 13 составов правонарушений, имеющих отношение к государственному контролю в области охраны атмосферного воздуха. Такие правонарушения можно разделить на три группы. К первой относятся деяния, совершенные в отношении атмосферного воздуха. Среди них – нарушение правил охраны атмосферного воздуха (ст. 8.21); выпуск в эксплуатацию механических транспортных средств с превышением нормативов содержания загрязняющих веществ в выбросах либо нормативов уровня шума (ст. 8.22); эксплуатация механических транспортных средств с превышением содержания загрязняющих веществ в выбросах либо нормативов уровня шума (ст. 8.23). Вторую группу образуют нарушения, имеющие отношение как к охране атмосферного воздуха, так и к охране иных природных объектов и ресурсов. Это такие нарушения, как – несоблюдение экологических требований при планировании, технико-экономическом обосновании проектов,

¹ Российская газета. 1998. 24 ноября.

² Дубовик О.Л. Экологическое право: Учебник. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. С. 282.

проектировании, размещении, строительстве, реконструкции, вводе в эксплуатацию, эксплуатации предприятий, сооружений или иных объектов (ст. 8.1); несоблюдение экологических и санитарно-гигиенических требований при обращении с отходами производства и потребления или иными опасными веществами (ст. 8.2); нарушение законодательства об экологической экспертизе (ст. 8.4); сокрытие или искажение экологической информации (ст. 8.5.); нарушение требований при осуществлении работ в области гидрометеорологии, мониторинга загрязнения окружающей природной среды и активных воздействий на гидрометеорологические и другие геофизические процессы (ст. 8.40); нарушение обязательных требований государственных стандартов (ст. 19.19). Третью группу образуют нарушения порядка осуществления государственного контроля. К ним относятся: неповиновение законному распоряжению должностного лица органа, осуществляющего государственный надзор (контроль) (ст. 19.4); невыполнение в срок законного предписания (постановления, представления) органа (должностного лица), осуществляющего государственный надзор (контроль) (ст. 19.5); непринятие мер по устранению причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения (ст. 19.6).

Примечательно, что в качестве наказания за эти правонарушения установлены исключительно штрафные санкции (кроме ст. 19.4, где предусмотрен альтернативный вид наказания – предупреждение, и ст. 19.19, где в качестве дополнительного к основному наказанию – штрафу предусмотрена конфискация предметов правонарушения). Данный вид наказания достаточно эффективен для правонарушителей, однако те размеры штрафных санкций, которые установлены за совершение административных правонарушений, ничтожны по сравнению с прибылью, получаемой некоторыми недобросовестными предприятиями при несоблюдении ими законодательства об охране атмосферного воздуха. Зачастую бывает намного выгоднее оплачивать административные штрафы, чем вкладывать деньги в совершенствование производственных процессов. Так, максимально установленный размер административного штрафа для юридических лиц за нарушение правил охраны атмосферного воздуха (выброс вредных веществ в атмосферный воздух или вредное физическое воздействие на него) – 500 минимальных размеров оплаты труда, а за ряд административных правонарушений в области охраны атмосферного воздуха для юридических лиц эта сумма не превышает 100 МРОТ. Конечно, для предприятий химического, металлургического, нефтегазового комплекса (которые являются одними из главных загрязнителей атмосферного воздуха) оплата столь низких штрафов является менее затратной, чем совершенствование всего производства или отдельных его частей. Таким образом, установленные размеры административных штрафов остаются действенными только для небольших предприятий, доля которых в загрязнении атмосферного воздуха незначительна.

Решение указанной проблемы видится не только в увеличении штрафных санкций к нарушителям законодательства об охране атмосферного воздуха, но

и в их дифференциации в зависимости от степени опасности производственного объекта. Альтернативой может быть соответствующий учет особенностей субъектов правонарушений в законодательстве субъектов Российской Федерации.

Наиболее часто нарушители привлекаются к административной ответственности по статьям 8.1, 8.21, 8.4 КоАП РФ.

Статьей 8.21 предусмотрена административная ответственность за нарушения правил охраны атмосферного воздуха, что выражается в выбросе вредных веществ в атмосферный воздух или вредном физическом воздействии на него без специального разрешения; в нарушении условий специального разрешения на выброс вредных веществ в атмосферный воздух или вредное физическое воздействие на него; нарушение правил эксплуатации, неиспользование сооружений, оборудования или аппаратуры для очистки газов и контроля выбросов вредных веществ в атмосферный воздух, которые могут привести к его загрязнению, либо использование неисправных сооружений, оборудования или аппаратуры.

Административная ответственность за нарушение норм данной статьи наступает только в тех случаях, если в действиях виновного не содержится признаков состава преступления, т.е. если его действия не повлекли загрязнение или иное изменение природных свойств атмосферного воздуха, причинение вреда здоровью человека или его смерть.

В этой связи возникает еще одна проблема, на актуальность которой обращается внимание в проводимых в настоящее время исследованиях. Существующие методические документы, регулирующие порядок оценки и возмещения вреда, нанесенного окружающей среде, не отражает всех особенностей последствий ущерба, нанесенного ее компоненту – атмосферному воздуху. Оценка экологического ущерба в связи с его загрязнением должна учитывать накопленный международный опыт, влияние загрязнения атмосферного воздуха на здоровье населения (в том числе данные социально-гигиенического мониторинга), и включать оценку экологических рисков, а также влияние экологических факторов на стоимость недвижимости.¹ Кроме того, такие методики могли бы помочь инспекторам природоохранных органов разграничивать административные правонарушения в области охраны атмосферного воздуха от преступлений в этой сфере по степени общественной опасности.

Объектом посягательства со стороны нарушителей, привлекаемых к ответственности по ст. 8.21 КоАП РФ служат общественные отношения, связанные с охраной атмосферного воздуха, выполнением задач по обеспечению его чистоты, недопущением загрязнения в процессе производственной деятельности.

Нарушения, предусмотренные данной статьей КоАП РФ, в Оренбургской области характерны для деятельности предприятий транспорта, в частности, служб контроля за техническим состоянием автотранспортных средств при

¹ Кузнецова О.Н. Юридическая ответственность за загрязнение атмосферы: Автореферат дисс... канд. юрид. наук. - М., 2003. С. 9.

выпуске их на линию; предприятий нефтехимии, черной и цветной металлургии, осуществляющих нормативные и сверхнормативные выбросы загрязняющих веществ в атмосферный воздух как элемент производственных процессов; предприятий энергетического комплекса, связанного со сжиганием топлива.

В основном, нарушение правил эксплуатации выражается в бездействии, совершаемом путем несоблюдения должностными лицами установленных нормативов режима работы, неиспользования контрольной аппаратуры, игнорирования информации о качественном составе загрязняющих веществ, выбрасываемых в атмосферный воздух и т.п. Однако иногда совершаются и действия, например, отключение очистных сооружений, несвоевременная замена фильтров, неправомерная смена режимов работы установок и сооружений.

Следует отметить, что в крупных городах основной вклад в объеме выбросов вредных веществ в атмосферный воздух приходится на долю автотранспорта. Однако в связи с недостаточностью кадров государственных инспекторов по охране природы, их низкой оснащенностью специальными средствами контроля и отсутствием полномочий по проверке на дорогах транспортных средств недопустимо мало проводится проверок механических транспортных средств и привлекается к административной ответственности лиц, эксплуатирующих такие средства с превышением содержания загрязняющих веществ в выбросах, либо нормативов уровня шума (ст. 8.23 КоАП РФ).

В отличие от сложностей с привлечением к ответственности по ст. 8.23 КоАП РФ, по ст. 8. 22 КоАП РФ должностных лиц, которые допускают к полету воздушные суда, выпускают к плаванию морские судна, судна внутреннего водного плавания или маломерные судна, либо выпускают в рейс автомобили или другие механические транспортные средства, у которых содержание загрязняющих веществ в выбросах либо уровень шума, производимого ими при работе, превышает нормативы, можно привлечь к административной ответственности по результатам замеров, проводимых, например, при выезде с автотранспортных предприятий на линию соответствующего транспортного средства.

В отношении автотранспортных предприятий следует отметить, что в ходе проведения большинства проверок по Оренбургской области были зафиксированы нарушения законодательства об охране атмосферного воздуха, что повлекло за собой привлечение к административной ответственности должностных лиц предприятий, на которых распоряжением их руководителя либо собственника возложены ответственность за технические состояние транспортных средств, а также обязанности по допуску транспортных и иных передвижных средств в рейс. В отсутствие таких должностных лиц к административной ответственности привлекались руководители либо собственники автотранспортных предприятий.

Однако эффективность проведения указанных проверок значительно снижается, так как повторные плановые проверки указанных юридических лиц

государственные инспектора по охране атмосферного воздуха могут проводить только через два года, а ухудшение технического состояния транспортных средств в процессе их эксплуатации происходит гораздо быстрее.

Наряду со ст. 8.21 достаточно часто к правонарушителям в области охраны атмосферного воздуха применяется ст. 8.1 КоАП РФ.

Объективная сторона правонарушений, предусмотренных этой статьей, заключается в том, что при планировании, технико-экономическом обосновании проектов, проектировании, размещении, реконструкции, строительстве, вводе в эксплуатацию, эксплуатации предприятий, сооружений или иных объектов не обеспечивается соблюдение экологических требований, т.е. нормативов вредного воздействия на атмосферный воздух, не предусматриваются меры по улавливанию, утилизации, обезвреживанию вредных веществ стационарными источниками, не соблюдаются другие требования по охране атмосферного воздуха, что может в будущем привести к неблагоприятным последствиям для атмосферного воздуха и человека.

Перечисленные в статье работы практически всегда связаны с возможностью причинения контролируемого или неконтролируемого вреда атмосферному воздуху. Именно поэтому данная статья направлена на соблюдение разработанных и принятых в соответствующем порядке правил, направленных на минимализацию рисков, уменьшение потенциальной угрозы для атмосферного воздуха и здоровья населения.

Конкретные данные, позволяющие говорить о совершении административного правонарушения, предусмотренного ст. 8.1 КоАП РФ, могут содержаться в материалах проверок органов государственного контроля в области охраны атмосферного воздуха, могут выявляться в процессе мониторинга состояния атмосферного воздуха.

При проведении проверок может быть установлена связь между совершенными действиями и существующими негативными последствиями несоблюдения экологических требований (например, изменение радиоактивного фона, причинение вреда здоровью человека, массовая гибель животных или иные тяжкие последствия). В этом случае наличие таких последствий позволяет квалифицировать деяние как уголовное преступление, предусмотренное ст. 246 УК РФ. В этом случае государственные инспектора обязаны передать материалы о выявленных нарушениях в следственные органы для возбуждения уголовного дела.

Несмотря на, казалось бы, исчерпывающий перечень правонарушений в области охраны атмосферного воздуха, предусмотренный КоАП РФ, остается ряд правонарушений, не нашедших закрепления в Кодексе. В связи с этим следует конкретизировать ст. 8.1 КоАП РФ и ввести дополнительные составы административных правонарушений. Они могут быть сформулированы следующим образом:

«Непроведение инвентаризации и учета выбросов вредных (загрязняющих) веществ в атмосферный воздух и их источников». Эта обязанность юридических лиц прямо закреплена в ст. 30 Федерального закона «Об охране атмосферного воздуха», а также урегулирована Положением о

государственном учете вредных воздействий на атмосферный воздух и их источников¹, но не подкреплена мерами ответственности за ее несоблюдение.

«Невыполнение мероприятий по предупреждению и устранению аварийных выбросов вредных (загрязняющих) веществ в атмосферный воздух, а также по ликвидации последствий его загрязнения лицами, обязанными выполнять такие мероприятия». Состав такого правонарушения в КоАП РФ не предусмотрено, хотя обязанность осуществлять указанные мероприятия прямо закреплена в ст. 30 и ст. 19 Федерального закона «Об охране атмосферного воздуха».

«Нарушение правил проведения или отсутствие производственного контроля за соблюдением установленных нормативов выбросов вредных (загрязняющих) веществ в атмосферный воздух». Обязанность проводить производственный контроль за соблюдением указанных нормативов закреплена за юридическими лицами в ст. 30 и ст. 25 Федерального закона «Об охране атмосферного воздуха».

В случае невыполнения в срок законных предписаний (постановлений, представлений) органа (должностного лица), осуществляющего государственный контроль в области охраны атмосферного воздуха об устранении нарушений законодательства в этой области, на лиц, в обязанности которых входило выполнение таких предписаний, налагается административная ответственность, предусмотренная п. 1 ст. 19.5 КоАП РФ.

Ответственность за невыполнение предписаний специально уполномоченных органов, осуществляющих государственный контроль в области охраны атмосферного воздуха, несут сами предприятия, учреждения, организации всех форм собственности, не принимающие мер по устранению нарушений в области охраны атмосферного воздуха, их должностные лица и граждане.

На состоянии борьбы с правонарушениями в области охраны атмосферного воздуха сказываются объективные (высокая латентность, значительная распространенность, множественность органов, имеющих право составлять протоколы о правонарушениях в области охраны атмосферного воздуха) и субъективные факторы, связанные с деятельностью правоохранительных органов (низкая раскрываемость, несоблюдение процессуальных требований, отсутствие квалифицированных специалистов и т.д.)². Кроме того, в качестве основных причин правонарушений и практических проблем применения мер административной ответственности в области охраны атмосферного воздуха на современном этапе развития Российского государства следует назвать:

- отсутствие более конкретизированных составов административных правонарушений, что влечет невозможность применения мер административной ответственности к нарушителям некоторых норм законодательства об охране атмосферного воздуха;

¹ Утв. постановлением Правительства РФ от 21 апреля 2000 г. № 373 // СЗ РФ. 2000. № 18. Ст. 1987.

² Кузнецова О.Н. Юридическая ответственность за загрязнение атмосферы: Автореферат дисс... кандидата юрид. наук. - М., 2003. С. 12.

- низкие размеры штрафных санкций, применяемых к нарушителям законодательства об охране атмосферного воздуха, которые следует пересмотреть не просто в сторону их повышения, а путем установления более широкого перечня сложных составов административных правонарушений в области охраны атмосферного воздуха и дифференциации штрафов в зависимости от отраслей экономики и степени опасности объектов;

- привлечение к административной ответственности в тех случаях, когда есть основания для применения уголовной ответственности;

Активизация деятельности в означенных направлениях, ликвидация основных причин совершения административных правонарушений в области охраны атмосферного воздуха, безусловно, приведут к росту эффективности осуществления государственного контроля в указанной сфере и, как следствие, улучшению состояния атмосферного воздуха в Российской Федерации.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА ГРАЖДАН В ЗОНАХ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ СИТУАЦИЙ ПРИРОДНОГО ХАРАКТЕРА

Черепанцева Н.Б. – зав. кафедрой аграрного и экологического права

Развитие человеческого общества никогда не было бесконфликтным. Одной из таких проблем является противоречие между развитием человеческого общества и природной средой, в которой оно происходит. При этом сама природа не является только внешним окружением, в котором идет человеческое развитие. Общество есть органическая часть природы, а история человечества – часть истории природы.¹

В отдельные моменты развития происходит накопление и обострение противоречий между природой и обществом. Это, в свою очередь, влечет за собой возникновение ситуаций, приводящих к дестабилизации или разрушению социальной и природной среды. Такие ситуации возникают взрывоопасно либо вследствие технологических катастроф, либо вызревают скрыто, принимая форму экологического бедствия, имеющего затяжной характер.

В настоящее время состояние окружающей среды во многих регионах России можно охарактеризовать как кризисное. В процессе хозяйственной деятельности людей происходит истощение природных ресурсов, разрушение экологических систем. На территории Российской Федерации довольно часто происходят производственные аварии, при которых необходимо срочное вмешательство государства для производства работ по восстановлению природы и спасения людей. Урегулировать отношения, возникающие в условиях кризисного состояния окружающей среды на определенной территории, призван такой институт экологического права как зоны экологического бедствия и зоны чрезвычайных ситуаций. В связи с принятием 10 января 2002 года Федерального закона № 7-ФЗ «Об охране окружающей

¹ Хоружая Т.А. Методы оценки экологической опасности. – М.: «Экспертное бюро», 1998. С. 21.

среды» чрезвычайные ситуации и зоны экологического бедствия получили принципиально новое правовое регулирование.

Если ранее Закон РСФСР «Об охране окружающей природной среды» содержал определения зон чрезвычайной экологической ситуации и экологического бедствия, а также устанавливал, что зоны ЧЭС и экологического бедствия объявляются Постановлениями Верховного Совета РФ или указами Президента РФ по представлению специально уполномоченных государственных органов в области охраны окружающей среды на основании заключения государственной экологической экспертизы, то на сегодняшний момент Федеральный закон «Об охране окружающей среды» содержит лишь одну статью о зонах экологического бедствия и чрезвычайных ситуаций, которая носит отсылочный характер. В соответствии со статьей 57 Закона:

- порядок объявления и установления режима зон экологического бедствия устанавливается законодательством о зонах экологического бедствия;
- защита окружающей среды в зонах чрезвычайных ситуаций устанавливается федеральным законом о защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации.

Поскольку, согласно ст. 2 Конституции Российской Федерации, провозглашено, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, следовательно, только в отдельных, специально оговоренных в законодательстве исключительных случаях, при особых (как правило, временных) обстоятельствах, отдельные права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены.

Данные обстоятельства обуславливают необходимость изучения проблемы обеспечения сохранения совокупности прав и свобод граждан в подобных ситуациях, так как совершенно очевидно, что их правовой статус не может оставаться неизменным, в связи с теми ограничениями, которые допускаются в процессе восстановления благоприятного состояния окружающей среды.

Проблеме правового статуса личности традиционно как в общей теории права, так и в отраслевых науках уделяется значительное внимание. В правовой науке признается, что правовой статус, закрепляя определенное состояние свободы людей, выступает важнейшим и в то же время непосредственным средством удовлетворения потребностей и интересов каждого человека, его всестороннего и свободного развития. Вместе с тем, в юридической науке имеется и целый ряд спорных моментов по вопросу о правовом статусе личности. К числу наиболее дискуссионных относится вопрос о содержании правового статуса личности. Наиболее распространенной среди отечественных юристов является точка зрения, согласно которой правовой статус гражданина образуют права и обязанности. Так, например, Г.В. Мальцев отмечает, что «особенностью правового статуса гражданина является единая система

входящих в него прав и обязанностей, проникнутая принципами социалистического общественного и государственного строя».¹ Н.В. Витрук, наряду с правами и обязанностями, включает в содержание правового статуса также и законные интересы как самостоятельный структурный элемент правового статуса личности.² С.С. Алексеев считает, что правовой статус гражданина следует пополнить также правосубъектностью (праводеееспособностью) гражданина.³ Однако, пожалуй, наиболее широко содержание правового статуса гражданина определяется в работах Л.Д. Воеводина. Наряду с правами и обязанностями, в качестве элементов содержания правового статуса автор выделяет также такие категории как гражданство, принципы, различные гарантии.⁴

В связи с этим представляется более правильным различать два самостоятельных понятия: правовое положение гражданина и правовой статус гражданина, отражающий явления, реальную связь между которыми можно определить как отношение целого к части. Правовой статус, состоящий из совокупности прав и обязанностей гражданина, таким образом, наряду с другими явлениями юридической действительности (гражданство, правосубъектность, принципы и гарантии) выступает в качестве элемента правового положения гражданина.

Исходя из вышеизложенных посылок, правовой статус гражданина можно определить как совокупность основных прав и обязанностей гражданина в определенной сфере общественных отношений. Правовой статус гражданина выступает и является центральным элементом и входит, наряду с другими элементами, в содержание правового положения личности.

С развитием общества правовой статус гражданина не может оставаться неизменным. В нем появляются новые права граждан, отражающие специфику произошедших изменений.

Что касается правового статуса граждан в зонах чрезвычайных ситуаций природного характера, то следует отметить, что он обладает определенной спецификой. Прежде всего это обусловлено целью придания территории подобного статуса, то есть, создания условий для реализации права проживающих в ней граждан на благоприятную окружающую среду. Однако создание таких условий является длительным процессом, в ходе которого будут затронуты другие права и свободы, последуют объективно необходимые изменения в правовом статусе. Но это не означает, что особый правовой режим таких зон несет в себе некую потенциальную угрозу демократическому общественному строю. В данном случае правоограничения возможны лишь в сфере природопользования. Очевидно, что создание условий для реализации конституционного права на благоприятную окружающую среду в зонах подобных чрезвычайных ситуаций не представляется возможным без введения

¹ Мальцев Г.В. Социальное право и свобода личности. - М., 1968. С. 80.

² Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. - М., 1979. С. 147-160.

³ Алексеев С.С. Теория права. - М.: БЕК, 1995. С. 160.

⁴ Воеводин Л.Д. Содержание правового положения личности в науке советского государственного права // Советское государство и право. 1965. № 2. С. 42-50.

особого режима природопользования.

Вместе с тем, необходимость ограничений сближает правовой режим зон чрезвычайной ситуации природного характера с режимом чрезвычайного положения. Как пишет доктор юридических наук А.Э. Жалинский, правовой режим чрезвычайного положения противоречив по своей природе, поскольку направлен на достижение или восстановление нормальных, обычных условий жизнедеятельности в определенных границах и одновременно связан с принятием экстраординарных мер.¹

Вместе с тем, полностью отождествлять два вышеупомянутых правовых режима не стоит в силу того, что различны поводы для их введения, различаются и правовые последствия. В самом общем виде И.Л. Петрухин выразил это отличие в том, что они не влекут никаких правовых ограничений для граждан (кроме ограничений природопользования). При этом действуют не экстраординарные, а общие правила об основаниях и порядке проверки документов, задержаниях и арестах. Комендантский час не допускается.²

В целом же, если определять статус населения, представляется заслуживающим внимание мнение А.Э. Жалинского, согласно которому правовой статус населения в условиях чрезвычайного положения должен включать в себя определение:

- 1 – населения;
- 2 – прав населения, которым должны корреспондировать обязанности органов, исполняющих режим чрезвычайного положения;
- 3 – обязанностей населения, которым корреспондируют права власти;
- 4 – организационно-ресурсных основ поддержания статуса населения, включая обеспечение ответственности за нарушение соответствующих прав и обязанностей.³

Считаем, что вышеприведенное высказывание вполне применимо к правовому статусу населения в зонах чрезвычайных ситуаций, согласно ст. 57 Федерального закона «Об охране окружающей среды». Что касается содержания понятия населения, то действующее законодательство допускает определение границ статуса по территориальному признаку. Так, территориальный подход был использован в отношении лиц, пострадавших от чернобыльской катастрофы.

В связи с этим при определении населения, подвергшегося отрицательному экологическому воздействию чрезвычайных ситуаций, следует учитывать, что его будут составлять лица, которые:

- постоянно проживали в данной местности;
- прибыли для проживания (в том числе и временного), но в этой связи подверглись неблагоприятному воздействию окружающей среды (например, вынужденные переселенцы, военнослужащие и т.д.).

Гораздо сложнее стоит вопрос о тех, чье пребывание на территории зоны

¹ Жалинский А.Э. Правовой статус населения в условиях чрезвычайного положения. Обеспечение безопасности населения и территорий при чрезвычайных ситуациях (организационно-правовые вопросы). - М., 1994. С. 27.

² Петрухин И.Л. Правовой режим в условиях социального бедствия // Государство и право. 1993. № 2. С. 52, 54.

³ Жалинский А.Э. Указ. соч. С. 34-35.

связано с выполнением трудовых обязанностей. С одной стороны, в настоящее время работники многих предприятий-загрязнителей защищены лучше, чем местное население. Они владеют средствами охраны труда и техники безопасности, получают различные компенсационные выплаты. С другой стороны, это не относится к тем, кто трудится не на «вредных» производствах. Здесь, очевидно, необходим учет всей совокупности факторов, которые могут служить основанием дифференциации мер по правовой защите. К числу таких факторов будут относиться, например, степень отрицательных изменений в окружающей среде зоны чрезвычайной ситуации, время пребывания на территории зоны, характер выполняемой работы (деятельности) и т.п.

Еще один аспект проблемы зон чрезвычайных ситуаций природного характера связан с идеей внутреннего зонирования. Как пишет О.С. Колбасов, внутреннее зонирование – необходимое организационное средство реабилитации таких зон и регулирования охранительного режима на них. Вместе с тем, его наличие представляется значимым только применительно к правовому статусу населения, поскольку на всей территории зоны чрезвычайной ситуации (независимо от степени экологического неблагополучия) реабилитация будет заключаться в выполнении конкретных мероприятий. По отношению к населению внутреннее зонирование в самом общем виде выражается, по его мнению, в том, что с участков, непригодных для жилья, будет осуществляться переселение, а на участках, где восстановление окружающей среды возможно, допустимо ограничиться ослаблением антропогенного воздействия.¹

Вышеизложенное позволяет выделить следующие категории граждан, находящихся на территории зон чрезвычайной ситуации природного характера:

- граждане, проживающие на загрязненных территориях (а также переселенные и выехавшие добровольно на новое место жительства в благополучные, в экологическом смысле, районы);
- граждане, работающие (работавшие), в том числе временно направленные или командированные на предприятия и иные производственные объекты, расположенные в пострадавшей зоне;
- военнослужащие и военнообязанные (к ним в вопросах правовой защиты должны приравниваться лица начальствующего и рядового состава органов внутренних дел).

Следующий компонент правового статуса населения составляют права населения и корреспондирующие им обязанности государственных органов. Проблема обеспечения прав населения представляется в данном случае основополагающей, она будет подробно рассмотрена ниже. Что касается обязанностей государственных органов в условиях подобных чрезвычайных ситуаций, среди них можно выделить такие, как:

- 1 – информирование населения о состоянии окружающей среды;
- 2 – охрана жизни и здоровья способами и в формах, усиленных по сравнению с нормальным режимом;
- 3 – поддержание условий экономической, трудовой деятельности и т.д.;

¹ Колбасов О.С. Зона экологического бедствия – шаг до пропасти // Государство и право. 1992. № 9. С. 30.

4 – поддержание минимального уровня снабжения населения необходимыми средствами (включая медицинское обслуживание);

5 – охрана окружающей среды, проведение мероприятий по восстановлению благоприятного экологического состояния загрязненных территорий.

Одним из первостепенных прав жителей зон, пострадавших от чрезвычайных ситуаций, является право на информацию. Важность реализации этого права подтверждает факт подготовки Европейской Экономической Комиссией ООН Конвенции о доступе к информации, участие общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды.¹ Целью данной Конвенции является содействие защите права каждого человека нынешнего и будущих поколений жить в окружающей среде, благоприятной для его здоровья и благосостояния.²

Применительно к таким зонам право на информацию можно трактовать в двух смыслах. Первый – предоставленное ст. 42 Конституции РФ право на информацию о состоянии окружающей среды.

В соответствии с п. 3 ст. 2 Конвенции о доступе к информации, участие общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды, экологическая информация означает любую информацию в письменной, аудиовизуальной, электронной или какой-либо иной материальной форме, содержащую такие сведения как:

- состояние элементов окружающей среды (воздух и атмосфера, почва, земля, ландшафты и природные объекты, биологическое разнообразие и его компоненты);

- вещества, энергия, шум и излучение;

- деятельность или меры, включая административные меры, соглашения в области окружающей среды, политику, законодательство, планы и программы, оказывающие или способные оказать воздействие на элементы окружающей среды;

- состояние здоровья и безопасности людей, условия их жизни, состояние зданий и сооружений, объектов культуры в той степени, в какой на них воздействует или может воздействовать состояние элементов окружающей среды.

В принципе, особой спецификой реализация право на информацию о состоянии окружающей среды в условиях зон чрезвычайной ситуации природного характера не обладает. Однако, учитывая объективно обусловленную повышенную заинтересованность населения в получении такого рода информации, возможно, следует установить обязанность территориальных природоохранных органов периодически (например, ежемесячно) не просто предоставлять эту информацию заинтересованным лицам по их требованию, а помещать ее в средствах массовой информации. Подобная практика уже давно существует в городе Оренбурге, где местные

¹ Права человека: Сборник международных документов. – М., 2002. С. 53.

² Колбасов О.С. Экологические права человека. Права человека как фактор стратегии устойчивого развития. Отв. ред. Е.А. Лукашева. - М.: Издательство НОРМА, 2000. С. 194.

природоохранные органы через СМИ (радио и телевидение) передают оперативную информацию о состоянии окружающей среды, которая может быть использована населением для корректировки своего поведения в течение дня.

Анализ управленческой деятельности в условиях чрезвычайных ситуаций позволяет предположить, что одним из наименее упорядоченных направлений на сегодняшний день следует считать именно информационное обеспечение деятельности, связанной с предотвращением и ликвидацией негативных экологических последствий. Многолетнее замалчивание действительного состояния природной среды показало, насколько важно обладание подобной информацией. Не вызывает сомнения, что достоверная информация необходима, прежде всего, для принятия гражданами, проживающими на загрязненной территории, мер по снижению возможного вредного воздействия на здоровье, для принятия решения о переезде в незагрязненные районы.

Важность принадлежащего гражданам права на доступность получения информации в области защиты от экологически опасных ситуаций и ее достоверность также подчеркивается Федеральным законом «О защите населения и территорий, пострадавших от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера»,¹ предусматривающей ответственность за сокрытие, несвоевременность или предоставление заведомо ложной информации. В то же время, несмотря на то, что юридические возможности получения гражданами Российской Федерации экологической информации закреплены, отлаженного механизма их реализации до сих пор нет.

Второй аспект реализации права на информацию связан с выполнением мероприятий по оздоровлению экологической обстановки в зоне чрезвычайной ситуации, реабилитации нарушенных природных компонентов, снижению уровня воздействия на природу. Подобный комплекс мер должен быть представлен в едином документе. Им, на наш взгляд, может являться Программа социально-экономического развития пострадавшей территории.

В подобной Программе должны быть определены приоритетные экологические и связанные с ними социально-экономические проблемы. Причем, считаем, что, в первую очередь, должны осуществляться неотложные меры и мероприятия по улучшению окружающей среды, санитарно-эпидемиологической обстановки и здоровья населения, а затем необходимо создание условий для хозяйствования в целях организации экологически устойчивого развития пострадавшей территории.

Безусловно, что следует выработать и действенный механизм контроля общественности за выполнением намеченных мероприятий. Ведь, в конечном итоге, реализация подобной Программы необходима, прежде всего, населению соответствующей территории. В связи с этим, думаем, что было бы совершенно оправданным введение обязанности соответствующих компетентных органов на местах публиковать сведения о ходе выполнения Программы, а именно, продвижение работ по каждому конкретному мероприятию.

Еще одной составляющей правового статуса выступают дополнительные

¹ СЗ РФ. 1994. № 35. Ст. 3648; 2002. № 44. Ст. 4294.

обязанности населения, которые, применительно к зонам чрезвычайной ситуации природного характера, выражаются во введении уже упомянутых выше правоограничений. Наконец, организационно-ресурсные основы поддержания статуса населения непременно должны быть заложены в программе оздоровления социально-экологической обстановки.

Таким образом, очевидно, что создавшаяся на экологически загрязненных территориях ситуация несомненно влияет на правовой статус находящихся на ней лиц. В своей основе его ограничение связано с проводимыми в зоне мероприятия, направленными на устранение отрицательного влияния загрязненной среды на человека. Следовательно, основная сфера подобных правоограничений – это природопользование. В связи с этим, особенности правового статуса граждан в условиях чрезвычайных ситуаций природного характера заключаются в обеспечении государством реализации таких основополагающих прав, которые содержатся в сфере экологии (права на экологическую информацию, на благоприятную окружающую среду, на охрану окружающей среды), в сфере здравоохранения и оздоровления населения, в трудовой и социальной сфере.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ТОРГОВЛЯ РЕДКИМИ И ИСЧЕЗАЮЩИМИ РАСТЕНИЯМИ И ЖИВОТНЫМИ: ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Чашкин П.В. – ст. преподаватель кафедры аграрного и экологического права

Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (Convention of International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora) – СИТЕС, или Вашингтонская конвенция, была подписана 3 марта 1973 года в Вашингтоне (США) и вступила в силу с 1 июля 1975 года¹. Основная цель Конвенции – сохранение редких и исчезающих видов животных и растений, численность которых подорвана или может быть подорвана из-за того, что они являются популярными объектами международной торговли. Конвенция призвана, с одной стороны, сделать издержки на перевозку уязвимых видов чрезмерно высокими, а с другой стороны, снизить рыночные цены на эти виды, и тем самым сделать экономически невыгодной незаконную добычу этих видов. В настоящий момент членами Конвенции являются 160 стран. Советский Союз стал участником данной Конвенции в 1976 году. После распада СССР Российская Федерация заявила о продолжении обязательств бывшего СССР. Эта декларация вступила в силу с 1 января 1992 года. В соответствии с уведомлением Секретариата СИТЕС от 26 марта 1993 г. и решением IV сессии Межгосударственного экологического совета (Минск, 2 декабря 1993 года) Административный орган СИТЕС в России обслуживает страны бывшего

¹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. - Вып. XXXII. - М., 1978. С. 549-562.

СССР, до настоящего времени не определившихся в отношении к Конвенции, – Армению, Киргизстан, Таджикистан и Туркменистан.¹

Юридическое содержание понятия «международная торговля» раскрывается в статье I Конвенции. Под ней понимается экспорт, реэкспорт, импорт, а также интродукция из моря. При этом «реэкспорт» означает экспорт любого образца, который ранее был импортирован, а «интродукция из моря» – ввоз в государство образцов любого вида, добытых в морской среде, не находящейся под юрисдикцией какого-либо государства. Таким образом, международная торговля трактуется Конвенцией крайне широко, подразумевая фактически любое пересечение регулируемых объектами национальных границ государства независимо от того, является ли такое пересечение результатом или средством осуществления сделки купли-продажи.

По своему статусу все регулируемые Конвенцией виды животных и растений отнесены к одной из трех категорий и соответственно перечислены в трех приложениях к Конвенции. В Приложение I включены виды, находящиеся под угрозой исчезновения и торговля которыми оказывает или может оказать влияние на их существование. Торговля образцами этих видов находится под особо строгим контролем с тем, чтобы не подвергать опасности их выживание, и разрешается только в исключительных случаях. В Приложение II включены виды, которые в данное время хотя и не находятся под непосредственной угрозой исчезновения, но могут стать таковыми, если торговля ими не будет строго регулироваться в целях недопущения такого использования, которое несовместимо с их выживанием. В Приложение III включены все виды, которые по определению любой Стороны подлежат охране в пределах ее юрисдикции в целях предотвращения или ограничения эксплуатации и нуждаются в сотрудничестве других стран для контроля за торговлей.

Перечень видов, данных в приложениях к Конвенции, не является законченным. В соответствии с процедурой, предусмотренной статьями XV и XVI Конвенции, Сторонами в эти перечни могут вноситься поправки. Согласно статье XXIII Конвенции ее положения не подлежат общим оговоркам. Конкретные оговорки могут быть сделаны при принятии вышеуказанных поправок к перечням, а также при сдаче государством на хранение своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении. В последнем случае оговорки могут быть сделаны в отношении любого вида, включенного в Приложение I, II, и III, или любых частей или дериватов, указанных в связи с видом, включенным в Приложение III. Пока Сторона не снимет оговорку, она будет считаться государством, не участвующим в Конвенции в отношении торговли теми видами или частями, или дериватами, которые указаны в этой оговорке.²

¹ Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящихся под угрозой исчезновения (СИТЕС). Информационные материалы. – М., 2002. С. 1.

² Так, постановлениями Правительства РФ от 7 апреля 1995 г. № 318 «Об оговорках по видам диких животных, включенным в Приложения I и II Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 3 марта 1973 г.» (СЗ РФ. 1995. № 16. Ст. 1422) и от 18 июня 1999 г. № 653 «Об оговорке в отношении речной выдры, включенной в Приложение I Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 3 марта 1973 г.» (СЗ РФ. 1999. № 25. Ст. 3128) сняты оговорки, сделанные в свое время СССР.

Непосредственным объектом торговых операций выступают образцы СИТЕС. Под термином «образец СИТЕС» понимается любое животное или растение, включенное в приложения СИТЕС, живое или мертвое, или любая легко распознаваемая его часть, или производное (дериват), в том числе то, которое по документам, упаковочному ярлыку или маркировке, или по иным признакам, является или может являться частью или производным (дериватом) животного или растения. Для контроля над торговлей образцами видов, включенных в приложения СИТЕС, используется механизм разрешений. При этом для каждой из их категорий устанавливается свой комплекс требований, связанных с получением необходимого разрешения. Учитывая, что виды, включенные в Приложение I, являются особо ценными, коммерческая торговля их образцами запрещена. Исключения составляют экземпляры, являющиеся вторым поколением при размножении животных в питомниках (включая зоопарки), зарегистрированных в установленном порядке Секретариатом СИТЕС. Торговля образцами видов из Приложения I может производиться только после получения и представления таможенным и иным контрольным службам как экспортного, так и импортного разрешения СИТЕС. Механизм двойного лицензирования установлен для обеспечения более надежного контроля над торговлей, предупреждения возможных попыток экспортеров нарушить действующие требования, возведения дополнительных барьеров для контрабанды. Для вывоза за рубеж образцов видов из Приложения II достаточно иметь экспортное или реэкспортное разрешение. Образцы видов, перечисленных в Приложении III, могут быть ввезены или вывезены из страны, по инициативе которой вид охраняется Конвенцией, при наличии сертификата о происхождении.¹

В Конвенции предусмотрены требования, при соблюдении которых различного рода разрешения и сертификаты могут быть выданы. Среди них, в частности, наличие научно обоснованной информации, подтверждающей, что торговая сделка не нанесет ущерб данному биологическому виду в естественных условиях. При помощи этого положения в Конвенции предпринимается попытка увязать регулирование международной торговли с охраной животных и растений в дикой природе, то есть сблизить экономические и экологические интересы.² Необходимым условием для получения разрешения является также представление экспортером уполномоченным ведомствам документов, подтверждающих: законность приобретения данного образца, гарантии обеспечения безопасной для его здоровья и состояния транспортировки и последующего ухода.

Высшим органом Конвенции является Конференция Сторон, которая проводится раз в два года. Со времени вступления Конвенции в силу проведено 13 Конференций Сторон, на которых были приняты многочисленные рекомендации, уточняющие и развивающие положения основного текста Конвенции, а также способствующие усовершенствованию механизма ее

¹ В Российской Федерации в этих случаях выдается экспортное разрешение.

² Краснова И.О. Международная торговля редкими и исчезающими видами животных и растений – рынок и проблемы экологического контроля // Экологическое право и рынок. - М., 1994. - С. 263.

действия. Для обеспечения деятельности СИТЕС в период между Конференциями Сторон создан исполнительный орган - Секретариат, а также Комиссия по животным, Комиссия по растениям, Номенклатурный комитет и Постоянный комитет.¹ Растущее беспокойство, вызываемое состоянием редких и исчезающих видов животных и растений, заставляет страны, еще не присоединившиеся к СИТЕС, решать проблемы, возникающие в пределах их территории, точно так же, как если бы они были ее участниками. В связи с этим статья X Конвенции допускает, что в случае экспорта или реэкспорта в государство или импорта из государства, не являющегося участником СИТЕС, аналогичная документация, выданная компетентными властями такого государства и в основном соответствующая требованиям СИТЕС, касающихся разрешений и сертификатов, может приниматься вместо таких разрешений и сертификатов любой Стороной. Очевидно, что подобная практика затруднит использование «системы коридоров» в нелегальной торговле экзотами.

Став участником СИТЕС, каждая страна берет на себя целый ряд обязательств, наиболее существенными из которых, согласно тексту и смыслу Конвенции, являются: 1) назначение одного или нескольких Административных органов, имеющих право выдавать разрешения и сертификаты СИТЕС; 2) назначение одного или нескольких Научных органов, с которыми согласуется выдача разрешений и сертификатов СИТЕС; 3) принятие мер по запрещению владения и торговли образцами в нарушение положений Конвенции, включая введение в национальное законодательство норм, предусматривающих конфискацию или возвращение экспортирующему государству указанных образцов. Постановлением Правительства РФ от 13 сентября 1994 г. № 1051 «О мерах по обеспечению выполнения обязательств Российской Стороны, вытекающих из Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 3 марта 1973 года»² выполнение функций Административного органа СИТЕС в России было возложено на Министерство охраны окружающей среды и природных ресурсов РФ, которому было поручено: определить учреждения, выполняющие в Российской Федерации функции Научного органа по данной Конвенции; определить порядок и установить размеры взимания платы за выдачу разрешений на вывоз с территории, а также ввоз на территорию России видов животных и растений, их частей или дериватов, подпадающих под действие Конвенции; разработать и утвердить правила вывоза с территории Российской Федерации и ввоза на территорию Российской Федерации видов животных и растений, их частей или дериватов, подпадающих под действие Конвенции; устанавливать квоты на экспорт животных и растений, их частей или дериватов, подпадающих под действие Конвенции³; утвердить перечень

¹ Гордина Ф.Я., Добрынина Н.Г., Орлов В.А. Охрана природы: Международные организации, конвенции и программы. - М., 1995. - С. 126.

² Собрание законодательства РФ. - 1994. - № 21. - Ст. 2396.

³ В случае, если Научный орган определит, что экспорт образцов любого вида, включенного в Приложение II, должен быть ограничен для поддержания данного вида во всем его ареале, сообразном с ролью вида в экосистеме, в которой он встречается, и на более высоком уровне, чем тот, при котором может оказаться необходимым перенесение данного вида в Приложение I, Научный орган рекомендует соответствующему Административному органу надлежащие меры, которые должны быть приняты для ограничения выдачи

видов животных и растений, торговля которыми регулируется в соответствии со статьей V Конвенции (Приложение III)¹, и др.

Несмотря на многочисленные реорганизации природоохранного ведомства в 90-е годы, некоторые документы, принятые им, действуют до сих пор. Так, основные задачи и функции Административного органа СИТЕС России определены во Временном положении об Административном органе СИТЕС в Российской Федерации, утвержденном приказом Минэкологии России от 28 сентября 1992 г. № 215.² К ним относятся: контроль за деятельностью предприятий, учреждений, организаций, граждан, осуществляющих торговлю образцами видов диких животных и растений, находящихся под угрозой исчезновения и подпадающих под действие Конвенции; рассмотрение заявок и соответствующей документации на добывание видов диких животных и растений, находящихся под угрозой исчезновения, и торговлю образцами этих видов, оформление и выдача соответствующих разрешений; регистрация центров (питомников, ботанических садов, дендрариев, зоопарков, цирков и т.п.) по разведению представителей видов дикой фауны и флоры, занесенных в Приложения I и II СИТЕС, и осуществление контроля за их деятельностью; организация проведения инвентаризации образцов, имеющих в музеях, научных организациях и частных коллекциях; организация и участие в разработке положений, правил, инструктивных материалов и методических пособий по вопросам, связанным с эксплуатацией и охраной видов дикой флоры и фауны, находящихся под угрозой исчезновения; организация и проведение методологических занятий с персоналом таможенной, ветеринарной и карантинной служб по вопросам идентификации образцов, а также обеспечение этих служб справочными пособиями, листовками, плакатами и другими материалами, необходимыми для выполнения обязательств Российской Федерации по СИТЕС; организация взаимодействия с Секретариатом СИТЕС и компетентными органами иностранных государств, с Научно-консультативным органом СИТЕС России и другими научными организациями; разработка предложений о порядке конфискации и применения штрафных санкций к нарушителям требований СИТЕС и возвращения образцов в экспортирующую страну; организация пунктов спасения конфискованных живых образцов и др. Содержание деятельности Научного органа определено во Временном положении о научном органе СИТЕС в Российской Федерации, утвержденном приказом Минприроды России от 4 июля 1994 г. № 206.³ В нее входят: сбор, обработка и хранение информации о видах, подвидах, популяциях животных и растений, торговля которыми регулируется СИТЕС; сбор сведений о состоянии

разрешений на экспорт образцов данного вида (пункт 3 статьи IV Конвенции). Административный орган СИТЕС РФ ежегодно обосновывает перед Комиссией по животным и Секретариатом СИТЕС квоты на шкуры рыси и мускус кабарги, а также согласовывает квоту на среднеазиатских черепаха для стран Средней Азии бывшего СССР.

¹ Такой перечень до сих пор не утвержден.

² Документ официально опубликован не был. Предоставлен Отделом рационального использования объектов животного мира Департамента государственной политики в сфере охраны окружающей среды МПР России.

³ Документ официально опубликован не был. Включен в онлайн-версию компьютерной правовой системы «Консультант плюс» (www.consultant.ru).

в природе этих животных и растений; экспертиза образцов СИТЕС; подготовка научных рекомендаций (заключений) для Административного органа СИТЕС в Российской Федерации о возможности экспорта (реэкспорта) образцов СИТЕС, а также импорта в Россию образцов СИТЕС, включенных в Приложение I СИТЕС; разработка рекомендаций по изменению и дополнению приложений I и II СИТЕС и предложений по формированию Приложения III СИТЕС от Российской Федерации с целью усиления контроля за использованием охраняемых и (или) особо ценных видов животных и растений отечественной фауны и флоры; оказание научно-методической помощи в организации пунктов по спасению конфискованных живых образцов; создание банка данных по действующим на территории Российской Федерации генетическим центрам (питомникам, зоопаркам, ботаническим садам, дендрариям и др.), осуществляющим содержание и разведение в неволе (культуре) видов животных и растений, подпадающих под действие СИТЕС; разработка совместно с другими научными учреждениями мероприятий по обеспечению выполнения обязательств Российской Федерации по Конвенции, включая меры по сохранению и восстановлению видов животных и растений, подпадающих под действие СИТЕС; оказание помощи органам Минприроды России, МВД России, прокуратуры, ветеринарного и таможенного контроля в обучении персонала, проведении экспертизы и идентификации образцов СИТЕС; участие в подготовке и издании справочных пособий, листовок и плакатов, касающихся образцов СИТЕС, в целях информационного обеспечения заинтересованных юридических и физических лиц и др.

В настоящее время Административным органом СИТЕС в России в отношении видов дикой фауны и флоры, находящихся под угрозой исчезновения, кроме осетровых видов рыб¹, является Федеральная служба по надзору в сфере природопользования, находящаяся в ведении Министерства природных ресурсов РФ. Это предусмотрено пунктом 5.2.1 Положения о данной службе, утвержденном постановлением Правительства РФ от 30 июля 2004 г. № 400². В соответствии с пунктом 4 приказа Федеральной службы по надзору в сфере природопользования от 2 сентября 2004 г. № 9 «О разрешительной деятельности в Федеральной службе по надзору в сфере природопользования»,³ научным органом СИТЕС в Российской Федерации определены (по согласованию) Всероссийский научно-исследовательский институт охраны природы, Институт проблем экологии и эволюции имени А.Н. Северцова Российской академии наук и Межведомственная ихтиологическая комиссия Минсельхоза России, Минприроды России и Российской Академии Наук. Тем же приказом утвержден Временный регламент оформления и выдачи разрешений на вывоз из РФ, на ввоз в РФ, а также на реэкспорт видов животных и растений, их частей или дериватов, подпадающих под действие

¹ Постановлением Правительства РФ от 8 апреля 2004 г. № 201 функции Административного органа СИТЕС в России в отношении осетровых видов рыб возложены на Федеральную службу по ветеринарному и фитосанитарному надзору, находящуюся в ведении Министерства сельского хозяйства РФ.

² СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3347.

³ Документ официально опубликован не был. Включен в онлайн-версию компьютерной правовой системы «Консультант плюс» (www.consultant.ru).

Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 3 марта 1973 года, кроме осетровых рыб.

В соответствии с Временным регламентом для оформления разрешения СИТЕС российские и иностранные юридические или физические лица представляют в Федеральную службу по надзору в сфере природопользования (далее – Росприроднадзор) и, в необходимых случаях, в Научный орган заявление, в котором указываются: а) цель экспорта, реэкспорта, импорта, интродукции из моря¹; б) вид животного или растения с указанием его полного русского и латинского названия; в) описание образца (живые животные или растения, шкуры, чучела, тушки, черепа, рога, клыки, кровь, икра, семена, корни, клубни, корневища, а также изделия и т.д.; для живых животных - пол и возраст, наличие идентифицирующих меток); г) количество и/или вес образцов; д) происхождение образца (изъято из природы, выведено или выращено в искусственных условиях, импортировано из другой страны, конфисковано, куплено, получено в качестве дара или наследства и т.п.); е) юридический адрес (для физических лиц - домашний адрес, паспортные данные) экспортера (реэкспортера) и импортера на русском и английском языках, их телефоны и факсы. К заявлению прилагаются: копия учредительного документа и (или) свидетельства о государственной регистрации для юридических лиц, а для физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, - справку налогового органа о постановке на учет или свидетельство о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя со штампом налогового органа (при обращении в первый раз); копия контракта между экспортером и импортером или иного договорного документа, подтверждающего намерения о совершении данного вывоза или ввоза, за исключением перевозки образцов животного и растительного происхождения, находящихся в личной собственности; разрешение Административного органа СИТЕС страны-импортера в случае, если образец включен в Приложение I СИТЕС, а также в случаях, когда государства ввели дополнительные ограничения на ввоз образцов СИТЕС; документы, подтверждающие законность добывания, приобретения, пользования, распоряжения, владения образцом, или, в некоторых случаях, гарантийное письмо о предоставлении этих документов; копию квитанции или платежного поручения об оплате услуги за рассмотрение заявления. При этом документами, подтверждающими законность добывания, приобретения, распоряжения или владения образцом, могут являться: доверенность, оформленная в установленном порядке, на право распоряжения или пользования образцом; копия разрешения на сбор (заготовку) объектов растительного мира, выданного соответствующим специально

¹ Указывается согласно перечню целей, определенных резолюцией 10.2 Конференции Сторон: коммерческие операции; обмен между зоопарками; обмен между ботаническими садами; цирковые выступления в другой стране и передвижные выставки; научный обмен; перевозка охотничьих трофеев; перевозка образцов животного и растительного происхождения, находящихся в личной собственности; перевозка образцов для биомедицинских целей; перевозка образцов для целей образования и просвещения; для реинтродукции и интродукции в дикую природу; для разведения в неволе и искусственного выращивания.

уполномоченным государственным органом (лесорубочный билет, разрешение на побочное лесопользование); разрешение на добывание объектов растительного мира, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации; талон к лицензии на отстрел (добывание), протокол охоты либо иное разрешение на добывание объектов животного мира, отнесенных к объектам охоты, выданное специально уполномоченным на то государственным органом или владельцем охотугодий; копия разрешения на добывание объектов животного мира, не отнесенных к объектам охоты и рыболовства, выданное территориальным органом Росприроднадзора, и акт государственной экологической экспертизы о возможном добывании; копия разрешения на добывание и (или) разрешение (распорядительная лицензия) на оборот диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации, выданные Росприроднадзором; копия разрешения на добывание водных биологических ресурсов, выданное соответствующим специально уполномоченным государственным органом; выписка из племенной книги с указанием даты и места рождения, племенных номеров и кличек, с указанием сведений о его родителях до 2-го, а при необходимости и более поколений; документ, подтверждающий разведение растений в культуре; товарный чек; документы, подтверждающие право собственности (например, копия лицензии на право пользования природными ресурсами, копия договора с владельцем или арендатором охотугодий, договор купли-продажи, завещание, договор дарения и т.д.); постановление компетентных органов о конфискации образцов и (или) документ Административного органа СИТЕС России на передачу конфиската; разрешение Административного органа СИТЕС страны-экспортера либо компетентного государственного органа, если страна-экспортер не является Стороной СИТЕС, включая страны СНГ. При необходимости, обусловленной целями соблюдения требований СИТЕС, Росприроднадзор может запрашивать и иную информацию, касающуюся предстоящего вывоза (ввоза).

Административный орган СИТЕС России рассматривает заявление и прилагаемые к нему документы, а в случаях, предусмотренных СИТЕС, консультируется с Секретариатом СИТЕС, страной-импортером или страной-экспортером и производит оформление разрешения СИТЕС в течение 30 дней либо направляет мотивированный отказ. При этом для каждой партии образцов выдается отдельное разрешение СИТЕС. Выдача разрешения СИТЕС производится за плату, размеры которой установлены еще приказом Госкомэкологии России от 21 мая 1998 г. № 311 «Об утверждении Порядка взимания платы за выдачу разрешений на вывоз с территории, а также ввоз на территорию Российской Федерации видов животных и растений, их частей или дериватов, подпадающих под действие Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения».¹ Платежи составляют: за рассмотрение заявления - 0,1 МРОТ; за оформление разрешения - 3,0 МРОТ. Взимаемые суммы направляются в доход федерального бюджета.

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 28. 1998.

Выдача разрешений СИТЕС производится при наличии положительной рекомендации Научного органа СИТЕС России. Такая рекомендация не требуется в случаях цирковых гастролей, перевозки охотничьих и рыболовных трофеев, музейных и выставочных экспонатов, а также единичных образцов животных и растений, являющихся собственностью физических лиц. Согласно пункту 7 статьи VI Конвенции, Административный орган, когда это уместно и возможно, может поставить метку на любой образец для облегчения его опознания. При этом «метка» означает любое несмываемое клеймо, свинцовую пломбу или другое подходящее средство установления подлинности образца, выполненное так, чтобы подделка его посторонними лицами оказалась бы предельно трудной. В развитие этой нормы пункт 11 Временного регламента устанавливает правило, что предназначенные к вывозу живые животные должны быть помечены специальными метками, отвечающими требованиям СИТЕС.

Выдаваемое разрешение СИТЕС оформляется на бланке установленного образца в четырех экземплярах с защитной маркой СИТЕС на «первом» экземпляре (оригинал), подписывается уполномоченным должностным лицом и скрепляется печатью Административного органа СИТЕС России. Оформленные разрешения СИТЕС (оригинал и две копии) выдаются заявителю либо высылаются почтой после предъявления копии квитанции или платежного поручения об оплате услуги за выдачу разрешения СИТЕС. Первый экземпляр (оригинал) разрешения СИТЕС с защитной маркой и подписанный должностными лицами Административного органа СИТЕС в Российской Федерации следует вместе с образцом и после использования должен быть передан в Административный орган СИТЕС страны-импортера, второй экземпляр разрешения заявитель передает органам таможенного контроля Российской Федерации, а третий экземпляр разрешения остается у заявителя. В Административном органе СИТЕС России хранится копия разрешения с прилагаемыми к нему материалами. Бланк ныне действующего разрешения утвержден тем же приказом, что и Временный регламент. Согласно утвержденному бланку, разрешение СИТЕС действительно для перевозки животных только в том случае, если условия их транспортировки соответствуют рекомендациям СИТЕС, а в случае авиаперевозок - Правилам ИАТА.¹ Следовательно, животные, перевозимые в несоответствующей таре, могут быть конфискованы, невзирая на наличие всех необходимых разрешительных документов. Право подписания разрешений предоставлено руководителю Росприроднадзора, его заместителю и начальнику Управления особо охраняемых природных территорий, экологической экспертизы и разрешительной деятельности. При этом для разрешений используется специальная печать со словами «Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения».

¹ Конференцией Сторон СИТЕС в 1979 году принято Руководство по транспортировке и подготовке живых диких животных и растений. Международной Ассоциацией воздушного транспорта (ИАТА) изданы Правила перевозки живых животных ИАТА. Извлечения из них, включая требования к клеткам, контейнерам, их маркировке, опубликованы в книге: Краткий определитель животных и растений, включенных в приложения СИТЕС: Учебно-методическое пособие. - М., 1999. С. 52-54.

Административный орган СИТЕС России».

Разрешения СИТЕС на экспорт и реэкспорт действительны сроком не более 6 месяцев, для передвижных выставок и цирков - 12 месяцев, а на импорт - 12 месяцев. Указанные сроки установлены для завершения любых действий по экспорту и импорту, включающих транспортировку образцов и прохождение их через таможенную границу страны-экспортера и страны-импортера. Если по каким-либо причинам разрешение не было использовано в указанные сроки, оно является недействительным и подлежит обязательному возврату в Административный орган СИТЕС России в двухнедельный срок. В случаях переоформления разрешений СИТЕС по причине истечения срока действия представление полного пакета заявочной документации не обязательно. В соответствии с резолюцией 10.2 Конференции Сторон Административный орган СИТЕС страны-экспортера вправе рассматривать вопрос о возможности выдачи разрешения СИТЕС после факта ввоза образцов в страну-импортер (ретроспективное разрешение) на основании проведения необходимых консультаций с Административным органом страны-импортера. Согласно пункту 8 Временного регламента, для решения вопроса о выдаче ретроспективного разрешения в Росприроднадзор представляются те же документы, что и для выдачи обычных разрешений. При этом срок выдачи разрешения исчисляется с даты получения от Административного органа страны-импортера согласия о принятии такого разрешения.

В пункте 7 Временного порядка подчеркивается, что разрешение СИТЕС не заменяет собой другие разрешения или лицензии, необходимые для осуществления вывоза (ввоза) образцов в соответствии с законодательством Российской Федерации. Во-первых, здесь имеются ввиду принимаемые Росприроднадзором решения о выдаче лицензий на экспорт ресурсов животного и растительного происхождения.¹ Во-вторых, при вывозе или ввозе зоологических коллекций также оформляются разрешения на вывоз за пределы Российской Федерации и ввоз на ее территорию зоологических коллекций (как включенных, так и не включенных в реестр зоологических коллекций), их частей и отдельных экспонатов². Если вывозятся или ввозятся зоологические коллекции, отнесенные к культурным ценностям, то эти отношения подпадают под действие Закона РФ от 15 апреля 1993 г. № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей».³ В данном случае выдача разрешений осуществляется Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия, ее территориальными органами, другими организациями.⁴ В-третьих, согласно Инструкции о порядке выдачи ветеринарных сопроводительных документов на подконтрольные

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 2004 г. № 9.

² См. Положение о зоологических коллекциях, утвержденное приказом Госкомэкологии РФ от 30 сентября 1997 г. № 411 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 9.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. - 1993. - № 20. - Ст. 718.

⁴ См. пункт 5.7 Положения о Федеральной службе по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия, утвержденного постановлением Правительства РФ от 17 июня 2004 г. № 301 // СЗ РФ. 2004. № 26. Ст. 2671.

Госветнадзору грузы, утвержденной первым заместителем Министра сельского хозяйства и продовольствия РФ 12 апреля 1997 г. № 13-7-2/871,¹ подконтрольные Госветнадзору грузы могут быть экспортированы только при наличии ветеринарного сертификата, характеризующего ветеринарно-санитарное состояние сопровождаемого груза и места его выхода, которое выдается ветеринарными врачами пограничных контрольных ветеринарных пунктов. При прохождении таможенного контроля физические лица заполняют пассажирскую таможенную декларацию.² Наряду с иной информацией, обязательному декларированию в ней подлежат сведения о перемещаемых объектах флоры и фауны, их частях и полученной из них продукции.

Как уже отмечалось, став участником СИТЕС, страны берут на себя обязательства по установлению запретов на владение и торговлю образцами в нарушение положений Конвенции, включая введение в национальное законодательство норм, предусматривающих конфискацию или возвращение экспортирующему государству указанных образцов. В специальной литературе указывается, что национальный законодатель должен четко определить действия, которые запрещены. Как минимум, это импорт и экспорт образцов видов СИТЕС без соответствующих документов, использование недействительных или поддельных документов, владение и внутренняя торговля образцами, ввезенными в отсутствие разрешений или с недействительными либо поддельными документами. Правонарушениями также должны признаваться: любое отступление от условий, связанных с разрешением; дача ложных и неточных заявлений в связи с заявкой на разрешение; дача ложных и неточных заявлений контролирующему лицу; воспрепятствование контролирующему чиновнику во время выполнения им своих обязанностей. В отношении подделок разрешений и (или) марок могут быть применены действующие законы по подделке документов. Нарушением следует считать и перевозку либо содержание животных, которое осуществляется с нарушением любых правил транспортировки.³

В Российской Федерации уголовная ответственность за нарушение установленных СИТЕС правил международной торговли животными и растениями редких и исчезающих видов предусмотрена статьей 188 Уголовного кодекса РФ⁴ «Контрабанда». В ряде случаев возможна квалификация содеянного и по соответствующим частям статей 324 Уголовного кодекса РФ «Приобретение или сбыт официальных документов и государственных наград» и 327 Уголовного кодекса РФ «Подделка, изготовление и сбыт поддельных документов, государственных наград, штампов, печатей, бланков», статье 245 Уголовного кодекса РФ «Жестокое обращение с животными», и др. При отсутствии признаков уголовно-

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 12. 1997.

² Форма и порядок заполнения декларации утверждены приказом Государственного таможенного комитета РФ от 19 мая 2004 г. № 590 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 26. 2004.

³ Ильяшенко В.Ю., Ильяшенко Е.И. Законодательство России, обеспечивающее выполнение СИТЕС. - М., 1999. С. 60-61.

⁴ Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

наказуемого деяния за нарушение таможенных, а также ветеринарных правил, совершаемых при пересечении подкарантинными грузами таможенной границы, в Кодексе РФ об административных правонарушениях¹ предусмотрена административная ответственность. Это статьи 16.1 «Незаконное пересечение товаров и (или) транспортных средств через таможенную границу Российской Федерации», 16.2 «Недекларирование либо недостоверное декларирование товаров и (или) транспортных средств», 10.2 «Нарушение порядка ввоза и вывоза подкарантинной продукции (подкарантинного материала, подкарантинного груза)», 10.6 «Нарушение правил карантина животных или других ветеринарно-санитарных правил», и др. Юридическая ответственность за незаконное владение и внутреннюю торговлю уязвимыми видами установлена статьей 8.35 КоАП РФ. Здесь предусмотрено, что добывание, сбор, содержание, приобретение, продажа либо пересылка редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных или растений, охраняемых международными договорами, а также их продуктов, частей либо дериватов без надлежащего на то разрешения или с нарушением условий, предусмотренных разрешением, либо с нарушением иного установленного порядка - влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от пятнадцати до двадцати минимальных размеров оплаты труда с конфискацией орудий добывания животных или растений, а также самих животных или растений, их продуктов, частей либо дериватов или без таковой; на должностных лиц - от тридцати до сорока минимальных размеров оплаты труда с конфискацией орудий добывания животных или растений, а также самих животных или растений, их продуктов, частей либо дериватов или без таковой; на юридических лиц - от трехсот до четырехсот минимальных размеров оплаты труда с конфискацией орудий добывания животных или растений, а также самих животных или растений, их продуктов, частей либо дериватов или без таковой.

Постановлением Правительства РФ от 28 мая 2003 г. № 304 утверждены Правила использования конфискованных диких животных и растений, их частей или дериватов, подпадающих под действие Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 3 марта 1973 г.² Установлено, что решение об использовании образцов принимает Административный орган СИТЕС в России на основании заключения Научного органа с учетом законодательства Российской Федерации и необходимости обеспечения надлежащих условий содержания и биологических потребностей животных, а также исключения жестокого обращения с ними. Федеральные органы исполнительной власти или их территориальные органы, у которых временно находятся образцы, не позднее трех дней с даты получения решения о конфискации образцов, принятого уполномоченным органом, уведомляют об этом Административный орган. В уведомлении указываются следующие сведения: а) название биологического вида образца; б) количество образцов; в) описание образца; г)

¹ Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

² Собрание законодательства РФ. 2003. № 22. Ст. 2168.

сведения об образце (страна экспорта, наличие сопроводительных документов, документы, подтверждающие факт изъятия); д) сведения о лице, у которого изъяты образцы (для физических лиц - фамилия, имя, отчество, адрес, паспортные данные, для юридических лиц - полное название, юридический и фактический адрес). Административный орган до принятия в установленном порядке решения об использовании образцов определяет специализированную организацию, которой передаются образцы для временного содержания (хранения)¹. Расходы специализированной организации по временному содержанию (хранению) образцов возмещаются физическим или юридическим лицом, у которого они конфискованы, или за счет средств, полученных от реализации образцов.

В отношении живых образцов Административный орган в течение 30 дней с даты получения информации, указанной выше, принимает одно из следующих решений: а) о возврате в страну экспорта (после консультации с соответствующим государством); б) о выпуске в естественную природную среду; в) о безвозмездной передаче государственным или муниципальным унитарным предприятиям и учреждениям для содержания и разведения в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания в природоохранных, научных и просветительских целях; г) о передаче Российскому фонду федерального имущества для реализации в установленном порядке с соблюдением ограничений, установленных законодательством Российской Федерации (в случае невозможности реализации решений «а» - «в»); д) об умерщвлении (при наличии заключения органов ветеринарного надзора). В отношении неживых образцов решение принимается Административным органом в течение 60 дней. Это могут быть: а) возврат в страну экспорта; б) безвозмездная передача государственным или муниципальным унитарным предприятиям и учреждениям в природоохранных, культурных, научных, медицинских и просветительских целях; в) передача Российскому фонду федерального имущества для реализации в установленном порядке с соблюдением ограничений, установленных законодательством Российской Федерации (в случае невозможности реализации решений «а» и «б»); г) уничтожение.

В случае принятия Административным органом решения о передаче образца Российскому фонду федерального имущества для реализации уведомление об этом направляется в Российский фонд федерального имущества, который осуществляет реализацию образца. В случае, если образец не будет реализован в двухмесячный срок, решение в отношении этого образца принимается совместно Российским фондом федерального имущества и Административным органом. Российский фонд федерального имущества представляет в Административный орган сведения о физическом (фамилия, имя, отчество, адрес, паспортные данные) или юридическом (полное название, юридический и фактический адрес) лице, которое приобрело образец.

¹ В октябре 2002 года в подмосковном поселке Чашниково на территории биостанции МГУ был официально открыт первый в России центр-приют для временной передержки животных, конфискованных таможенными службами при попытке их нелегального перевоза через границу.

Документом, удостоверяющим законность приобретения образца, является разрешение, выдаваемое лицу, которое приобрело образец, Административным органом в соответствии с требованиями Конвенции. Разрешение выдается на каждый экземпляр образца или на партию образцов. Порядок выдачи и форма разрешения определяются Административным органом¹. При смене владельца образца новый владелец должен получить в трехнедельный срок разрешение на свое имя, представив в Административный орган разрешение предыдущего владельца и документы, подтверждающие факт передачи образца новому владельцу. В случае гибели (утраты) образца его владелец должен в двухнедельный срок известить об этом Административный орган и вернуть разрешение.

¹ Временный порядок выдачи разрешений, удостоверяющих законность приобретения конфискованных диких животных и растений, их частей или производимой из них продукции – дериватов, а также форма разрешения утверждены приказом Росприроднадзора от 2 сентября 2004 г. № 9.

Раздел пятый

Вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения

ПРОБЛЕМЫ ПРОФИЛАКТИКИ ДЕТСКОЙ БЕЗНАДЗОРНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Бикситова Ж.А. – преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права

Детская безнадзорность - новая проблема для России. Для Советского Союза ее вроде бы и не существовало: считалось, что в специальном воспитательном учреждении ребенок уже находился в лучшем из возможных мест, где его последовательно приобщали к «правильному» коммунальному мироустройству. О том, что никакое, даже самое лучшее воспитательное учреждение не может заменить семью, заговорили сравнительно недавно - лет 15 назад. А то, что дети, которые по той или иной причине не могут жить со своими родителями, составляют особо уязвимую группу, иногда даже опасную для общества, стали познавать на практике особенно отчетливо только в последнее, экономически кризисное десятилетие.

На XX международном Конгрессе «Семья на пороге тысячелетия»,¹ проходившем в Москве 6-9 сентября 1999 года, в одном из выступлений было емко и точно сформулировано понятие взаимосвязей семьи и государственной семейной политики: «политика семьи - политика государства», т.е. подчеркнута неразделимость и взаимообусловленность политики государства в отношении семьи, и семьи – по отношению к государству.

Одной из основных причин беспризорности и безнадзорности является кризис семей: рост бедности, ухудшение условий жизнедеятельности и разрушение нравственных ценностей и воспитательного потенциала семей.

В результате роста смертности, разводов и внебрачной рождаемости увеличивается число неполных семей, имеющих меньшие возможности для содержания и воспитания детей.

Значение семьи в общественной жизни определяется такими ее основными социальными функциями, как регулирование отношений между полами и поколениями, рождение и социализация детей, передача материальных и духовных ценностей от поколения к поколению, внутрисемейное перераспределение доходов, формирование потребностей и совместное потребление материальных и культурных благ, организация и ведение домашнего хозяйства, личного подсобного хозяйства и семейного производства, восстановление сил и здоровья, уход за малолетними детьми,

¹ Семья на пороге тысячелетия. XX международный Конгресс. Материалы. - М.: Рудомино, 2000. С. 174.

больными и престарелыми. Семья выполняет функции эмоционального и духовного общения, взаимной поддержки и сотрудничества, удовлетворения сексуальных потребностей и другие.¹

Здоровая, благополучная, законопослушная семья – опора государства, основа общественного согласия и политической и социальной стабильности.

Различные аспекты семьи как социального института являются предметом исследования ряда общественных наук.

Следует согласиться с С.В. Рогачевым, что «процесс дифференциации научного знания – прогрессивен. Но его результативность имеет свои пределы, и сегодня все более востребованным является интегративный подход, позволяющий использовать преимущества теоретических и эмпирических наработок смежных дисциплин». В полной мере этот методологический подход можно применить к исследованию семьи.

В последние годы в России возрастает интерес к семье как объекту самостоятельного научного изучения междисциплинарного уровня.

Наиболее развернутая характеристика семьи как социального института дана С.В. Дармодехиным: «Семья как общность людей, связанных отношениями супружества, родительства, родства, совместного домохозяйства, как основная ячейка общества, выполняет важнейшие социальные функции, играет особую роль в жизни человека, его защите, формировании личности, удовлетворении духовных потребностей, обеспечении первичной социализации. Семья является уникальным социальным институтом, посредником между индивидом и государством, транслятором фундаментальных ценностей от поколения к поколению. В ней заключен мощный потенциал воздействия на процессы общественного развития, воспроизводства рабочей силы, становления гражданских отношений. Семья имеет консолидирующее значение, противостоит социальному противоборству и напряженности».²

В настоящее время в научной среде и политической практике нашей страны разрабатываются и реализуются различные, зачастую противоположные друг другу подходы к пониманию взаимосвязей семьи и государственной семейной политики.

Наиболее подробное исследование содержится в монографии С.В. Дармодехина «Семья и государство».³

В работе С.В. Дармодехина проанализированы взгляды на семейную политику отечественных ученых, занимающихся проблемами семьи. В их числе не только юристы, но и экономисты, социологи, демографы и другие специалисты (И.М. Кузнецова, А.И. Антонов, Н.М. Римашевская, В.Б. Корняк, В.В. Елизаров, Л.П. Кукса, А.Б. Синельников, М.С. Мацковский, В.А. Сысенко и др.).

¹ Климантова Г.И. Государственная семейная политика современной России: Учебное пособие. - М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К», 2004. С. 192.

² Дармодехин С.В. Государственная семейная политика в России: история и современность. Всероссийский центр уровня жизни. – Мониторинг социально-экономического потенциала семей. 2001. С. 20.

³ Дармодехин С.В. Семья и государство: Монография. - М.: Государственный НИИ семьи и воспитания, 2001. С. 208.

Необходимо особо отметить значение научных исследований в области семейной политики в деле активизации государственной семейной политики в 90-е годы. Многочисленные публикации, научные конференции, семинары, «круглые столы» привлекли внимание общественности и государственных органов власти и управления к проблемам семьи и детства в современной России. Способствовали формированию интереса к семье со стороны общественных партий и движений, средств массовой информации. А самое главное, обеспечили научное осмысление происходящих в семье процессов, развитие теории и практики государственной семейной политики. Несмотря на противоположность взглядов и даже благодаря ей, научные исследования открыли различные стороны проблемы, позволили увидеть и оценить все возможные подходы к ее пониманию и решению.

Но, несмотря на это, в современной России ослаб воспитательный потенциал семей, разрушаются ее нравственные устои, утрачиваются фундаментальные человеческие ценности. Увеличивается число детей, пострадавших от жестокости родителей, психологического, физического и сексуального насилия.

В больницы помещаются малолетние дети, длительное время остающиеся без присмотра и пищи. Пополняется число детей из семей, в которых родители потеряли способность накормить и одеть детей, дать им образование и воспитание. Из-за пьянства, наркомании, аморального образа жизни, отказа от содержания и воспитания детей государство вынуждено лишать родителей родительских прав.

При этом сформировалась инфраструктура криминальной и коммерческой эксплуатации детской безнадзорности: детская наркомания, алкоголизация детей, резко выросла детская преступность. Открытую и скрытую пропаганду сексуальной вседозволенности, насилия, преступности, наркомании дети и подростки каждый день встречают в средствах массовой информации. Негативному воздействию коммерческой эксплуатации подвержены сегодня все российские дети, в том числе из благополучных семей.¹

По данным исследования, проведенного МВД России, в 2003 году в Москве обитало около 28 тысяч беспризорных детей, 8 тысяч юных бродяжек и попрошаек задержаны милицией за год на столичных улицах. В то же время 6 московских приютов могли тогда разместить всего около тысячи таких детей. По оценкам московских чиновников, абсолютное число беспризорников приехало в Москву из других регионов России, стран СНГ и дальнего зарубежья.²

Остро стоит вопрос алкоголизации подросткового населения. Практически в любом магазине подростку могут продать спиртные напитки, забывая о возрастном барьере. Реклама пива заполнила телеэфир. При этом рекламируется уже не столько пиво, сколько образ жизни с алкоголем. 10 лет

¹ Климантова Г.И. Государственная семейная политика современной России: Учебное пособие. - М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К», 2004. С. 192.

² Егошева Н. «Алло! Это приют?» // Труд. 23 января. 2002. С. 3.

уже тянется дискуссия: пиво - спиртной напиток или нет. Пока она тянется, тысячи подростков попадают в алкогольную зависимость.

Статистика свидетельствует, что в дни выдачи детских пособий продажа водки увеличивается в несколько раз. Поэтому в Татарстане, Башкортостане, например, принято решение о выдаче таких пособий продуктами и детской одеждой. Думается, что нужно активней использовать такую норму законодательства в отношении родителей-алкоголиков, как частичное ограничение их дееспособности, когда пособия передаются непьющим членам семьи или другим родственникам.

Необходимо усилить уголовное преследование родителей и других лиц, допускающих истязание детей, за оставление их в опасном состоянии, в том числе истощение, неоказание медицинской помощи, хулиганские действия, вовлечение в пьянство, проституцию и преступную деятельность. Закон на защите детей, но следственная и судебная практика по этим составам преступлений в отношении родителей пока не сложилась.

Следствием всех вышеперечисленных проблем является рост детской преступности.

Беспризорные дети, являясь так называемой группой риска, не имея средств к существованию, изыскивают их доступным для себя способом. И не всегда законным путем. И как следствие, постоянно пополняют ряды несовершеннолетних преступников.

Нельзя не видеть, что идет активнейший процесс вовлечения подростков в криминальный бизнес, в вымогательство, в проституцию.

Недостаточная эффективность деятельности органов государственной власти и местного самоуправления проявляется не только в этом.

Прежде всего следует отметить, что органами государственной власти не соблюдается ратифицированная 15 сентября 1990 года Конвенция ООН о правах ребенка.

На сегодняшний день в России нет ни одной государственной структуры, ответственной за социально-психологическое состояние семьи. В отношении же детей-сирот преобладает установка на их содержание в учреждениях интернатного типа, то есть в изоляции от общества. Между многочисленными ведомствами, занимающимися вопросами детей, отсутствует какая-либо взаимосвязь. Нет какого-либо координационного центра, в обязанности которого входили бы разработка и осуществление стратегии деятельности государства в интересах детей. Представителей неправительственных организаций, которые добровольно взяли на себя роль контролеров, таскают по инстанциям и отчитывают за то, что они пытаются бороться за права детей, которых продолжают не обувать, не одевать, не кормить, не воспитывать, не учить, а нередко - применять к ним насилие.

Не налажен полный статистический учет беспризорных детей. Официальная статистика фиксирует только тех беспризорников, которые задерживаются милицией либо попадают в специализированные социальные учреждения для беспризорных и безнадзорных детей.

По нашему мнению, основные причины неэффективности работы

государственных органов сводятся к следующему:

- ведомственная ограниченность и межведомственная разобщенность в организации деятельности;
- отсутствие единых организационно-методических системных подходов в реализации взаимодействия, как в деятельности самих учреждений, так и в подготовке кадров;
- отсутствие профилактической направленности в работе с подрастающим поколением и семьей;
- отсутствие эффективно действующей и целесообразно организованной реабилитационной системы: нередко реабилитационные учреждения в действительности являются лишь местом, где скапливаются дети, выпавшие из нормальных условий жизни;
- отсутствие широкой и рационально организованной поддержки общественных инициатив, деятельности негосударственных организаций (значительная часть из них функционирует за счет зарубежной поддержки), неприятие (а нередко и противодействие) участия гражданского общества в защите детства и семьи;
- субъективизм в выборе негосударственных организаций для сотрудничества с государственным ведомством и др.

Кроме всего прочего, органы государственной власти уделяют все еще очень мало внимания положению в сфере культуры и образования.

Следует отметить, что для выхода из сложившейся ситуации необходим комплексный подход, затрагивающий органы государственной власти, законодательство, изменение общей социально-экономической среды.

На наш взгляд, существует три основных направления совершенствования работы органов власти.

Следует настойчиво совершенствовать существующую систему путем развития правовых, организационных, финансовых, информационных и других механизмов взаимодействия между органами, учреждениями и организациями, участвующими в работе по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, их социальной реабилитации.

Необходимо создать специальный орган управления, отвечающий за решение указанной проблемы и координацию действий различных ведомств, учреждений и организаций.

Целесообразно передать функции по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, их социальной реабилитации одному из ныне действующих органов власти. Одним из основных критериев предпочтения той или иной структуры является ее способность резко сократить организационные издержки, консолидировать и направить ограниченные материальные, финансовые и другие ресурсы на устранение детской беспризорности и безнадзорности - серьезной угрозы национальной безопасности России.

Правительству Российской Федерации и органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации необходимо принять неотложные меры по ликвидации беспризорности и создать условия для полноценной социализации

детей:

- ужесточение контроля за полной реализацией мер, предусмотренных Федеральным законом «Об основах системы профилактики и безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»;

- восстановление роли школы в обеспечении воспитания, всеобщей грамотности, внешкольного воспитания и досуга детей, усилить ее работу с неблагополучными семьями;

- привлечение учреждений культуры и спорта, учреждений досуга к целенаправленной работе с семьей и детьми;

- создание в каждом регионе инфраструктуры, обеспечивающей полноценную социализацию всех категорий детей, попавших в трудную жизненную ситуацию (беспризорных детей, несовершеннолетних правонарушителей, детей из неблагополучных семей, нуждающихся в социальной реабилитации, детей-сирот и оставшихся без попечения родителей, детей с аномалиями в развитии, детей-инвалидов, детей наркоманов и алкоголиков, детей – жертв насилия и др.);

- введение общегосударственной системы учета (банк данных) беспризорных и безнадзорных детей, в том числе не работающих и не учащихся детей, а также банк данных пропавших детей, которых разыскивают родители, опекуны, интернатные учреждения;

- внедрение системы индивидуального комплексного сопровождения (патронажа) каждого ребенка, попавшего в трудную жизненную ситуацию, контроля за его развитием в государственном и негосударственном учреждении, в приемной и опекунской семье;

- внедрение новых инновационных моделей семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей (приемные семьи, семейные группы);

- обеспечение учета реальных расходов семей на содержание и воспитание детей в государственной политике в области оплаты труда, налоговой политике, а также при реформировании образования, здравоохранения, культуры, физической культуры и спорта, туризма, жилищно-коммунального хозяйства;

- создание федерального министерства по работе с семьей и молодежью, а также управленческие структуры на региональном уровне.

В области первоочередных мер законодательного регулирования государственной политики в отношении семьи и детства необходимо:

- принять федеральный закон об основах государственной молодежной политики, предусматривающий формирование новых эффективных механизмов социализации детей и молодежи в условиях рыночных отношений;

- вернуться к разработке законопроекта о профилактике насилия в семье и обществе;

- разработать законодательную основу формирования ювенальной юстиции и введения института Уполномоченного по правам ребенка в Российской Федерации;

- поддержать принятие законопроекта «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» в части повышения

уголовной ответственности за нравственное растление, сексуальное совращение и эксплуатацию несовершеннолетних;

- заключить международные договоры со странами СНГ по вопросам сотрудничества в области обеспечения прав беспризорных детей.

Необходимо определить государственные минимальные стандарты организации работы органов местного самоуправления по осуществлению опеки и попечительства над детьми. Установить, таким образом, категории детей, нуждающихся в государственной защите, круг вопросов, который обязан выполнять орган опеки и попечительства, количественный норматив специалистов, выполняющих эту работу.

Ведущая роль по обеспечению государственной защиты прав детей возложена на органы опеки и попечительства Российской Федерации. В связи с обновлением нормативно-правовой базы и формированием более позитивного отношения общества к проблеме обеспечения прав детей на то, чтобы жить и воспитываться в семье, система органов опеки и попечительства вот уже в течение последних нескольких лет является предметом бурных дискуссий и критического анализа.

В течение последних нескольких лет все больше внимания уделяется вопросам предотвращения постоянно возрастающих масштабов социального сиротства. В связи с этим организация работы органов опеки и попечительства признается неудовлетворительной.

В связи с этим предусматривается возможность разработки и осуществления превентивных мер вмешательства и оказания услуг на основе действующего законодательства. Более широкое толкование функций органов опеки и попечительства, включая помощь в воспитании ребенка и раннего вмешательства для разрешения ситуаций в проблемных семьях с целью устранения необходимости отделения детей от их родителей, согласуется с основными принципами СК и способствуют их реализации на практике.

При анализе нормативных документов, регламентирующих основные задачи различных организаций, определение детей и условий, на которых направлена работа, становится более точным и поразительно широким, включая:

выявление и устранение причин и условий, способствующих безнадзорности, беспризорности, правонарушениям и антиобщественным действиям несовершеннолетних;

выявление несовершеннолетних, живущих в социально опасных условиях, а также семей с детьми, нуждающихся в социальной помощи;

выявление несовершеннолетних и семей, живущих в социально опасных условиях;

выявление несовершеннолетних, употребляющих спиртные напитки, наркотические средства, психотропные или одурманивающие вещества, или являющихся источником венерических заболеваний;

выявление лиц, вовлекающих несовершеннолетних в совершение преступления и/или антиобщественных действий, совершающих в отношении несовершеннолетних другие противоправные деяния, а также родителей

несовершеннолетних или их законных представителей и должностных лиц, не исполняющих или исполняющих свои обязанности по воспитанию, обучению и (или) содержанию несовершеннолетних ненадлежащим образом;

выявляют преступления несовершеннолетних, а также устанавливают лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших; несовершеннолетних правонарушителей, группы таких лиц, а также несовершеннолетних, входящих в организованные преступные группы или в преступные сообщества, и т.д.

Права человека – одно из наиболее часто употребляемых словосочетаний в современном политическом лексиконе. Неисчислимо количество публикаций, посвященных правам человека. И все же вряд ли можно сказать, что здесь царит полная ясность и никаких вопросов нет. Достаточно упомянуть тот факт, что к числу правозащитных относят себя самые разнородные общественные организации, осуществляющие различные виды деятельности (от политического противостояния до правового просвещения и юридической помощи населению).¹

Поэтому нельзя не приветствовать привлечение различных организаций к решению проблем неустroенных, социально-уязвимых детей. Но это не значит создавать неразбериху в результате создания новых систем поверх старых или передачи координационных функций по работе с детьми, нуждающимися в государственной защите, от одной организации к другой, а именно, возложения задач органа по опеке и попечительству на комиссию по делам несовершеннолетних.

В статье 17 Конвенции Содружества независимых государств от 26 мая 1995 года «О правах и основных свободах человека» записано: «Каждый несовершеннолетний имеет право на особые меры защиты, требуемые его положением со стороны семьи, общества и государства». В статье 3 Конвенции ООН от 20 ноября 1989 года «О правах ребенка» судам, административным, законодательным и иным государственным органам предлагается уделять первоочередное внимание наилучшему обеспечению интересов ребенка во всех действиях в отношении детей.²

В СК, в духе Конвенции ООН по правам ребенка, ребенок рассматривается как личность со своими собственными правами. В то же время, и так же в духе Конвенции, в нем подчеркивается важность семьи, как основной среды роста ребенка, и роль родителей как основных защитников прав и интересов своих детей. Основными принципами семейного законодательства Российской Федерации являются защита материнства, детства и семьи и, на основании этого, права ребенка на воспитание в семье своими родителями и укрепление семьи.

В течение последних нескольких лет Правительство РФ много сделало в плане разработки законодательства, направленного на решение проблем детей и семей. Однако на сегодняшний день достигнуты весьма скромные

¹ Михайловская И.Б., Кузьминский Е.Ф., Мазаев Ю.Н. Права человека и социально-политические процессы в посткоммунистической России. - М.: Информполиграф, 1997.

² Международные акты о правах человека. Сборник документов. - М.: Норма, 1998. С. 715.

результаты, о чем говорит ежегодно растущее число детей, отбираемых у родителей. Цифры показывают, что этих усилий по обеспечению основного уровня благополучия детей и семей и оказанию необходимой помощи родителям явно недостаточно.

Еще одной и, вероятно, не менее важной причиной расхождений между потребностями населения и предлагаемыми услугами является большое число отдельных органов управления. И в нормативно-правовых документах эта непоследовательность не только сохраняется, но даже и укрепляется, вместо того, чтобы направлять развитие организационных структур и, соответственно, оказание помощи в сторону интеграции.

Социальное обеспечение детей регулируется большим количеством отдельных законов, которые не служат прочной основой для создания эффективной системы оказания услуг, ориентированной на клиента и его потребности. Очевидно, что введение все большего количества новых законодательных актов или частичное улучшение каждого отдельного закона не в состоянии решить проблему. Как следствие, было бы целесообразно проанализировать все законодательство по детям и их социальному обеспечению и, руководствуясь соображениями целостности и комплексности, собрать все законодательные акты в единое целое.

Кроме отсутствия последовательности в политике в области социального обеспечения детей, системе оказания услуг и соответствующему законодательству не хватает четких приоритетов и эффективных стратегий реализации, основных направлений развития и механизмов.

Это, вероятно, является одной из важнейших причин, почему многочисленные, современные и заслуживающие поддержки утверждения и принципы, присутствующие в законодательстве, остаются абстрактными и декларативными, или неэффективными. Например, реализация основных принципов семейного законодательства предусматривает развитие услуг, направленных на укрепление семьи и помощь родителям в воспитании детей.

Однако, как ни удивительно, в СК об этом почти ничего не говорится. В то же время в нем подробно расписываются правила и процедуры применительно к ситуациям, когда родители не исполняют своих обязанностей по воспитанию детей, в результате чего их отбирают у родителей и направляют на воспитание в другую семью или учреждение. Иными словами, в нем отсутствуют обязательства и основные направления развития местной профилактической системы услуг, направленной на семью. Вместо этого в законе расписываются разнообразные возможности для развития разных типов внесемейного воспитания.

Исходя из необходимости придания системе оказания услуг большей последовательности и целостности, с учетом комплексного, целостного подхода к потребностям детей и семей с целью расширения возможностей и повышения эффективности системы оказания услуг мы предлагаем подготовить закон, в котором свести воедино положения о социальном обеспечении ребенка, которые в настоящее время разбросаны по разным законам.

В связи с более четким изложением общего подхода к оказанию услуг на уровне органов управления и на уровне отдельного человека и семьи, установить четкие приоритеты в области оказания услуг с большим упором на профилактическую работу, на нестационарные, амбулаторные услуги по месту жительства и на дому.

В связи с развитием профилактических нестационарных и амбулаторных услуг по месту жительства, рассмотреть возможности для оказания услуг детям, которые в процессе воспитания нуждаются в такой помощи и поддержке, которые его родители не в состоянии обеспечить, пока ситуация еще не дошла до такого состояния, в котором потребуются более «серьезные» меры.

Исходя из принципа, в соответствии с которым внесемейное воспитание ребенка не должно становиться способом решения финансовых проблем родителей, и что сохранение ребенка в семье является основным принципом семейного законодательства Российской Федерации, а также помня о том, что услуги и помощь, оказываемые не в стенах детского воспитательного учреждения, более человечны по своему характеру и, в конечном счете, дешевле для государства (муниципалитета), убрать из законодательства всех уровней, включая примерное положение об учреждениях, право устраивать ребенка на воспитание по экономическим причинам, и заменить эту норму обязательством государства и муниципалитета оказывать необходимую финансовую помощь, улучшать жилищные условия и т.п.

В связи с изменением характера работы органов опеки и попечительства, а также других организаций, ведомств и учреждений, направленным на развитие услуг, ориентированных на клиента и с учетом его потребностей, разработать нормативные документы по конкретным планам (планам услуг), которые служили бы основными инструментами планирования помощи и участия клиента.

Несмотря на предпринимаемые усилия, в настоящее время не удалось в полной мере добиться решения проблем детской безнадзорности. Основная причина – отсутствие ощутимой стабилизации жизненного уровня значительных слоев населения, заметных изменений в жизнедеятельности семей, в создании условий для воспитания и развития детей, укрепления всех аспектов инфраструктуры, обеспечивающей физическое, нравственное и социальное взросление безнадзорных детей, их адаптацию к новым условиям.

Дальнейшая стратегия должна быть сориентирована на преодоление причин, порождающих детскую безнадзорность, создание условий для оптимального жизнеобеспечения и развития детей. По-прежнему актуальными остаются вопросы совершенствования некоторых законодательных актов, касающихся вопросов профилактики детской беспризорности и безнадзорности. Незамедлительного решения требует вопрос правового обеспечения организации и деятельности учреждений по делам несовершеннолетних и защите их прав.

Дальнейшая деятельность органов государственной власти, органов местного самоуправления по решению проблемы беспризорности и

безнадзорности детей как проблемы, в значительной мере порожденной общественными условиями, предполагает приоритет мер общей профилактики над мерами специальной профилактики, для чего необходимо всемерно повышать роль и статус семьи как основного института социализации детей, укреплять в общественном сознании представление о семье как об основной ценности государства. Следует создавать и внедрять системы подготовки молодежи к ответственному родительству, усилить ориентацию всех социальных структур (здравоохранения, образования, социального обслуживания) на семью как на объект их профессиональной деятельности.

Сокращению детской безнадзорности и беспризорности будет способствовать неуклонное обеспечение прав детей, находящихся в социально опасном положении, на достойное существование и развитие, их своевременная и полноценная социально-психологическая реабилитация, оптимальное жизнеустройство и интеграция в общество.

Таким образом, проблема беспризорности и безнадзорности детей весьма сложная и многосторонняя, в связи с чем ее решение займет длительный период и потребует объединения усилий всех общественных сил.

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ДОГОВОРА ВОЗМЕЗДНОГО ПОРУЧЕНИЯ И КОММЕРЧЕСКОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

Горлова И.В. – юрист ООО «Транссервисстрой»

*Шадрина Т.В. – зав. кафедрой трудового и предпринимательского права,
к.ю.н., доцент*

Посредническая деятельность в России с каждым годом приобретает все большее значение. Каждая фирма старается записать в свой устав право вести посредническую деятельность, и большинство из них этим правом пользуется. К посредническим договорам, как правило, относят договоры поручения, комиссии, агентский договор. Зачастую к посредническим относят также дилерский договор, договор консигнации, дистрибьюторский договор, договор франшизы, но все они так или иначе вышли из трех вышеназванных договоров. В настоящей работе будет исследован возмездный договор поручения и такой его вид как коммерческое представительство.

Сфера применения договора поручения многообразна. Договор поручения применяется тогда, когда по тем или иным причинам возникает потребность в посреднике, представляющем одного из участников гражданского оборота. На сегодняшний день договор поручения используется в предпринимательской деятельности достаточно активно (например, на биржах, при сделках с недвижимостью, на рынке ценных бумаг и т.д.). Зачастую его пытаются подменить договором о возмездном оказании услуг, подвидом которого он, по сути, и является, но в соответствии с Гражданским кодексом

РФ¹ правила гл. 39 «Возмездное оказание услуг» не применяются к гл. 49 «Поручение», что закрепляет самостоятельность договора поручения. Кроме того, ст. 1011 ГК РФ устанавливает, что правила, предусмотренные гл. 49, применяются в качестве общих норм по отношению к агентскому договору в случаях, когда агент действует от имени принципала. Все это доказывает относительную независимость договора поручения от договора возмездного оказания услуг, а также его значение в гражданско-правовых отношениях.

Договор поручения в зависимости от возмездности договора делится на безвозмездный и возмездный. Ст. 972 Гражданского кодекса отдает приоритет безвозмездности договора поручения. Возмездным он может стать в следующих случаях:

- если это предусмотрено законом (например, абз. 2 п. 1. настоящей статьи, устанавливающий, что если хотя бы одна из сторон договора поручения является субъектом предпринимательской деятельности, то в этом случае договор а рiгоу считается возмездным, если только стороны не укажут прямо на его безвозмездность; Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. «О рынке ценных бумаг»², предусматривающий возмездность брокерской деятельности и т.д.);

- если это предусмотрено иными правовыми актами (например, Положение о патентных поверенных, утв. Постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1993 г.³);

- если это предусмотрено договором поручения.

В возмездном договоре поручения можно выделить специальный подвид: коммерческое представительство. Гражданский кодекс, подчеркивая его специфику, поместил часть норм о коммерческом представительстве в гл. 10 «Представительство. Доверенность». Тем не менее, в п. 3 ст. 972 Кодекса принадлежность коммерческого представительства раскрывается следующим образом: «Поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя...».

В соответствии со ст. 971 Гражданского кодекса РФ по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

В этом определении сразу четко разграничивается договор поручения и иные посреднические договоры (комиссии, агентский договор и т.п.). Однако из этого определения не видно разницы между возмездным и безвозмездным договором поручения, а также коммерческим представительством.

Ст. 184 ГК РФ коммерческого представителя определяет как лицо, постоянно и самостоятельно представительствующее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности.

¹ СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410 с последующими изменениями и дополнениями.

² СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918 с последующими изменениями и дополнениями.

³ САПП РФ. 1993. № 7. Ст. 573.

Сопоставляя эти два понятия, можно вывести общие черты возмездного договора поручения и коммерческого представительства, а также черты, позволяющие выделить коммерческое представительство как отдельный вид возмездного договора поручения.

Сравнительный анализ возмездного договора поручения и коммерческого представительства позволяет выделить следующие общие черты этих двух договоров.

Во-первых, Кодекс для наименования сторон использует термины «Доверитель» и «Поверенный» для обоих договоров, «Коммерческий представитель» – термин, позволяющий выделить поверенного, обладающего специфическими правами и исполняющего дополнительные обязанности, но основы его правового статуса совпадают со статусом поверенного, не являющегося коммерческим представителем.

Во-вторых, поверенный в любом случае действует не только за счет доверителя, но и от его имени.

В-третьих, права и обязанности по сделке возникают непосредственно у доверителя. Таким образом, поверенный не является стороной в заключаемой во исполнение договора поручения сделке. Он является лишь представителем доверителя, т.е. в его лице по заключаемой сделке или совершаемых иных юридических действиях де-юре выступает доверитель, и третьему лицу об этом известно.

В-четвертых, договор поручения может быть как срочным, так и бессрочным. Единственное требование по сроку предъявляется к доверенности, срок действия которой не может превышать трех лет. В случае, если в доверенности срок действия не указан, то, в соответствии со п. 1 ст. 186 ГК РФ, она сохраняет силу в течение года со дня ее совершения.

Исключение предусмотрено п. 2 настоящей статьи, где говорится, что нотариально удостоверенная доверенность, предназначенная для совершения действий за границей и не содержащая указаний о сроке ее действия, сохраняет свою силу до ее отмены лицом, выдавшим доверенность.

Правда, здесь возникает вопрос с коммерческим представительством, поскольку в этом случае заключается письменный договор поручения, в котором четко устанавливаются полномочия коммерческого представителя, доверенность же выдается только в том случае, если в письменном договоре полномочия коммерческого представителя не указаны.

Конечно, на доверителя лежит обязанность выдать поверенному доверенность, в том числе и взамен истекшей, но поскольку доверенность является приоритетной по сравнению с договором формой представительства перед третьими лицами, то, соответственно, выдавая новую доверенность, доверитель может уменьшить или увеличить объем полномочий поверенного, даже если в письменный договор поручения аналогичные изменения не вносились.

В случае же с коммерческим представителем сторонам придется вносить изменения в договор поручения.

Кроме того, если доверитель недостаточно четко определит полномочия

коммерческого представителя в договоре, то в дальнейшем тот может злоупотребить доверием, поскольку на поверенного возлагается обязанность по исполнению поручения вернуть доверенность с истекшим сроком действия, но ничего не говорится об обязанности коммерческого представителя хотя бы поставить на договоре штамп «Недействительно в связи с исполнением поручения».

По нашему мнению, необходимо внести в Гражданский кодекс соответствующую поправку, защищающую интересы доверителя в коммерческом представительстве.

В-пятых, оба эти договора характеризуются как взаимные, консенсуальные, возмездные, фидуциарные (что подчеркивается возможностью одностороннего прекращения договора, в то время как по общему правилу действует запрет на одностороннее расторжение сделок (п. 2 ст. 407 ГК РФ)).

В-шестых, поверенный по возмездному договору поручения и коммерческий представитель имеют ряд общих прав и обязанностей. Основной обязанностью является обязанность лично исполнить поручение. Поверенный и коммерческий представитель вправе передать исполнение другому лицу (заместителю) только если уполномочены на это доверенностью (или договором – коммерческий представитель) либо вынуждены к этому силою обстоятельств для охраны интересов лица, выдавшего доверенность. В этом случае доверенность, выдаваемая заместителю, должна быть нотариально удостоверена. Кроме того, на поверенного (коммерческого представителя) возлагается обязанность известить доверителя о произошедшем передоверии и сообщить ему все необходимые сведения о заместителе. При неисполнении этой обязанности поверенный (коммерческий представитель) несет ответственность за действия заместителя перед доверителем как за свои собственные.

Доверитель имеет право отвести заместителя, избранного поверенным. Поверенный (коммерческий представитель) отвечает за выбор заместителя, т.е. несет субсидиарную ответственность, только в том случае, если возможный заместитель не был поименован в договоре поручения.

Следующей обязанностью является обязанность сообщать доверителю по его требованию все сведения о ходе исполнения поручения.

Также поверенный (коммерческий представитель) должен:

- передавать доверителю без промедления все полученное по сделкам, совершенным во исполнение договора поручения;

- по исполнению поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения без промедления возратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек, и предоставить отчет с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения. Отчет должен быть представлен в письменной форме и содержать сведения о произведенных поверенным действиях, потребовавшихся для исполнения поручения, а также отражать результаты этих действий, подтверждающие возникновение у доверителя прав и обязанностей в отношении третьих лиц.

Поверенный (коммерческий представитель) обладает следующими правами:

- на возмещение затрат, понесенных в связи с исполнением поручения;
- на выплату вознаграждения;
- на выдачу доверенности от доверителя (за исключением случая заключения договора поручения, в котором четко оговорены полномочия коммерческого представителя);
- на принятие доверителем без промедления всего исполненного в соответствии с договором поручения.

Наряду с анализом общих черт необходимо показать отличия этих двух договоров друг от друга, позволяющие выделить коммерческое представительство в самостоятельный вид возмездного договора поручения.

Предметом договора поручения являются юридические действия поверенного, т.е. такие действия, которые направлены на установление, изменение или прекращение субъективных прав и обязанностей доверителя в отношении третьих лиц посредством совершения сделок и иных юридических действий. Зачастую под юридическими действиями понимают только совершение сделок¹, хотя понятие «юридические действия» шире понятия «сделка», а Гражданский кодекс указывает именно на юридические действия как предмет договора поручения. В то же время не все юридические действия могут стать предметом договора поручения. Если исполнение юридических действий тесно связано с личностью непосредственного исполнителя, в этом случае заключение посреднического договора, в том числе и договора поручения, запрещено. Например, завещание может быть составлено только наследодателем, вступление в брак и усыновление возможно только непосредственно той личностью, которая вступает в брак либо усыновляет ребенка.

Предмет коммерческого представительства по сравнению с возмездным договором поручения значительно сужен: в данном случае представитель может только заключать договоры и только в сфере предпринимательской деятельности. Это первое отличие возмездного договора поручения и коммерческого представительства.

Второе отличие заключается в субъектном составе. Субъектами возмездного договора поручения могут выступать любые субъекты гражданского права, в то время как в коммерческом представительстве субъекты должны быть предпринимателями, т.е. коммерческими организациями или индивидуальными предпринимателями. Это следует из п. 1 ст. 184 Гражданского кодекса РФ, где доверитель четко назван предпринимателем, и из п. 2 указанной статьи, в которой говорится, что «коммерческий представитель обязан исполнять данные ему поручения с заботливостью обычного *предпринимателя*».

¹Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части второй) / Под ред. Абовой Т.Е., Кабалкина Ю.А. – М.: «Юрайт», 2003. С. 352; Андреев В.К. Применение представительства в деятельности производственного объединения // Советское государство и право. 1976. № 8. С. 60; Мангутова Т.Е. Правовое регулирование отношений по торговому посредничеству: Дисс. ...канд. юрид. наук. - М., 1988. С. 23; Саркисян М.Р. Институт торгового посредничества // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 24.

Третье отличие состоит в том, что гл. 49 Гражданского кодекса РФ не содержит специальных норм, предусматривающих форму возмездного договора поручения. Следовательно, форма договора поручения определяется общими правилами, установленными Кодексом для заключения сделок. Возмездный договор поручения должен быть заключен в письменной форме, если хотя бы одной стороной в договоре является юридическое лицо, либо в случае, когда сторонами в договоре являются граждане, и сумма договора превышает не менее чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а также в случаях, предусмотренных законом, – независимо от суммы сделки (ст. 161, 163 ГК РФ). Во всех остальных случаях возмездный договор поручения может заключаться в устной форме либо путем совершения конклюдентных действий.

Форма договора поручения для коммерческого представительства закреплена в специальной норме ст. 184 ГК. В соответствии с п. 3 названной статьи коммерческое представительство осуществляется на основании договора, заключенного в письменной форме и содержащего указания на полномочия представителя, а при отсутствии таких указаний – также и доверенности.

Отсюда вытекает и четвертое отличие: возмездный договор поручения не будет действительным для третьих лиц без доверенности, выданной поверенному доверителем. В соответствии со ст. 185 Гражданского кодекса РФ, доверенность – это письменное уполномочие, выдаваемое одним лицом другому лицу для представительства перед третьими лицами. Именно в доверенности указываются юридические действия, на совершение которых уполномочен поверенный. Исключение из этого правила установлено абз. 2 п. 1 ст. 182 Гражданского кодекса, в которой говорится, что если полномочие поверенного явствует из обстановки, то в этом случае доверенность не нужна.

Обязанность доверителя выдать доверенность указана в п. 1 ст. 975 Гражданского кодекса РФ. Отсюда следует, что если доверитель не выдаст поверенному доверенность в разумный срок после заключения договора поручения, у поверенного появляется право требовать возмещения убытков, которые он понес в связи с фактической невозможностью исполнить договор поручения по вине контрагента.

Полномочия же коммерческого представителя могут быть четко оговорены непосредственно в письменном договоре. Доверитель обязан выдать коммерческому представителю доверенность только в том случае, если в договоре полномочия коммерческого представителя отсутствуют.

Таким образом, доверенность для поверенного заменяет письменную форму договора поручения. Поэтому к доверенности, а не к договору поручения, и применяются правила о формах сделок. В частности, п. 2 ст. 185 Гражданского кодекса РФ предусматривает нотариальную форму доверенности, выдаваемой для совершения нотариально удостоверяемых сделок. Кроме того, федеральные законы также могут устанавливать специаль-

ные требования к доверенности¹.

Пятое отличие заключается в том, что, в соответствии со ст. 973 Гражданского кодекса, поверенный по возмездному договору поручения выполняет данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Форма таких указаний в законе не установлена, т.е. они могут быть как устными, так и письменными. Единственное требование, которое предъявляет к ним Кодекс, – это то, что они должны быть правомерными, конкретными и осуществимыми.

Возможность и порядок отступления поверенным от указаний доверителя определены в п. 2 ст. 973 ГК РФ. Поверенный может отступить от указаний доверителя только в случаях, если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах доверителя, и поверенный не мог предварительно запросить доверителя или не получил ответа в разумный срок. После этого поверенный сразу, как только это станет возможным, обязан уведомить доверителя об отступлении от его указаний.

Коммерческий представитель не связан столь сильно указаниями доверителя. Поскольку он сам является предпринимателем, то ему может быть позволено «отступать в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом» (п. 3 ст. 973 ГК РФ). Коммерческий представитель обязан в разумный срок лишь уведомить доверителя о допущенных отступлениях, причем даже эта обязанность может быть отменена в договоре.

Представляет некоторую трудность на практике рассмотрение таких положений, как интерес и разумные сроки. Что касается интереса, то, выполняя поручение, поверенный заинтересован не только в его исполнении, но и в первую очередь в получении для себя определенного дохода за выполненное поручение. Руководствуясь своими интересами, поверенный может выйти за полученные от доверителя полномочия. В этом случае доверитель, ссылаясь на ст. 10 ГК РФ, вправе воздержаться от выплаты вознаграждения, если докажет, что действия поверенного связаны со злоупотреблением своим правом с целью причинения вреда доверителю. Как мы видим, иногда коммерческое представительство шире возмездного договора поручения.

Шестое отличие также расширяет сферу действия коммерческого представительства. По общему правилу, поверенный при заключении сделки или совершении иных юридических действий может представлять только одну сторону, т.е. у него не может быть двух доверителей, интересы которых приходят в столкновение. Это обусловлено тем, что поверенный, во-первых, должен блюсти интересы доверителя; во-вторых, соблюдать его указания, что в данном случае было бы невозможным, т.к. указания двух доверителей могут быть полностью противоположными; в-третьих, договор поручения является фидуциарной сделкой, но о каком доверии можно говорить, если поверенный будет являться представителем обоих контрагентов.

Встает вопрос, какими он будет руководствоваться критериями при

¹ Федеральный закон РФ № 69 от 09.06.2003 г. «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2244.

заключении такой сделки. Поскольку права и обязанности возникают непосредственно у доверителя, именно доверителю и придется выполнять условия сделки, которые могут быть невыгодными для него. В то же время оспорить действия поверенного достаточно сложно. Именно поэтому поверенный и не может одновременно представлять обе стороны сделки. Исключения из этого правила четко указаны в законе, и в любом случае оба контрагента должны быть согласны, чтобы их интересы представлял один поверенный.

В отношении коммерческого представительства таких строгих ограничений нет. П. 2 ст. 184 Гражданского кодекса РФ устанавливает возможность одновременного коммерческого представительства разных сторон в сделке при наличии согласия этих сторон или в иных случаях, предусмотренных законом. Например, риэлторские фирмы одновременно являются представителями покупателя и продавца, причем с их взаимного согласия.

В то же время Кодекс оговаривает, что если стороны договора не предусмотрели иного, уплата обусловленного вознаграждения и возмещение понесенных коммерческим представителем расходов возлагается на доверителей в равных долях. Это связано с тем, чтобы у коммерческого представителя не было личного интереса в большем отстаивании интересов одной стороны по сделке. Однако, например, риэлторские фирмы при заключении договора поручения, как правило, оговаривают условия о выплате вознаграждения только с покупателем. С продавцом они заключают условно-безвозмездный договор поручения. В данном договоре продавец указывает сумму, которую он хочет получить при продаже недвижимости. Если же фирма продает недвижимость за большую сумму, то разница между заявленной и реальной ценой остается у фирмы. Продавец может даже и не знать, за какую сумму на самом деле продали его недвижимое имущество. В этом случае происходит явное нарушение закона, поскольку «права и обязанности по сделке возникают непосредственно у доверителя», следовательно, именно продавец является собственником данных денежных средств, полученных за продажу его недвижимости.

Возможность представлять разные стороны при заключении договора дана коммерческому представителю в связи с тем, что он является предпринимателем, и поэтому несет повышенную ответственность за свои действия¹. Коммерческий представитель освобождается от ответственности только в одном случае – вследствие непреодолимой силы (чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств).

Седьмое отличие состоит в том, что коммерческий представитель вправе, в соответствии со ст. 359 Гражданского кодекса РФ, удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих

¹ Абз. 2 п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ определяет предпринимательскую деятельность как самостоятельную, осуществляемую на свой страх и риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в установленном законом порядке в качестве лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

требований по договору поручения. Поверенный по возмездному договору поручения таким правом не обладает.

Восьмым отличием является то, что на коммерческого представителя возложена дополнительная, по сравнению с поверенным, обязанность: коммерческий представитель обязан сохранять в тайне ставшие ему известными сведения о торговых сделках, даже после исполнения данного ему поручения (абз. 2 п. 3 ст. 184 ГК РФ). Недостатком данного положения Кодекса является то, что ни в одной его статье, и вообще ни в одном законе нет определения «торговая сделка». Понятие торговой сделки дается в юридической литературе, изучающей проблемы коммерческого и международного частного права, хотя единого определения учеными не выработано. Торговую сделку можно определить как сделку, связанную с обменом товаров в материальной форме и предоставлением услуг как основных, так и обеспечивающих товарооборот.¹

Девятое отличие связано с прекращением договора поручения и его последствиями. Возмездный договор поручения может быть расторгнут в одностороннем порядке любой стороной во всякое время. Если стороны в договоре отказываются от этого права, то данное соглашение будет ничтожным. При одностороннем расторжении договора доверитель возмещает поверенному понесенные им при исполнении договора поручения издержки, а также уплачивает вознаграждение соразмерно выполненной им работе. Причем оплачивается только работа, выполненная поверенным до того момента, когда он узнал или должен был узнать о прекращении поручения. Убытки поверенному не возмещаются. В случае одностороннего отказа от договора поверенного он также не возмещает доверителю понесенные им убытки, за исключением случая отказа поверенного в условиях, когда доверитель лишен возможности иначе обеспечить свои интересы.

В случае коммерческого представительства стороны также имеют право одностороннего отказа от договора, но в этом случае сторона, отказывающаяся от договора, должна уведомить другую сторону о прекращении договора не менее чем за тридцать дней. Стороны могут установить в договоре и другой срок, но в любом случае он не может быть меньше тридцати дней. Это императивное требование Гражданского кодекса (п. 3 ст. 977). Вместе с тем доверителю предоставлена возможность расторгнуть договор, не соблюдая указанный срок. Это может произойти в случае реорганизации юридического лица, являющегося коммерческим представителем. Сторона, расторгнувшая в одностороннем порядке договор, обязана возместить другой стороне понесенные ею убытки вследствие досрочного расторжения договора. Коммерческий представитель также вправе требовать возмещения понесенных им издержек при исполнении поручения и выплаты вознаграждения соразмерно выполненной работе.

Как видим, отличий достаточно много, но тем не менее у обоих этих договоров много и общих черт, доказывающих, что коммерческое представительство является лишь видом договора поручения. Различия в

¹Герчикова И.Н. Международное коммерческое дело. - М., 1996. С. 11.

регулировании договора поручения и коммерческого представительства не настолько существенны, чтобы можно было говорить о самостоятельности и независимости коммерческого представительства.

Существование коммерческого представительства обусловлено реалиями рыночной экономики, необходимостью защитить стороны, а также установить повышенную ответственность по сравнению с ответственностью сторон в договоре поручения в связи с тем, что договор коммерческого представительства заключается обычно между лицами, занимающимися предпринимательской деятельностью.

СОДЕРЖАНИЕ ИНСТИТУТА ОХРАНЫ ТРУДА И ЗАЩИТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВ РАБОТНИКОВ В РОССИЙСКОМ ТРУДОВОМ ПРАВЕ

*Зайцева О.Б. - доцент кафедры трудового и предпринимательского права,
К.Ю.Н.*

В соответствии со ст. 37 Конституции РФ, «каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены. Сложившаяся в настоящее время в Российской Федерации ситуация с охраной труда является интегральным показателем общего неблагополучия на предприятиях промышленности, строительства, транспорта, связи и в сельском хозяйстве; снижения ответственности руководителей всех уровней за надлежащую организацию и результаты производства в любой сфере деятельности, безответственности и безнаказанности за упущения и развал, а порой и преступления в этой области.¹

По данным Федеральной инспекции труда Российской Федерации, причинами несчастных случаев на производстве могут быть: а) неудовлетворительная организация производства работ – 41 процент; б) нарушение требований безопасности – 32; в) отсутствие контроля за безопасным производством работ – 9; г) эксплуатация неисправного оборудования – 5,6; д) нарушение трудовой и производственной дисциплины – 10; и е) допуск к работам необученного персонала – 10 процентов.

Таким образом, состояние охраны труда и производственного травматизма требует более эффективного правового регулирования охраной труда.

Необходимо, прежде всего, разобраться в терминологии в данном институте, который занимает значительное место в российском трудовом праве. Термин «охрана» - это действие к защите, принятию мер для безопасности, для сохранения чего-либо². Термин «труд» - это полезная деятельность человека³.

¹ Соловьев А., Фролов О. Принципы управления охраной труда // Охрана труда и социальное страхование. 2000. № 5. С. 2.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М., 1999. С. 418.

³ Российское трудовое право: Учебник. Под ред. А.Д. Зайкина. - М.: ФРА-М, 2000. С. 323.

Следовательно, дословно охрана труда – это деятельность по защите, по принятию мер для сохранения и безопасности человека как носителя рабочей силы в процессе применения им своего труда. Наряду с термином «охрана труда» в юридической литературе и законодательстве часто используются понятия «безопасность производства», «техника безопасности», «производственная санитария». Следует также выделить смысл этих довольно часто встречаемых терминов. Безопасность производства – это состояние, при котором нейтрализуется возможность поражающего воздействия на людей, имущество и окружающую среду опасных и вредных производственных факторов. Техника безопасности – система организационных мероприятий и технических средств, предотвращающих воздействие на работающих опасных производственных факторов. Производственная санитария – система организационных мероприятий и технических средств, предотвращающих или уменьшающих воздействие на работающих неблагоприятных производственных факторов¹.

Итак, безопасность труда – одна из основных и обязательных условий организации производства и труда; безопасные условия труда – это условия, при которых воздействие на работающих вредных и (или) опасных производственных факторов исключено либо уровни их воздействия не превышают установленные нормативы.

Вопросы охраны труда находили свое отражение в дореволюционной юридической литературе, в первых советских нормативных актах о труде, в частности, в КЗоТе РСФСР 1918 года, 1922 года, но официально впервые охрана труда была закреплена в Основах законодательства СССР о труде 1970 года в ст.2, которая гласила, что основы здоровья трудящихся, обеспечение безопасных условий труда, ликвидация профессиональных заболеваний и производственного травматизма составляют одну из главных забот государства. В Российской Федерации развитие института охраны труда начинается с Конституции РФ 1993 года, Основ законодательства РФ об охране труда 1993 года, которые в 1999 году сменил Федеральный закон «Об охране труда в РФ», действующий в настоящее время в части, не противоречащей новому Трудовому кодексу РФ. Большую роль в установлении и регулировании вопросов охраны труда играют международные нормы права.

Так, права человека на безопасные условия труда закреплены в ст. 7 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 года, которая гласит, что участвующие в настоящем пакте государства признают право каждого на справедливые и благоприятные условия труда, включая условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены. Проблемам охраны труда посвящены многие Конвенции МОТ, в частности, Конвенция № 81 «Об инспекции труда», № 148 «О защите трудящихся от профессионального риска, вызываемого загрязнением воздуха, шумом и вибрацией на рабочих местах» и др.

Охрана труда является комплексным понятием и ее следует рассматривать в нескольких аспектах.

¹ Ярхо А.В. Законодательство об охране труда. - М., 1988. С. 4-5.

1. Право на охрану труда – это, прежде всего, конституционное право граждан (ст. 2, 37, 41 Конституции РФ 1993 года).

2. Охрану труда можно рассматривать как принцип правового регулирования труда в обществе (ст. 2 ТК РФ), который носит всеобщий характер, т.к. нормы трудового права предусматривают проведение мероприятий в области охраны труда во всех без исключения организациях по отношению ко всем работникам. Данный принцип требует, чтобы наиболее высокий уровень правового регулирования охраны труда был установлен на вредных производствах, а также на тяжелых работах; предполагает первоочередную заботу об охране труда женщин, несовершеннолетних, лиц с пониженной трудоспособностью; предусматривает независимый контроль и надзор за соблюдением правил по охране труда, осуществляемый специально уполномоченными на то государственными органами, а также профессиональными союзами.

3. Право на охрану труда является важнейшим субъективным правом работника, состоявшего в трудовых правоотношениях, которое включает в себя право: на рабочее место, соответствующее требованиям охраны труда; обязательное социальное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний; получение достоверной информации от работодателя об условиях и охране труда на рабочем месте; на отказ от выполнения работ в случае возникновения опасности для жизни работника; на обеспечение средствами индивидуальной и коллективной защиты; на обучение безопасным методам, приемам труда. Данные права работника небезосновательны и имеют систему гарантий со стороны государства. Условия труда, предусмотренные трудовым договором, должны соответствовать требованиям охраны труда. Так, в случае приостановления работ органами государственного надзора и контроля за соблюдением требований охраны труда вследствие нарушения требований охраны труда не по вине работника за ним сохраняется место работы и средний заработок. Если же работник по этому основанию отказывается от выполнения работ, то работодатель обязан предоставить работнику другую работу на время устранения такой опасности. Отказ работника от выполнения работы не влечет за собой его привлечение к дисциплинарной ответственности. В целях предупреждения и устранения нарушений законодательства об охране труда государство обеспечивает организацию и осуществление государственного надзора и контроля за соблюдением требований охраны труда и устанавливает ответственность работодателя и должностных лиц за нарушение указанных требований.

Согласно ст. 379 ТК РФ, работник в целях самозащиты вправе отказаться от выполнения работы, которая непосредственно угрожает его жизни и здоровью, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

4. Охрана труда является одним из институтов трудового права. Следует отметить, что охрану труда рассматривают в широком и узком смысле. В широком смысле охрана труда – это система сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающая в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-

гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия (ст. 209 ТК РФ). В узком смысле охрана труда - это совокупность правовых норм и правил, устанавливающих мероприятия по созданию безопасных условий труда, предотвращающих производственный травматизм и профессиональные заболевания, а также регулирующих надзор и контроль за соблюдением законодательства об охране труда. Фактически в узком смысле охрана труда и представляет собой институт трудового права, т.е. совокупность правовых норм, обязательных для исполнения работодателями и их должностными лицами, которые направлены на обеспечение права работников на здоровые и безопасные условия труда под надзором и контролем государственных и общественных органов. Данный институт комплексный, т.к. содержит нормы трудового, административного, уголовного права. Кроме того, отдельные положения закреплены в нормативных правовых актах, регулирующих отношения в различных сферах общественной жизни – медицины, экологии, обеспечения безопасности и др. Содержание правовых актов и норм, регулирующих отношения в сфере охраны труда, показывает, что их единство обеспечивается ТК РФ, федеральными законами, системой единых правил и стандартов безопасности труда, международными нормами, и этот факт также дает основание говорить о комплексном характере института охраны труда.

Содержание института охраны труда также многоаспектно и включает в себя следующие нормы: 1) правила и инструкции по охране труда; 2) специальные правила охраны труда работников, занятых на тяжелых работах и работах с вредными (опасными) условиями труда; 3) специальные правила охраны труда женщин, лиц с семейными обязанностями, несовершеннолетних и лиц с пониженной трудоспособностью; 4) нормы организации системы управления охраной труда; 5) контроль и надзор за соблюдением законодательства об охране труда и ответственность за его нарушение; 6) нормы об организации учета и расследования несчастных случаев на производстве.

Вопросы охраны труда, как правило, регулируются централизованными нормами. В частности, к ведению федеральных органов государственной власти относятся вопросы, устанавливающие принципы и порядок осуществления государственного надзора и контроля за соблюдением правил охраны труда; порядок расследования несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний; систему и порядок проведения государственной экспертизы условий труда и сертификации производственных объектов на соответствие требованиям по охране труда; систему государственной статистической отчетности по вопросам труда и охраны труда. Можно выделить в качестве непосредственной правовой основы Трудовой кодекс РФ (гл. 33, 57), Федеральный закон «Об основах охраны труда в РФ» от 17.07.1999 года, Федеральный закон «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 30.03.1999 года, различные постановления Правительства РФ, посвященные организационным мероприятиям по охране труда. В качестве источников охраны труда можно рассматривать стандарты

Системы стандартов безопасности труда (государственные, отраслевые, стандарты предприятий), санитарные правила и гигиенические нормативы, правила устройства и безопасности эксплуатации зданий и сооружений (пожарной, ядерной, биологической). В субъектах РФ также принимаются нормативные акты по охране труда. Так, в Оренбургской области действует закон «Об охране труда» от 21.06.1996 года, который закрепляет понятие охраны труда, основные принципы государственной политики, гарантии и обязанности работников, работодателей, детализирует ответственность должностных лиц по сравнению с федеральными законами с учетом региональных особенностей производства. Немаловажную роль в регулировании вопросов охраны труда играют коллективные договоры и локальные нормативные акты организации.

Государственные нормативные требования по охране труда устанавливают правила, процедуры и критерии, направленные на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности. Требования охраны труда обязательны для исполнения юридическими и физическими лицами при осуществлении ими любых видов деятельности, в том числе при проектировании, строительстве и эксплуатации объектов, конструировании машин, механизмов и другого оборудования, разработке технологических процессов, организации производства и труда. Согласно Постановления Правительства РФ от 23.05.2000 г. «О нормативных правовых актах, содержащих государственные нормативные требования охраны труда» в Российской Федерации действует система нормативных актов, содержащих государственные требования охраны труда, которая состоит из межотраслевых и отраслевых правил, типовых инструкций по охране труда; строительных и санитарных норм и правил; правил и инструкций по безопасности; правил устройства и безопасной эксплуатации, свода правил по проектированию и строительству; гигиенических нормативов и государственных стандартов безопасности труда. Все государственные нормативные требования охраны труда утверждаются сроком на 5 лет и могут быть продлены не более чем на 2 года. Правила по охране труда могут быть межотраслевого и отраслевого назначения. Они обязательны для работодателя. Согласно ст. 215 ТК РФ, все производственные объекты и продукция должны соответствовать требованиям охраны труда. Межотраслевые и отраслевые правила являются правовой основой для разработки инструкций по охране труда. Инструкция по охране труда – это нормативный акт, устанавливающий требования по охране труда при выполнении работ в производственных помещениях, на территории предприятия, на строительных площадках и в иных местах, где производятся эти работы или выполняются служебные обязанности. Инструкции по охране труда могут быть типовые и предназначенные для конкретного производства. Типовые утверждаются, как правило, федеральными органами исполнительной власти. В организации инструкции по охране труда утверждаются работодателем с учетом мнения представительного органа работников.

Требования безопасности труда закреплены также в Государственных или отраслевых стандартах системы стандартов безопасности труда,

строительных нормах и правилах, санитарных правилах, гигиенических нормативах. Так, санитарные нормы устанавливают оптимальные и предельно допустимые уровни влияния комплекса факторов окружающей среды на организм человека (например, установление допустимых уровней шума на рабочих местах); гигиенические правила устанавливают критерии безопасности и безвредности отдельных факторов (например, предельно допустимую концентрацию вредных веществ в воздухе).

Работодатель обязан организовать соответствующий уровень системы охраны труда. Если в организации работает более 100 работников, то создается служба охраны труда или вводится должность специалиста по охране труда; если работников 100 человек и менее, то вопрос создания охраны труда или введение должности специалиста принимается работодателем с учетом специфики деятельности данной организации. Работодатель может вообще не создавать службы охраны труда при малой численности работников (менее 100 человек), а заключить договор гражданско-правового характера со специалистами или организациями, оказывающими услуги в области охраны труда.

В чем состоят непосредственные обязанности службы охраны труда, если она все-таки создана в организации? Прежде всего, необходимо организовать проведение инструктажей по охране труда, а также обеспечить для лиц, поступающих на работу с вредными и опасными условиями труда, обучение безопасным методам и приемам выполнения работ со стажировкой на рабочем месте и сдачей экзаменов, а затем постоянно организовывать периодическое обучение и переобучение. Фактически служба охраны труда или отдельный специалист должен осуществлять все обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда, закрепленные в ст. 212 ТК РФ. Служба охраны труда обязана осуществлять методическое обеспечение инструктажей и обучения (подготовка конкретных вопросов, программ, правил, наглядных пособий и др.).

Статья 213 ТК РФ устанавливает правила прохождения медицинских осмотров для некоторых категорий работников, которая дополнена в августе 2004 года новой частью, устанавливающей, что предусмотренные в ст. 213 медицинские осмотры и психиатрическое освидетельствование осуществляются за счет средств работодателя. Согласно п. 35 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 2 от 17 марта 2004 года «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» отказ работника или уклонение без уважительных причин от медицинского освидетельствования работников некоторых профессий, а также отказ работника от прохождения в рабочее время специального обучения и сдачи экзаменов по охране труда, технике безопасности и правилам эксплуатации являются нарушением трудовой дисциплины.

Согласно ст. 221 ТК РФ, на работах с вредными условиями труда, а также на работах, производимых в особых температурных условиях или связанных с загрязнением, работникам выдаются бесплатно по установленным нормам специальная одежда, специальная обувь и другие средства индивидуальной

защиты. Порядок выдачи средств индивидуальной защиты регулируются ст. 221-223 ТК РФ, а также Инструкцией, утвержденной Госкомтруда СССР 24.05.1983 года, которая устанавливает минимальные отраслевые нормы выдачи, которые не должны снижаться работодателем.

Если в организации происходит несчастный случай, то ответственность за процедуру расследования несет работодатель (как юридическое, так и физическое лицо). Расследованию и учету подлежат все несчастные случаи, которые произошли с работниками или другими лицами, подлежащими обязательному социальному страхованию, при исполнении ими трудовых обязанностей и работы по заданию работодателя. В связи с введением в РФ системы обязательного социального страхования все несчастные случаи являются страховыми, если произошли с гражданином, подлежащим обязательному социальному страхованию. Норма ТК РФ (ст. 227) поясняет, что несчастный случай может произойти не только на рабочем месте, но и в других случаях, связанных с исполнением работником своих трудовых обязанностей. В работе по расследованию несчастного случая можно проследить три основных этапа: 1) фиксация обстоятельств, приведших к несчастному случаю; 2) процесс расследования, включающий в себя выявление обстоятельств несчастного случая, установление его причин и разработку профилактических мероприятий; 3) выявление лиц, виновных в несчастном случае.

Расследует несчастный (страховой) случай специально созданная комиссия, и ее состав утверждается приказом руководителя организации. Следует помнить, что руководитель, непосредственно отвечающий за безопасность труда на участке, где произошел несчастный случай, в состав комиссии не должен включаться. Сроки расследования весьма краткие: несчастный случай должен быть расследован в течение 3 дней, а групповой несчастный случай или несчастный случай со смертельным исходом – в течение 15 дней. Заключение комиссии, которая проводила расследование, обязательно для работодателя, но может быть обжаловано им в органы государственной инспекции труда или в суд.

В содержании института охраны труда особое место занимает особая охрана труда женщин, лиц с семейными обязанностями и работников в возрасте до 18 лет. Охрана труда женщин - это устанавливаемая специальными нормами система правовых мероприятий, обеспечивающая с учетом физиологических особенностей женского организма, его материнской функции безопасность в процессе общественного производства. ТК РФ впервые выделил наряду с женщинами лиц с семейными обязанностями. Термин «лица с семейными обязанностями» заимствован из Конвенции МОТ № 156 (1981) «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин». К трудящимся с семейными обязанностями относятся: мужчины и женщины, имеющие семейные обязанности, обязанности в отношении находящихся на их иждивении детей, и в отношении других ближайших родственников – членов их семьи, которые действительно нуждаются в уходе или помощи, когда такие обязанности ограничивают их возможности подготовки, доступа, участия или продвижения в экономической деятельности. Виды лиц с семейными

обязанностями по ТК РФ: 1) женщины (беременные женщины, женщины, имеющие детей в возрасте до 3 лет, одинокие матери, воспитывающие ребенка до 14 лет, инвалида – до 18 лет, женщины, работающие в сельской местности); 2) работники, усыновившие ребенка; 3) работники, имеющие детей-инвалидов или инвалидов с детства до достижения ими возраста 18 лет; 4) лица, воспитывающие несовершеннолетних детей без матери; 5) работники, осуществляющие уход за больными членами их семей.

Выделим нормы, устанавливающие охрану труда для женщин и лиц с семейными обязанностями:

- введено ограничение на применение труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и опасными условиями труда, а также на подземных работах (кроме нефизических работ или работ по санитарному и бытовому обслуживанию) в соответствии с перечнем таких производств, работ, профессий и должностей. Такой перечень утвержден Постановлением Правительства РФ от 25.02.2000 г.;

- в целях обеспечения здоровья и безопасности условий труда для женщин, работающих в организациях любых организационно-правовых форм и видов собственности, утверждены нормы предельно допустимых нагрузок для женщин при подъеме и перемещении тяжестей вручную. Так, согласно данного постановления разрешается подъем и перемещение тяжестей не более 10 кг (до 2 раз в час), а при постоянном подъеме – до 7 кг;

- беременным женщинам по медицинским показаниям снижаются нормы выработки, нормы обслуживания, либо они переводятся на более легкую работу с сохранением прежнего среднего заработка, им запрещаются ночные, сверхурочные работы, работы по выходным дням и командировки;

- женщинам, имеющим детей в возрасте до 3 лет, данные работы разрешаются только с их письменного согласия, и если это не запрещено медицинскими показаниями; при этом работодатель обязан предупредить их о праве отказаться от выполнения работ в условиях, отклоняющихся от нормальных в письменной форме;

- существуют дополнительные гарантии при расторжении трудового договора для беременных женщин и женщин, имеющих детей до трех лет, одиноких матерей, воспитывающих ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида до восемнадцати лет), которые заключаются в том, что они не могут быть уволены по инициативе работодателя по сокращению штата или численности, и по другим невиновным основаниям, но в то же время новый Трудовой кодекс РФ предусматривает увольнение выделенных категорий женщин за виновные действия и исключением являются только беременные женщины;

- одному из родителей (опекуну, попечителю) для ухода за детьми-инвалидами до достижения ими возраста 18 лет предоставляется 4 дополнительно оплачиваемых выходных дней в месяц;

- предусмотрены дополнительные отпуска лицам, осуществляющим уход за детьми, без сохранения заработной платы, согласно ст. 263 ТК РФ, продолжительностью до 14 календарных дней, при условии, что это

предусмотрено в коллективном договоре.

Охрана труда работников в возрасте до 18 лет – это также система специальных норм (в дополнении к общим), предоставляющих несовершеннолетним работникам трудовые льготы по рабочему времени, режиму труда, защите от тяжелых, вредных и опасных условий труда. Данные нормы позволяют им безопасно для организма, психики трудиться и сочетать работу на производстве с продолжением образования, саморазвитием. Содержание этих норм следующее:

- запрещено применение труда лиц моложе 18 лет на следующих видах работ: на работах с вредными и опасными условиями труда, на подземных работах, на работах, связанных с переноской тяжестей, превышающих установленные для них предельные нормы. Постановление Министерства труда и социального развития РФ от 7 апреля 1999 года № 7 утвердило нормы предельно допустимых нагрузок для лиц моложе 18 лет при подъеме и перемещении тяжестей вручную. Перечень работ, на которые нельзя принимать лиц до 18 лет, указаны в ст. 265 ТК РФ, а также в специальном Постановлении Правительства РФ от 25.02.2000 года. Кроме того, запрещается применение труда лиц до восемнадцати лет на работах, выполнение которых может причинить вред их здоровью и нравственному развитию (игорный бизнес, работа в ночных кабаре и клубах, производство и торговля спиртными напитками, табачными изделиями, наркотическими и токсическими препаратами;

- лица в возрасте до 18 лет принимаются на работу только после обязательного медицинского осмотра, и в дальнейшем, до достижения возраста 18 лет, ежегодно подлежат обязательному медицинскому осмотру;

- ежегодный основной оплачиваемый отпуск работникам в возрасте до 18 лет предоставляется продолжительностью 31 календарных дня;

- запрещается привлекать работников до 18 лет к сверхурочным работам, работам в ночное время, в выходные и нерабочие праздничные дни, направлять в командировки; для них установлено сокращенное рабочее время и сокращаются нормы выработки, но доплаты до среднего заработка с принятием нового ТК РФ осуществляются только за счет работодателя;

- увольнение работников до 18 лет по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации) допускается только с согласия соответствующей государственной инспекции труда и комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав.

Особое место в содержании института охраны труда занимает надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства.

Трудовой кодекс РФ не содержит определения понятий «контроль» и «надзор». Во многих статьях ТК РФ говорится об осуществлении государственного контроля и надзора. В юридической литературе при рассмотрении вопроса о государственном контроле и надзоре, как правило, особого разграничения данных терминов не проводится. Действительно, трудно определить, какие мероприятия государственных органов являются контролем, а какие надзором, поскольку в действующем законодательстве эти термины

употребляются в неразрывном единстве. Более того, в ст. 2 Федерального закона от 8 августа 2001 года № 134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» закреплено понятие «государственный контроль (надзор)», которое определяется как 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 нормативными правовыми актами. Таким образом, можно сделать вывод о том, что понятия «контроль» и «надзор» используются как синонимы. Вместе практика требует разграничения указанных понятий, что позволит определить характер проводимых проверок, а также объем полномочий субъектов, осуществляющих контроль или надзор.

Трудность дифференциации данных понятий заключается в следующем: 1) отсутствуют юридические определения контроля и надзора; 2) указанные понятия являются категориями многих наук и учебных дисциплин, например, социологии, административного права, конфликтологии, где понятия «контроль» и «надзор» определяются по-разному.

В области административного права под контролем понимается система наблюдения и проверки процесса функционирования объекта с целью устранения отклонений от заданных параметров, надзор же заключается в постоянном, систематическом наблюдении специальных государственных органов за деятельностью не подчиненных им органов или лиц с целью выявления нарушений законности. Таким образом, контроль – это деятельность по осуществлению функции управления, которая заключается в проведении проверки, наблюдения и т.п. Надзор же представляет собой деятельность, которая по своей сущности не является управлением.¹ Следует отметить, что при осуществлении надзора имеют место проверки, наблюдения, но они проводятся не для обеспечения функции управления. Кроме того, между контролирующим органом и подконтрольным объектом, как правило, отношения строятся на основе подчиненности и подведомственности. Контроль вмешивается в хозяйственную деятельность подконтрольного объекта. Это выражается в проверке каких-либо результатов мероприятий, данных работы, любой другой информации. При осуществлении надзора не допускается вмешательство в хозяйственную деятельность поднадзорного объекта и применение мер, которые могут быть осуществлены при проведении контроля.

В сфере трудового права надзор и контроль осуществляется государственными органами исполнительной власти, главной задачей которых является обеспечение соблюдения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, а также защита трудовых прав и свобод граждан. В настоящее время указанные государственные органы входят в структуру федеральных органов исполнительной власти. В ст. 353 ТК РФ указаны органы государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства и иных

¹ Овсянко Д.М. Административное право: Учебное пособие. - М., 2000. С. 181, 184.

нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. Их можно условно разделить на 4 группы:

1) органы, осуществляющие государственный надзор (Государственный надзор за безопасным ведением работ в промышленности, Государственный энергетический надзор, Государственный санитарно-эпидемиологический надзор, Государственный надзор за ядерной и радиационной безопасностью);

2) органы, осуществляющие внутриведомственный государственный контроль (федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления);

3) органы, осуществляющие государственный контроль и надзор (органы Федеральной инспекции труда);

4) органы прокуратуры РФ (Генеральный прокурор РФ и подчиненные ему прокуроры в соответствии с федеральным законом).

Из перечисленных органов следует выделить Федеральную инспекцию труда, которая представляет собой единую централизованную систему государственных органов, осуществляющих надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, на территории Российской Федерации, т.е. Федеральная инспекция труда является специализированным органом, осуществляющим контроль и надзор. Федеральная инспекция труда осуществляет свою деятельность в соответствии с Положением о Федеральной инспекции труда, утвержденным постановлением Правительства РФ от 28 января 2000 года № 78. На органы Федеральной инспекции труда возложены определенные задачи, основными из которых являются: 1) обеспечение соблюдения и защиты трудовых прав и свобод граждан, включая право на безопасные условия труда; 2) обеспечение соблюдения работодателями норм трудового права; 3) обеспечение работодателей и работников информацией о наиболее эффективных средствах и методах соблюдения положений трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права; 4) доведение до сведения соответствующих органов государственной власти фактов нарушений, действий (бездействия) или злоупотреблений, которые не подпадают под действие законов и иных нормативных правовых актов. В ст. 356 ТК РФ перечислены полномочия органов Федеральной инспекции труда, которые условно можно разделить на три группы:

1) полномочия, направленные на выявление нарушений трудового законодательства, например, Федеральная инспекция труда осуществляет прием и рассмотрение заявлений, писем, жалоб и иных обращений работников о нарушениях их трудовых прав, а также принимает участие в расследовании несчастных случаев на производстве или проводят его самостоятельно;

2) полномочия, направленные на устранение выявленных нарушений: анализируются обстоятельства и причины выявленных нарушений, принимаются меры по их устранению и восстановлению нарушенных трудовых прав граждан;

3) полномочия, направленные на предупреждение нарушений: реализация

мероприятий по координации деятельности ведомственных органов надзора и контроля и федеральных органов исполнительной власти в части обеспечения соблюдения трудового законодательства, при этом обобщается практика применения норм трудового права, анализируются причины нарушений трудового законодательства, готовятся соответствующие предложения по их совершенствованию; органы Федеральной инспекции труда осуществляют информирование и консультирование работодателей и работников по вопросам соблюдения трудового законодательства.

В соответствии со ст. 360 ТК РФ, порядок проведения проверок должностными лицами и органами Федеральной инспекции труда регламентируется как международно-правовыми актами, так и законодательством Российской Федерации. Порядок проведения инспекциями труда проверок регламентируется ратифицированными РФ конвенциями МОТ по вопросам инспекции труда, к которым относятся: Конвенция 1957 года об инспекции труда; Протокол 1995 года к Конвенции 1947 года об инспекции труда; Конвенция 1978 года о регулировании вопросов труда; Конвенция 1981 года о безопасности и гигиене труда и производственной среде и другие.

Государственные инспекторы труда в целях осуществления государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства инспектируют любые организации на всей территории Российской Федерации независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности. Права и обязанности государственных инспекторов закреплены в ст. 357-358 ТК РФ. При инспекционной проверке государственный инспектор труда может уведомлять о своем присутствии работодателя или его представителя, если только не считает, что такое уведомление может нанести ущерб эффективности контроля. Действующим российским законодательством предусмотрен особый порядок проведения инспектирования организаций Вооруженных Сил РФ, органов пограничной службы, органов безопасности, органов внутренних дел, других правоохранительных органов, исправительных учреждений, организаций атомной и оборонной промышленности и других организаций. В данном случае особый порядок инспектирования имеет некоторые особенности: 1) доступ возможен только для государственных инспекторов труда, получивших заблаговременно соответствующий допуск; 2) проведение проверок осуществляется в назначенное время; 3) в ТК РФ (ст. 360) закреплено ограничение на проведение проверок во время маневров или учений, объявленных периодов напряженности, боевых действий.

Решения государственных инспекторов труда могут быть обжалованы соответствующему руководителю по подчиненности, главному государственному инспектору труда РФ и (или) в судебном порядке.

Эффективность работы органов Федеральной инспекции труда будет выше, если будет осуществляться взаимодействие органов Федеральной инспекции труда с другими органами и организациями. Согласно ст. 365 ТК РФ, координация деятельности органов государственного надзора и контроля и органов общественного контроля, осуществляемого профессиональными

союзами (их объединениями), по вопросам соблюдения законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, осуществляется Федеральной инспекцией труда.

Общественный контроль за соблюдением норм трудового законодательства осуществляют профессиональные союзы. Профсоюзный контроль - особый вид контроля за соблюдением работодателями и их представителями трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, осуществляемый профессиональными союзами. При организации общественного контроля необходимо принимать во внимание, что осуществление общественного контроля будет эффективным лишь при условии помощи и поддержки со стороны администрации предприятия, органов государственного контроля. Необходимо отметить, что профсоюзные инспекции труда при осуществлении своих полномочий взаимодействуют с государственными органами надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства. Несмотря на широкие полномочия, предоставленные профсоюзам в области контроля за соблюдением трудового законодательства, ряд полномочий, присущих государственным органам, они выполнять не могут. В частности, при выявлении нарушений трудового законодательства профсоюзы имеют право направлять работодателям представления об устранении выявленных нарушений законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, однако привлечь к определенному виду юридической ответственности они не имеют право, в отличие от государственных контролирующих органов, которые наделены данным правом.

Профсоюзные инспектора труда, уполномоченные (доверенные) лица по охране труда профессиональных союзов наделены правами, которые можно дифференцировать в зависимости от направления деятельности профсоюза и представить в виде определенных групп.

1 группа – права, связанные с осуществлением контроля за соблюдением работодателями трудового законодательства, а также норм и требований об охране труда и обеспечении безопасности работников организации (например, проводить независимую экспертизу условий труда и обеспечения безопасности работников организации; принимать участие в расследовании несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний; получать информацию от руководителей иных должностных лиц организаций о состоянии условий и охраны труда, а также о всех несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях; направлять работодателям представления об устранении выявленных нарушений законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, обязательные для рассмотрения; осуществлять проверку состояния условий и охраны труда, выполнения обязательств работодателей, предусмотренных коллективными договорами и соглашениями).

2 группа – права, связанные с осуществлением защиты трудовых прав и интересов работников (защищать права и интересы членов профессионального союза по вопросам возмещения вреда, причиненного их здоровью на

производстве (работе); предъявлять работодателям требования о приостановке работ в случаях непосредственной угрозы жизни и здоровью работников).

3 группа – права, связанные с представлением интересов работников (принимать участие в работе комиссий по испытаниям и приему в эксплуатацию производственных объектов и средств производства в качестве независимых экспертов; принимать участие в рассмотрении трудовых споров, связанных с нарушением законодательства об охране труда, обязательств, предусмотренных коллективными договорами и соглашениями, а также с изменениями условий труда; принимать участие в разработке законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права; принимать участие в разработке проектов подзаконных нормативных правовых актов об охране труда, а также согласовывать их в порядке, установленном Правительством РФ; обращаться в соответствующие органы с требованием о привлечении к ответственности лиц, виновных в нарушении законов и иных актов, содержащих нормы трудового права, сокрытии фактов несчастных случаев на производстве. Кроме того, уполномоченные (доверенные) лица по охране труда профсоюзов имеют право беспрепятственно проверять в организациях соблюдение требований охраны труда и вносить обязательные для рассмотрения должностными лицами предложения об устранении выявленных нарушений требований охраны труда.

В Оренбургской области, как в одном из крупных субъектов Федерации, действуют органы надзора и контроля за соблюдением законодательства об охране труда. Так, согласно ст. 24 Закона Оренбургской области «Об охране труда» 1996 года, государственный надзор и контроль за соблюдением законодательных и иных нормативных актов об охране труда осуществляют федеральные органы надзора и контроля за охраной труда, а также государственная инспекция труда по Оренбургской области во взаимодействии с другими органами государственного надзора. В области действуют Областной центр государственного санитарно-эпидемиологического надзора, Оренбургское управление Госгортехнадзора РФ, Оренбургская комплексная инспекция по ядерной и радиационной безопасности, управление государственной противопожарной службы управления внутренних дел Оренбургской области, Оренбургский госэнергонадзор. Государственный контроль и надзор также осуществляют органы исполнительной власти, местного самоуправления. Высший надзор осуществляют органы прокуратуры.

Но, несмотря на деятельность соответствующих органов, осуществляющих контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства и норм по охране труда, защита трудовых прав граждан является одной из актуальных проблем в российском обществе. Практика показывает, что работодателями допускаются серьезные нарушения трудового законодательства. Во многом это связано с тем, что работник является более «слабой» фигурой в трудовых правоотношениях как в правовом, так и социально-экономическом плане, поскольку работник практически полностью зависит от работодателя.

Это послужило тому, что приоритетным направлением в деятельности

государственных органов стала защита прав и свобод граждан, в том числе и трудовых прав работников. При этом государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства указан в Трудовом кодексе РФ как способ защиты трудовых прав.

Интересным является и то, что закон, помимо указанных способов защиты трудовых прав, допускает и использование иных способов, не противоречащих закону. В том случае, если работодатель не желает соблюдать нормы по охране труда, что может повлечь за собой причинение вреда здоровью работника, последний вправе применить самозащиту. Введение понятия «самозащита» является новеллой Трудового кодекса РФ, хотя законодатель и не дает ее определения, выделены лишь формы самозащиты, к которым можно отнести:

во-первых, отказ работника от выполнения работы, не предусмотренной трудовым договором;

во-вторых, отказ работника от выполнения работы, которая непосредственно угрожает его жизни и здоровью.

Надо отметить, что в ст. 360 Трудового кодекса РФ закреплено положение о том, что работодатель, представители работодателя не имеют права препятствовать работникам в осуществлении ими самозащиты трудовых прав. Преследование работников за использование ими допустимых законодательством способов самозащиты трудовых прав запрещается.

Таким образом, можно сделать вывод, что для обеспечения конституционного права граждан Российской Федерации на здоровые и безопасные условия труда и сохранение здоровья в процессе трудовой деятельности необходимо эффективное правовое регулирование трудовых отношений, а также отношений по надзору и контролю (в том числе профсоюзному контролю) за соблюдением трудового законодательства (включая законодательство об охране труда).

Защита трудовых прав – это комплексная система мер, применяемых для обеспечения свободной и надлежащей реализации трудовых прав и борьбы с их нарушениями, осуществляемая государственными органами, общественными организациями, а также посредством самозащиты трудовых прав.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА НА ТОВАРНЫЙ ЗНАК (ЗНАК ОБСЛУЖИВАНИЯ)

Курлаев О.А. – преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права

В настоящее время использование в предпринимательской деятельности товарных знаков и знаков обслуживания играет очень большую роль. Товарный знак (знак обслуживания) не только выполняет рекламную функцию, являясь

визитной карточкой товаров (работ, услуг)¹ и способствуя их продвижению на рынок, но и имеет важное экономическое значение: установлено, что на мировом рынке цена изделий с товарным знаком в среднем на 15-25% выше, чем цена анонимных товаров². Использование товарного знака повышает деловую репутацию правообладателя и способствует борьбе с недобросовестной конкуренцией. Регулирование отношений, связанных с использованием товарных знаков и знаков обслуживания, названо в преамбуле Закона РФ от 23.09.1992 года № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»³ в качестве одной из целей принятия указанного закона (наряду с правовой охраной товарных знаков и знаков обслуживания). Посмотрим, почему именно использование товарных знаков оказалось в центре внимания законодателя.

Если в классическом варианте собственности выделяют три правомочия – владения, пользования и распоряжения, причем собственность, в отличие от иных вещных прав, характеризуется наиболее полным господством лица над вещью⁴, то в собственности интеллектуальной, которая имеет своим объектом нематериальные блага, эти правомочия не могут быть применены в чистом виде⁵. Вместо прав владения и распоряжения, которые, пожалуй, наиболее ярко отражают режим «господства», при рассмотрении исключительного права на товарный знак на первый план выходит такое правомочие правообладателя объекта интеллектуальной (промышленной) собственности как пользование.

Само по себе «владение» товарным знаком (если такой термин применим в этой ситуации), иными словами, принадлежность товарного знака определенному лицу в экономическом плане ничего не дает. Товарный знак нельзя украсть, нельзя лишить правообладателя «фактического владения» товарным знаком, возможна лишь регистрация в качестве товарного знака обозначения, используемого другим лицом в своей предпринимательской деятельности. Правомочие распоряжения, под которым понимается возможность (право) определять юридическую и фактическую судьбу вещи, также не совсем применимо к товарному знаку. Товарный знак нельзя уничтожить, сломать, испортить, переработать, улучшить, выбросить и т.д. Применительно к товарному знаку можно говорить только о праве его «собственника», то есть правообладателя, определить юридическую судьбу этого объекта – закон предусматривает возможность уступки товарного знака другому лицу, но в данном случае, на наш взгляд, имеет место распоряжение правом на товарный знак, а не самим товарным знаком.

¹ Далее при отсутствии специальных указаний мы будем использовать термин «товарный знак» для обозначения как товарных знаков, так и знаков обслуживания, а термин «товар» - для обозначения не только товаров, но также работ и услуг.

² Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, 2004. С. 29.

³ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 42. Ст. 2322.

⁴ Римское частное право: Учебник. Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1999. С. 178.

⁵ Зенин И.А. Основы гражданского права России (конспект лекций для специалистов по праву интеллектуальной собственности). – М., 1993. С. 165-168.

Однако правомочие пользования, под которым понимается возможность собственника (иного обладателя) вещи извлекать из нее полезные свойства¹, в большей степени применимо к товарному знаку. Польза товарного знака выражается в том, что он может служить для индивидуализации товаров юридических или физических лиц, и определяется его функцией, закрепленной в ст. 1 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (далее также – Закон о товарных знаках, Закон).

Помимо непосредственного использования товарного знака, правообладателю принадлежат и другие важные в экономическом и юридическом плане права (например, право на заключение лицензионных договоров), которые включаются в содержание исключительного права на товарный знак. Поэтому необходимо различать использование права на товарный знак и использование самого товарного знака, причем второе понятие по смыслу закона уже первого.

Начнем с содержания права на товарный знак. Закон раскрывает право юридического лица или индивидуального предпринимателя на товарный знак очень кратко: «Правообладатель вправе использовать товарный знак и запрещать использование товарного знака другими лицами. Никто не может использовать охраняемый в Российской Федерации товарный знак без разрешения правообладателя». В соответствии с п. 1 ст. 22 Закона о товарных знаках, использованием товарного знака считается применение его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, и (или) их упаковке правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора. Использованием может быть признано также применение товарного знака в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в Российской Федерации, при наличии уважительных причин неприменения товарного знака на товарах и (или) их упаковке. Однако этими действиями не исчерпывается круг правомочий обладателя права на товарный знак.

Пункт 2 ст. 4 Закона о товарных знаках содержит перечень действий, являющихся нарушением исключительного права на товарный знак, если они совершаются другими лицами без согласия правообладателя. Иными словами, эти действия являются исключительной прерогативой правообладателя и составляют содержание исключительного права на товарный знак. Таким образом, правообладатель товарного знака обладает исключительным правом использовать товарный знак в гражданском обороте на территории Российской Федерации в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, в том числе размещать товарный знак:

- на товарах, на этикетках, упаковках этих товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся и (или) перевозятся с этой целью, либо

¹ Гражданское право. Часть I. Учебник. Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М.: Издательство ТЕИС, 1996. С. 296.

- ввозятся на территорию Российской Федерации;
- при выполнении работ, оказании услуг;
- на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;
- в предложениях к продаже товаров;
- в сети Интернет, в частности, в доменном имени и при других способах адресации.

Так как право на товарный знак является исключительным, правообладатель вправе запрещать использование своего товарного знака иными лицами (п. 1 ст. 4 Закона о товарных знаках).

Учитывая функцию товарного знака, такие правомочия правообладателя как применение товарного знака на товарах (их упаковке), в предложениях к их продаже, на документации, связанной с введением товаров в оборот, вполне объяснимы. Вызывают вопросы такие правомочия как использование товарного знака при выполнении работ (оказании услуг) и в сети Интернет.

Прежде всего, разберемся в понятиях «товарный знак» и «знак обслуживания». Как видно из названия Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», термины «товарный знак» и «знак обслуживания» не являются синонимами и представляют собой два различных объекта интеллектуальной собственности (об этом же свидетельствуют, например, нормы п. 2 ст. 132, ст. 138, п. 1 ст. 1027 Гражданского кодекса Российской Федерации¹). В соответствии со ст. 1 Закона о товарных знаках «Товарный знак и знак обслуживания (далее – товарный знак) – обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг (далее – товары) юридических или физических лиц». Таким образом, использование в тексте Закона одного термина «товарный знак» для обозначения двух объектов – товарного знака и знака обслуживания – является не больше чем приемом юридической техники. То же можно сказать и об использовании в Законе о товарных знаках термина «товар» для обозначения не только товаров, но также и работ и услуг. Однако это упрощение, во-первых, применяется в Законе непоследовательно², а во-вторых, оно не всегда оправдано, о чем пойдет речь при рассмотрении вопроса об использовании знака обслуживания.

Очевидно, что для индивидуализации товаров юридических и физических лиц служит товарный знак в строгом смысле этого слова, для индивидуализации услуг – знак обслуживания. Возникает вопрос: какой знак служит для индивидуализации выполняемых работ – товарный знак или знак обслуживания. В соответствии с п. 4 ст. 38 Налогового кодекса Российской Федерации, работа – деятельность, результаты которой имеют материальное выражение и могут быть реализованы для удовлетворения потребностей организации и (или) физических лиц, услугой же признается деятельность,

¹ Далее также – ГК РФ.

² Например, уже упоминавшийся нами п. 2 ст. 4 Закона о товарных знаках говорит об использовании товарного знака при выполнении работ, оказании услуг. Более подробно о неудачном объединении рассматриваемых терминов в текстах нормативно-правовых актов см.: Щербакова О.Б. Правовой режим знака обслуживания в России // Интеллектуальная собственность: правовые, экономические и социальные проблемы: Сборник трудов аспирантов РГИИС в трех частях. Часть 2. – М.: Издательство РГИИС, 2003. С. 199-202.

результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе осуществления этой деятельности (п. 5 ст. 38 Налогового кодекса РФ). Российское гражданское право исходит из того, что работа является разновидностью услуги (п. 2 ст. 779 ГК РФ), однако работа, в отличие от иных услуг, имеет овеществленный результат, который может быть передан заказчику (п. 1 ст. 702 ГК РФ). Следовательно, несмотря на то, что следствием выполнения работы является овеществленный результат, для заказчика имеет большее значение сама работа как процесс, иначе подрядные правоотношения трансформируются для его сторон в правоотношения купли-продажи (п. 2 ст. 455 ГК РФ).

Таким образом, обозначение, служащее для индивидуализации работ, характеризует, в первую очередь, сам процесс работы, иными словами, выполняемые работы индивидуализируются при помощи знака обслуживания. Подтверждением этого вывода является также структура Международной классификации товаров и услуг, утвержденной Ницким Соглашением о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15 июня 1957 г., участницей которого является Российская Федерация. Восьмая (действующая в настоящее время) редакция Международной классификации товаров и услуг (МКТУ) состоит из 45 классов, первые 34 из которых объединяют товары, а в классах с 35 по 45 сгруппированы услуги и работы, которые в соответствии с указанным соглашением именуются одним термином – «услуги».

Вернемся к рассмотрению такого предусмотренного в ст. 4 Закона правомочия обладателя права на товарный знак (то есть, в смысле закона, и на знак обслуживания) как применение товарного знака «при выполнении работ, оказании услуг». Систематическое толкование ст. 1 и п. 2 ст. 4 Закона о товарных знаках приводит к выводу, что обладатель товарного знака (обозначения, зарегистрированного только для товаров) имеет право применять этот знак «при выполнении работ, оказании услуг», а правообладатель знака обслуживания может использовать этот знак «на товарах, на этикетках, упаковках этих товаров...». Это, очевидно, неверно, и прием юридической техники – замена в тексте нормативного акта двух терминов одним – здесь работает плохо.

В действительности правообладатель товарного (в строгом смысле этого слова) знака имеет право использовать знак в гражданском обороте на территории Российской Федерации в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, в том числе размещать товарный знак на товарах, на этикетках, упаковках этих товаров; на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот; в предложениях к продаже товаров. В качестве примеров документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот, Закон о товарных знаках называет проспекты, счета и бланки (ст. 40 Закона). Под предложениями к продаже товаров следует понимать не только оферту (п. 1 ст. 435 ГК РФ) и публичную оферту (п. 2 ст. 437 ГК РФ), но также рекламу и другие предложения товаров, которые рассматриваются законом как приглашение

делать оферты (п. 1 ст. 437 ГК РФ).

Обладатель права на знак обслуживания имеет исключительное право использовать этот знак в гражданском обороте на территории Российской Федерации в отношении работ или услуг, для индивидуализации которых знак обслуживания зарегистрирован, в том числе использовать знак обслуживания при выполнении работ или оказании услуг; в предложениях работ и услуг (а не в предложениях «к продаже работ (услуг)», как получается в нынешней редакции Закона), размещать его на документации, связанной с введением работ и услуг в гражданский оборот. В круг правомочий правообладателя товарного знака и знака обслуживания входит также право разрешать иным лицам использовать товарный знак (знак обслуживания) путем заключения лицензионных и подобных им договоров (п. 1 ст. 4 и ст. 26 Закона о товарных знаках, ст. 1027 ГК РФ).

Попытаемся разобраться в сущности такого правомочия обладателя права на товарный знак (знак обслуживания) как исключительное право использовать знак в сети Интернет, в частности, в доменном имени и при других способах адресации. Указанное правомочие правообладателя появилось в Законе о товарных знаках вследствие изменений и дополнений, внесенных Федеральным законом от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»¹. Закрепление подобного правомочия объясняется полной неурегулированностью отношений, связанных с всемирной компьютерной сетью Интернет (и, в частности, вопроса о порядке присвоения доменных имен), которая приводила к многочисленным злоупотреблениям в этой сфере². Владельцы широко известных товарных знаков (например, «Coca-Cola», «Kodak») вынуждены были либо судиться за право иметь в Интернете в зоне «RU» сайт с доменным именем, зарегистрированным на другое лицо и содержащим товарный знак (www.coca-cola.ru, www.kodak.ru)³, либо покупать у недобросовестного конкурента сайт со своим собственным именем⁴, либо регистрировать на свое имя сайт, имя которого отлично от уже зарегистрированного.

Несомненно, несправедливой является ситуация, когда владелец известного товарного знака, не успевший зарегистрировать в Интернете свой сайт, вынужден нести ничем не обоснованные расходы, связанные с выкупом доменного имени, содержащего товарный знак, у лица, никакого отношения к этому товарному знаку не имеющего. При таком положении вещей правообладатель товарного знака фактически платит за свою нерасторопность: недобросовестное лицо не только извлекает необоснованные преимущества, паразитируя на деловой репутации владельца знака, но и может нанести вред деловой репутации правообладателя, и все потому, что это лицо, а не правообладатель успело первым подать заявку на регистрацию сайта. Однако и

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 50. Ст. 4927.

² Немец Ю. Новый объект права интеллектуальной собственности // Хозяйство и право. 2001. № 5. С. 18.

³ См., например: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 января 2001 г. № 1192/00 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 5.

⁴ Росбанк купил rosbank.ru // Коммерсантъ. 15 августа 2000 года.

новая редакция Закона о товарных знаках, на наш взгляд, не решила эту проблему полностью.

Использование чужого товарного знака без разрешения правообладателя на веб-сайтах в отношении однородных товаров (то есть незаконное использование товарного знака с помощью Интернет-рекламы) является правонарушением. Однако подобные действия, на наш взгляд, охватываются такой формулировкой Закона, как незаконное использование товарного знака «в предложениях к продаже товаров». Напомним, предложениями к продаже товаров признаются, в том числе, реклама и иные адресованные неопределенному кругу лиц подобные предложения (приглашения делать оферты). Закон о товарных знаках не конкретизирует форму и способы таких предложений, очевидно, они могут быть сделаны и при помощи сети Интернет.

Законодатель, вводя в Закон изменения относительно использования товарных знаков в сети Интернет, в первую очередь, имел цель предотвратить регистрацию недобросовестными владельцами доменных имен, содержащих чужие товарные знаки. Однако такое правомочие правообладателя как право использовать знак «в доменном имени и при других способах адресации» вызывает серьезные вопросы. Товарный знак охраняется лишь в отношении тех товаров, для которых он зарегистрирован, поэтому вполне возможна ситуация, когда тождественные обозначения зарегистрированы в отношении различных товаров на нескольких правообладателей. Кому из них принадлежит исключительное право на регистрацию и использование сайта, имя которого содержит товарный знак? Вопрос на сегодняшний день остается открытым. С формальной точки зрения исключительным правом на использование товарного знака, а в данном случае – знака обслуживания, в доменном имени будет обладать лицо, зарегистрировавшее этот знак, например, для следующих услуг: интерактивная реклама в компьютерной сети (35 класс МКТУ), операции банковские через Интернет (36 класс МКТУ), интерактивное обеспечение электронными публикациями, интерактивная публикация книг и периодики (41 класс МКТУ). В подобной ситуации обладатели товарных знаков, зарегистрированных для иных товаров и услуг, при регистрации сайта, имя которого содержит товарный знак, будут нарушать исключительное право правообладателя знака обслуживания использовать знак при оказании соответствующих услуг. Эти и иные неразрешенные пока в законодательстве вопросы доказывают необходимость дальнейшего развития правового регулирования в области прав на доменные имена и их соотношения с правами на товарные знаки.

Предоставление правовой охраны товарному знаку наделяет правообладателя широким кругом правомочий в отношении знака. Однако если правообладатель вообще не использует знак или допускает перерывы в его использовании более трех лет, то любое лицо имеет право подать в Палату по патентным спорам заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием при условии, что товарный знак не используется до подачи такого заявления (п. 3 ст. 22 Закона о товарных знаках). Таким образом, в российском законодательстве закреплён принцип

охраны только используемых товарных знаков. Помимо права на подачу указанного заявления осуществлению этого принципа способствует также десятилетний срок правовой охраны товарного знака и необходимость его продления¹. Это, конечно, не означает, что охрана неиспользуемых знаков прекращается автоматически, но правообладатель такого знака постоянно находится под угрозой подачи в Палату по патентным спорам (далее также – Палата) соответствующего заявления и прекращения правовой охраны знака на основании решения Палаты, принятого по результатам рассмотрения этого заявления. Принцип охраны используемых знаков установлен в интересах участников гражданского оборота. Хозяйствующие субъекты заинтересованы в использовании другими лицами своих товарных знаков, так как в противном случае сложилась бы несправедливая ситуация, когда правообладатель, зарегистрировав на себя удачные (с точки зрения рынка) товарные знаки, не использует их и запрещает другим лицам использовать соответствующие обозначения или зарегистрировать тождественный или сходный товарный знак.

Под использованием товарного знака Закон о товарных знаках (п. 1 ст. 22) понимает применение его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, и (или) их упаковке правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора. Использованием может быть признано также применение товарного знака в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в Российской Федерации, при наличии уважительных причин неприменения товарного знака на товарах и (или) их упаковке. Таким образом, использование не любого полномочия, которое приобретает правообладатель в силу предоставления правовой охраны товарному знаку, является использованием товарного знака, поэтому понятие «использование исключительного права на товарный знак» шире понятия «использование товарного знака».

На практике возникают вопросы о том, какие причины неприменения товарного знака на товаре и (или) его упаковке являются уважительными. В литературе в качестве таковых предлагается признавать следующие причины: «невозможность проставления на товаре из-за его вида (жидкое, газообразное, поступающее без упаковки, освобожденное от маркировки); изменение конъюнктуры рынка, которое не могло быть предусмотрено на дату подачи заявки»².

Рассмотрим сначала вопрос об использовании товарного знака в строгом смысле этого слова, то есть обозначения, зарегистрированного только для индивидуализации товаров. Понятно, что при невозможности использования товарного знака на товаре нельзя требовать от правообладателя именно такого применения знака: к невозможному, как известно, не обязывают. Сюда же можно отнести случаи, когда проставление товарного знака на товаре является

¹ Свядосц Ю.И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах: Учебное пособие. – М.: Издательство ЦНИИПИ, 1969. С. 135.

² См., например: Пелих А.Н. Правовое регулирование отношений по использованию товарного знака и знака обслуживания // Интеллектуальная собственность: правовые, экономические и социальные проблемы: Сборник трудов аспирантов РГИИС в трех частях. Часть 2. – М.: Издательство РГИИС, 2003. С. 40.

возможным, но затруднительным, например, вследствие малых размеров, неудобной формы товара или особенностей материала, из которого изготовлен сам товар или его упаковка, либо когда товар реализуется без упаковки. А вот изменение конъюнктуры рынка вряд ли может служить уважительной причиной неприменения товарного знака на товаре или его упаковке. Видимо, автор имел в виду, что правообладатель в силу состояния рынка (отсутствие спроса на соответствующий товар, нерентабельность его производства) перестал производить товары, для которых товарный знак зарегистрирован. На наш взгляд, эта причина не может быть уважительной причиной неприменения товарного знака: товарный знак регистрируется для использования в предпринимательской деятельности, при осуществлении которой хозяйствующий субъект несет все риски самостоятельно, в том числе и риск неблагоприятного изменения конъюнктуры рынка. Статья 22 Закона как раз призвана обеспечить возможность прекращения правовой охраны товарного знака, который не только не используется правообладателем, но и используется номинально: не на товаре (его упаковке), а в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках и т.д. Поэтому уважительными причинами неприменения товарного знака на товаре (его упаковке), на наш взгляд, могут быть только объективные причины, связанные с самим товаром или его упаковкой, но никак не изменения рыночной ситуации, нерентабельность производства товара, для которого товарный знак зарегистрирован, смена профиля деятельности хозяйствующего субъекта и иные связанные с самим правообладателем или состоянием рынка причины. Иное толкование закона позволило бы регистрировать товарные знаки «про запас», «на всякий случай» и поддерживать их правовую охрану путем формального использования, например, в документации, в отсутствие реального производства маркируемого знаком товара.

В соответствии с абз. 4 п. 3 ст. 22 Закона о товарных знаках при решении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием могут быть приняты во внимание представленные правообладателем доказательства того, что товарный знак не использовался по независящим от него обстоятельствам. Эта ситуация отлична от той, которая была рассмотрена выше. Пункт 1 ст. 22 Закона, который говорит об уважительных причинах неприменения знака на товаре (его упаковке), подразумевает, что товар, для которого товарный знак зарегистрирован, реально производится, однако товарный знак используется не на самом товаре (его упаковке), а в его рекламе, в документации, связанной с введением товара в оборот и т.д. Неиспользование же знака по независящим от правообладателя обстоятельствам означает, что соответствующие товары не производились правообладателем и, следовательно, не имело место применение товарного знака. Закон о товарных знаках, к сожалению, не приводит примеров подобных обстоятельств. В литературе под такими причинами предлагают понимать стихийные бедствия, отсутствие необходимого сырья, изменение профиля

деятельности правообладателя и т.п.¹. Стихийное бедствие, безусловно, является не зависящим от правообладателя обстоятельством, сюда же, на наш взгляд, следует отнести все обстоятельства непреодолимой силы, то есть чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства, которые сделали невозможным или затруднили для правообладателя производство соответствующего товара, а следовательно, и использование товарного знака. А вот отсутствие необходимого сырья, изменение профиля деятельности правообладателя вряд ли можно признать не зависящими от него причинами. Напомним, что заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием может быть подано не раньше чем через три года после регистрации знака. Вопрос об изменении видов деятельности полностью находится в компетенции правообладателя (за исключением, наверное, случая введения в отношении правообладателя процедуры внешнего управления²), а если для производства какого-либо товара в течение трех лет не хватает сырья, то это однозначно свидетельствует о нежелании хозяйствующего субъекта производить указанный товар. Разумеется, обе указанные причины являются зависящими от правообладателя и не могут приниматься во внимание при рассмотрении заявления о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака по причине его неиспользования.

К причинам, действительно не зависящим от правообладателя, на наш взгляд, можно отнести: запрет на импорт соответствующей продукции; повышение требований к производству соответствующих товаров, произошедшее после регистрации товарного знака, если в соответствии с новыми требованиями необходимо получение дополнительных лицензий, других разрешительных документов или соблюдение иных формальностей, требующих значительных затрат времени, а также другие подобные причины, связанные, в основном, с обстоятельствами непреодолимой силы или действиями и решениями органов власти. Сюда же можно отнести ситуацию, когда заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие неиспользования подано в отношении товарного знака, который был уступлен первоначальным правообладателем другому лицу, и с момента уступки знака прошло менее трех лет. Лицо, которому товарный знак уступлен, не должно претерпевать неблагоприятные последствия за бездействие другого лица (первоначального правообладателя); неиспользование товарного знака более трех лет бывшим правообладателем является причиной, не зависящей от действующего правообладателя, и не должно влечь прекращение правовой охраны товарного знака при отсутствии недобросовестности в действиях этих лиц. Например, если неиспользуемый товарный знак уступается с целью предотвратить прекращение его правовой охраны, то неиспользование знака бывшим правообладателем вряд ли может быть признано уважительной

¹ См., например: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 636; Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 2003. С. 215.

² Которая, как известно, не может осуществляться более трех лет, за исключением случая введения этой процедуры в отношении субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса.

причиной неприменения знака и основанием для сохранения действия его правовой охраны.

Если использование товарного (в строгом смысле слова) знака достаточно четко определено законодателем как применение его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, и (или) их упаковке, а при определенных условиях – в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в Российской Федерации, то в отношении знака обслуживания здесь имеется серьезный пробел. Так как услуга – это деятельность, результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе осуществления этой деятельности (п. 5 ст. 38 Налогового кодекса РФ), непонятно, каким образом доказывать использование знака обслуживания, например, при рассмотрении в Палате по патентным спорам заявления о прекращении правовой охраны знака обслуживания в связи с его неиспользованием.

Если буквально применять Закон о товарных знаках (а именно, п. 1 ст. 22 и ст. 1), то получается, что использованием знака обслуживания считается применение его «на услугах, для которых знак обслуживания зарегистрирован, и (или) их упаковке». Вполне очевидно, что на услуге, не являющейся материальным объектом, нельзя проставить знак обслуживания, услугу нельзя упаковать, а следовательно, и применить знак обслуживания на упаковке. То же самое можно сказать и об использовании знака обслуживания, зарегистрированного для индивидуализации работ, так как раньше мы определили, что, хотя работа и имеет материальный результат, для заказчика важнее сам процесс, а не созданная или переработанная материальная вещь. То есть знак обслуживания должен применяться «на работах, для которых знак обслуживания зарегистрирован», или их упаковке.

В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 22, ст. 1 Закона о товарных знаках применение знака обслуживания в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках может быть признано его использованием только при наличии уважительных причин неприменения знака обслуживания «на услугах и (или) их упаковке». По мнению некоторых авторов, регистрация знака для услуг является уважительной причиной неприменения знака на товарах или их упаковке¹. С этим мнением трудно согласиться, так как изначально знак обслуживания регистрируется для применения не на товарах, а при выполнении работ и оказании услуг². По вышеуказанному мнению, государство как бы «извиняет» правообладателя знака обслуживания за само существование его знака, разрешая не использовать знак обслуживания на товарах. Между тем, на наш взгляд, только применение знака обслуживания на вывесках, бланках, корреспонденции, в помещениях правообладателя, на

¹ Пелих А.Н. Правовое регулирование отношений по использованию товарного знака и знака обслуживания. С. 40.

² Пункт 2 ст. 4 Закона о товарных знаках, несмотря на сделанное в ст. 1 упрощение (использование термина «товар» для обозначения не только товаров, но также работ и услуг), говорит о применении знака «при выполнении работ, оказании услуг», что еще раз подтверждает непоследовательность применения указанного приема юридической техники.

«фирменной» одежде персонала, на машинах и инструментах, при помощи которых оказываются услуги или выполняются работы, в рекламе, печатной продукции, а также иное подобное использование и может являться использованием знака обслуживания в смысле п. 1 ст. 22 Закона о товарных знаках. Поэтому считаем необходимым внести соответствующие изменения в Закон.

Возможность прекращения правовой охраны товарного знака по причине его неиспользования приводит некоторых авторов к выводу о том, что использование товарного знака является обязанностью правообладателя¹. Официальное разъяснение на этот счет содержится в Определении Конституционного Суда РФ от 02.10.2003 года № 393-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Продюсерская фирма «Самый СМАК» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 3 статьи 22 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»². В соответствии с абз. 3 п. 2 указанного определения «факт регистрации товарного знака не только имеет правоустанавливающее значение, но и предполагает обязанность осуществления данного исключительного права его правообладателем». Однако следующий абзац того же пункта гласит: «В то же время гражданское законодательство исходит из того, что граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права по своему усмотрению, своей волей и в своем интересе (статья 1 ГК Российской Федерации). Отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом (п. 2 ст. 9 ГК РФ). Именно такого рода случай и предусмотрен пунктом 3 статьи 22 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»: законодатель, установив возможность досрочного прекращения регистрации товарного знака в связи с его неиспользованием в течение определенного срока, рассматривает ее как антимонопольный инструмент, лишая правообладателя легальной монополии (исключительного права) в отношении зарегистрированного им в установленном порядке обозначения».

Позиция суда, на наш взгляд, непоследовательна. Если использование товарного знака является обязанностью правообладателя, то за ее неисполнение должна быть предусмотрена ответственность. Прекращение права вследствие его неосуществления, возможность которого прямо предусмотрена Гражданским кодексом РФ (п. 2 ст. 9), не может рассматриваться как мера ответственности по следующим основаниям.

Во-первых, юридическая обязанность должна быть прямо предусмотрена в законе, поскольку привлечение лица к ответственности за бездействие возможно, если это лицо не исполнило обязанность, возложенную на него

¹ См., например: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 636; Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика его применения: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 2002. С. 88.

² Текст указанного Определения официально опубликован не был. Использован текст, содержащийся в Справочной правовой системе «ГАРАНТ».

нормативно-правовым актом.

Во-вторых, если признать мерой ответственности прекращение права вследствие отказа от него уполномоченного лица, то получается, например, что собственник не только имеет правомочия (владения, пользования и распоряжения) в отношении принадлежащей ему вещи, но и обязан все их использовать. В соответствии со ст.ст. 225 и 236 Гражданского кодекса Российской Федерации, отказ собственника от осуществления своих правомочий, другими словами, неиспользование им своего права, при определенных условиях влечет прекращение права собственности. Однако это не означает, что собственник обязан использовать свою вещь: ГК РФ говорит лишь о бремени содержания имущества и риске случайной гибели или повреждения имущества, лежащих на собственнике.

В-третьих, непонятно, что происходит с обязанностью использования знака при заключении лицензионного договора. В соответствии с п. 1 ст. 22 Закона о товарных знаках, использованием товарного знака считается его применение не только правообладателем, но и лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора (лицензиатом). Если допустить, что обязанность использования товарного знака остается на правообладателе (лицензиаре), то за неисполнение своей обязанности он может не понести никакой ответственности, если товарный знак используется лицензиатом. Если же эта обязанность переходит на лицензиата, то в случае, когда лицензиар и лицензиат фактически не используют товарный знак и подано заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования, лицензиар понесет ответственность в виде лишения права на товарный знак за неисполнение обязанности, которая лежит не на нем, то есть за бездействие другого лица.

Поэтому на правообладателя, на наш взгляд, законом не возлагается обязанность по использованию знака. Неиспользование товарного знака означает отказ правообладателя от осуществления принадлежащих ему исключительных прав (п. 2 ст. 9 ГК РФ), что при наличии определенных обстоятельств может привести к прекращению права на товарный знак.

Правообладатель не только имеет исключительное право использовать товарный знак и запрещать его использование всем другим лицам (п. 1 ст. 4 Закона о товарных знаках), но и может разрешать другим юридическим лицам или индивидуальным предпринимателям использовать свой товарный знак в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован, посредством заключения лицензионных договоров (ст. 26 Закона). Лицензионный договор должен быть заключен в письменной форме и подлежит регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности под страхом недействительности договора (ст. 27 Закона о товарных знаках).

Заключение правообладателем лицензионных договоров в основном осуществляется тогда, когда владелец знака не в состоянии сам удовлетворить спрос на «марочный товар» или считает более выгодным за лицензионное вознаграждение предоставить другим производителям право использовать

знак¹. В качестве причин заключений лицензионных договоров также называются: заключение «широких коммерческих соглашений о поставках оборудования, передаче прав на использование научно-технических достижений (изобретений, секретов производства и т.п.)», приобретение правообладателем юридического лица или создание своего филиала за рубежом, заключение соглашений о продаже товаров правообладателя иностранным контрагентом на комиссионных началах и другие².

Заметим, что статья 26 «Предоставление лицензии на использование товарного знака», содержащая нормы о заключении лицензионного договора, находится в главе 5 Закона о товарных знаках, которая называется «Распоряжение исключительным правом на товарный знак». Помимо указанной статьи, глава 5 Закона содержит также статью 25, регламентирующую вопросы передачи исключительного права на товарный знак (уступки товарного знака), а также статью 27, содержащую требование о регистрации договоров об уступке знака и лицензионных договоров и последствиях несоблюдения этого требования. На наш взгляд, из двух вышеупомянутых договоров только один – договор об уступке товарного знака – является формой распоряжения исключительным правом на товарный знак. Лицензионный договор о предоставлении права на использование товарного знака является ничем иным, как формой использования исключительного права на товарный знак.

Распоряжение правом влечет прекращение этого права у управомоченного лица или его переход от обладателя права к другому лицу. При заключении лицензионного договора лицензиар остается правообладателем, исключительное право на товарный знак к лицензиату не переходит. Даже при заключении «договора об исключительной полной лицензии», то есть лицензионного договора, «по которому передаются права на использование товарного знака в отношении всех товаров и на всей территории, для которых и на которой он зарегистрирован, на весь срок действия регистрации товарного знака, с правом лицензиата выдавать сублицензии по своему усмотрению и с обязательством лицензиара не выдавать лицензии и не использовать в своей деятельности товарный знак в отношении всех товаров, для которых он зарегистрирован»³, нельзя говорить о том, что характер прав лицензиата близок к исключительному праву на товарный знак⁴, а уж тем более – что «владелец товарного знака на определенных условиях передает свой знак третьему лицу»⁵.

При заключении любого лицензионного договора правообладатель остается лицом, на имя которого зарегистрирован товарный знак. Именно правообладатель будет защищать свой знак в Палате по патентным спорам при

¹ Свядосц Ю.И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах. С. 117.

² Там же.

³ Шпак Е.С. Передача прав на использование товарных знаков: лицензионный договор.// Юрист. 2004. № 1. С. 28.

⁴ Там же.

⁵ Добрыдин Н.М. Содержание права на товарный знак в соответствии с российским законодательством. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2000. С. 109.

подаче возражения против предоставления правовой охраны товарному знаку или заявления о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака. Только правообладатель может в соответствии с абз. 4 п. 1 ст. 7 Закона о товарных знаках дать согласие на регистрацию обозначения, сходного с его товарным знаком, в отношении однородных товаров. Наконец, правообладатель может при определенных условиях расторгнуть лицензионный договор, лицензионный договор может быть признан недействительным, что повлечет прекращение всех правомочий лицензиата. То есть даже при заключении «договора об исключительной полной лицензии», не говоря уже о других лицензионных договорах, предоставляющих лицензиату меньший объем прав, правообладатель сохраняет за собой исключительное право на товарный знак¹. Следовательно, заключение лицензионного договора является не распоряжением исключительным правом на товарный знак, а формой использования этого исключительного права, поэтому, на наш взгляд, название главы 5 Закона о товарных знаках нуждается в соответствующей корректировке.

Лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия (абз. 2 ст. 26 Закона). Эта императивная норма установлена для всех случаев заключения лицензионного договора. Однако иногда правообладатель, заключающий лицензионный договор, сам не производит товар, это, в частности, может происходить, если товарный знак зарегистрирован на имя материнской (основной, преобладающей) организации, а товары производятся одной или несколькими дочерними (зависимыми) организациями, либо если товарный знак зарегистрирован на центральную компанию финансово-промышленной группы, а используется другими участниками финансово-промышленной группы. Подобная ситуация может наблюдаться и в иных вертикально-интегрированных предпринимательских структурах. Как справедливо отмечается в литературе, Закон о товарных знаках не обязывает правообладателя самостоятельно использовать товарный знак: в соответствии со ст. 22 Закона использованием товарного знака считается применение его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, и (или) их упаковке правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора². Таким образом, правообладатель по смыслу закона может не производить товар, для которого зарегистрирован товарный знак, не опасаясь досрочного прекращения правовой охраны товарного знака, при условии использования товарного знака лицензиатом. В связи с этим возникает вопрос: не ниже какого качества должны быть товары лицензиата, если лицензиар самостоятельно не производит соответствующий товар? В настоящее время в подобные лицензионные договоры включается норма абз. 2

¹ Аналогичного мнения придерживаются многие авторы. См., например: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 640.

² См.: Ермакова Е. Необходима ли государственная регистрация лицензионных договоров? // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2001. № 2. С. 29.

ст. 26 Закона, иначе договор не будет зарегистрирован¹ и, соответственно, будет являться недействительным, однако понятно, что это условие является формальным и не имеющим реального содержания. Естественно, права потребителей товаров лицензиата указанное условие договора не защищает, хотя сама норма Закона о качестве товаров лицензиата направлена именно на это.

Полагаем, условие о том, что качество товаров лицензиата должно быть не ниже качества товаров лицензиара, подлежит включению в лицензионный договор только в случае, когда лицензиар сам в действительности производит соответствующий товар. В иных же случаях предлагаем включать в лицензионный договор условие, что качество товаров лицензиата должно быть не ниже качества, установленного в самом договоре, в стандарте организации-правообладателя или национальном стандарте. Это условие позволит защитить права правообладателя и позволит ему осуществлять реальный контроль за качеством товаров лицензиата, а также будет являться гарантией интересов потребителей. Соответственно, нуждается в изменении и абз. 2 ст. 26 Закона о товарных знаках.

Право на использование товарного знака, передаваемое по лицензионному договору, ограничено сроком действия регистрации товарного знака, так как в соответствии с древним правовым принципом никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам. Однако действие регистрации товарного знака может продлеваться правообладателем неограниченное количество раз. Поэтому в договоре, на наш взгляд, можно предусмотреть условие, что при продлении регистрации товарного знака лицензионный договор автоматически продлевается. Утверждение о том, что в этом случае необходимо каждый раз заключать новый лицензионный договор, который подлежит регистрации², на наш взгляд, не согласуется с принципом свободы договора, позволяющим сторонам срочного договора предусмотреть в нем условия, при которых договор продлевается без совершения сторонами каких-либо действий или соблюдения формальностей. Требование государственной регистрации договора никоим образом не затрагивает действие указанного принципа.

В соответствии с п. 2 ст. 22 Закона о товарных знаках юридические и физические лица, осуществляющие посредническую деятельность, могут на основе договора использовать свой товарный знак наряду с товарным знаком изготовителя товаров, а также вместо товарного знака последнего. Представляется необходимым рассмотреть правовую природу упомянутых договоров. По мнению С.П. Гришаева, в таких случаях заключается лицензионный договор³. Разберемся в экономической сущности указанных

¹ См. пункт 26 Правил регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных, утвержденных Приказом Роспатента от 29 апреля 2003 г. № 64 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2003. № 36.

² Шпак Е.С. Передача прав на использование товарных знаков: лицензионный договор. С. 28.

³ Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность. С. 213.

правоотношений.

Посредник, который сам не производит товары (не выполняет работы, не оказывает услуги), имеет зарегистрированный товарный знак и использует его наряду с товарным знаком изготовителя товара¹ или вместо этого знака. Очевидно, что использование товарного знака посредника вместо товарного знака производителя товара невыгодно первоначальному правообладателю, так как неиспользование знака может привести к досрочному прекращению правовой охраны, использование же знака повышает его известность, а соответственно и «коммерческую стоимость». Единственный случай, когда использование знака посредника вместо своего знака может являться желательным для первоначального правообладателя, – если товарный знак посредника более известен и ассоциируется с более высоким качеством, чем товарный знак первоначального правообладателя. Использование товарного знака посредника наряду с товарным знаком первоначального правообладателя, полагаем, встречается гораздо чаще и объясняется взаимовыгодным сотрудничеством производителя товара и сбытовой сетью (например, сетью магазинов). Однако если одно лицо (первоначальный правообладатель) производит товары и использует на них чужой товарный знак (знак посредника) на основании договора, то эти отношения охватываются конструкцией лицензионного договора, только это будет «лицензионный договор наоборот», то есть первоначальный правообладатель выступает в нем лицензиатом, а посредник – лицензиаром.

Огромная роль, которую играют в хозяйственном обороте товарные знаки (знаки обслуживания), доказывает необходимость четкой правовой регламентации отношений по использованию исключительных прав на эти объекты интеллектуальной собственности. Детальность и непротиворечивость законодательства в сфере товарных знаков имеет все большее практическое значение для стабилизации гражданского оборота и защиты интересов не только хозяйствующих субъектов (правообладателей, лицензиатов), но и потребителей товаров, работ и услуг. Изменения, внесенные Федеральным законом от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ² в законодательство о товарных знаках, в частности, попытка урегулирования вопроса об использовании товарных знаков в сети Интернет, конкретизация некоторых норм Закона (например, о действиях, нарушающих исключительное право на товарный знак, об основаниях для отказа в регистрации товарного знака), безусловно, сыграли большую роль в совершенствовании законодательства и практики его применения. В то же время необходимо признать, что многие вопросы, такие как использование товарного знака в доменном имени, доказывание использования знака обслуживания, использование товарного знака посредником, вопрос о качестве товаров лицензиата урегулированы недостаточно либо содержание правовых норм не соответствует

¹ Так как в этих отношениях фигурирует два правообладателя, назовем его «первоначальный правообладатель».

² Федеральный закон от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

экономическим реалиям. Поэтому, на наш взгляд, становится очевидной необходимость дальнейшего развития законодательства, регулирующего отношения по использованию исключительных прав на товарные знаки и знаки обслуживания.

ДЕТСКИЕ ПОСОБИЯ КАК СПЕЦИФИЧЕСКИЙ ВИД СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Черепанцева Ю.С. – ст. преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права, к.ю.н.

Защита материнства, детства и семьи является конституционным принципом, который свидетельствует о том значении, которое придается в современном обществе семье, женщине-матери, детям. Особая охрана материнства и детства означает, во-первых, отношение к ним как к социальной ценности, во-вторых, создание социально-экономических предпосылок для полноценного материнства, здорового детства, и, в-третьих, защиту в случае нарушения прав матери и ребенка.

Общую сумму социальной поддержки семьи, материнства, отцовства и детства формирует действующая система государственных пособий гражданам, имеющим детей, в совокупности с другими социальными гарантиями, в том числе выплатами социального характера, различного рода льготами, налоговыми вычетами в связи с наличием детей, социальным обслуживанием. В результате обеспечивается прямая материальная поддержка семьи в связи с рождением и воспитанием детей.¹

Одной из наиболее действенных форм социальной защиты семьи и детей является комплекс денежных выплат, адресованных родителям, семье с детьми либо непосредственно детям, лишенным родительской опеки и попечительства.

Детские пособия являются одним из основных видов социального обеспечения, определенных мировыми стандартами. Следовательно, работа по обеспечению граждан пособиями на детей, наряду с большим внутривластным значением, приобретает и международный аспект. Обеспечение граждан пособиями на детей справедливо расценивается как одна из мер демографической политики, обеспечивающая, наряду с другими мерами, повышение рождаемости, поддержку семьи в воспитании детей, что, несомненно, актуально в условиях происходящего в России демографического кризиса и низкого уровня жизни населения. Недаром в Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2015 года в числе приоритетов в области стимулирования рождаемости и укрепления семьи предлагается совершенствование системы выплаты пособий гражданам, имеющим детей.

¹ Павлова Н. Назначение и выплата пособий на детей в современных условиях // Социальное обеспечение. 2001. № 11. С. 17.

Пособия гражданам, имеющим детей, в настоящее время образуют отдельный комплекс в системе российских социальных пособий. Это самостоятельное правовое явление, обладающее наряду со свойствами, характерными для всех пособий, рядом особенностей, позволяющих говорить о самостоятельном статусе детских пособий в системе социального обеспечения.

Пособия, предназначенные гражданам с детьми, – это форма государственной помощи, оказываемой в денежной форме на безвозмездной основе на условиях и в размерах, определенных законодательством. Следовательно, для этой группы пособий будут характерны основные признаки социальных пособий. То есть то, что они являются денежной формой социального обеспечения, предоставляются безвозмездно, выплачиваются только при наличии определенного социально значимого основания, носят временный характер выдачи, определены в фиксированном размере и финансируются из определенного источника.

Самостоятельный статус этого вида социального обеспечения обуславливается следующими факторами.

Во-первых, данная группа социальных пособий отличается особым целевым назначением. Они призваны повысить материальный достаток семей с детьми в соответствии с достигнутым в стране средним уровнем благосостояния, выравнить доходы семей, имеющих и не имеющих детей, стимулировать рождаемость. Основная задача пособий заключается в социальной помощи государства семье для содержания и воспитания подрастающего поколения.¹

Во-вторых, определенной спецификой обладает субъектный состав правоотношений по поводу предоставления пособий гражданам, имеющим детей. В юридической литературе давно обсуждается эта проблема. Вопрос о том, кто является субъектом получения этих выплат, решается учеными по-разному. Одни авторы считают, что субъектами является дети;² другие приходят к выводу, что субъектами таких отношений выступают не только дети, их родители, но и другие получатели.³ Третьи же признают в качестве субъекта социально-обеспечительных отношений семью в целом.⁴

Из Федерального закона от 19 мая 1995 года «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» следует, что право на пособия закрепляется за гражданами, имеющими (или собирающимися иметь детей).

При этом под гражданами, собирающимися иметь детей, мы понимаем женщин в состоянии беременности и находящихся в отпуске по беременности и родам. Таким образом, пособия предназначены для удовлетворения потребностей детей, но они предоставляются не детям, а родителям либо тем, кто родителей заменяет.

¹ Иванкина Т.В., Чернышова Е.Ф. Государственная помощь семьям, имеющим детей. – М.: Юрид. лит-ра, 1985. С. 14.

² Агаркин В.А. Социально-правовая природа пособий на детей малообеспеченным семьям // Советское государство и право. 1975. № 11. С. 39.

³ Иванова Р.И. Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. – М.: Юрид. лит-ра, 1986. С. 107.

⁴ Чернышева Е.Ф. Правовое регулирование отношений по социальному обеспечению семей, имеющих детей. – Л.: Наука, 1981. С. 21.

В одних случаях пособие назначается только женщине-матери (либо женщине, усыновившей ребенка в первые месяцы его жизни), в других – субъектом права на пособие могут быть мать и отец (по их выбору), а также другие родственники, фактически осуществляющие уход за ребенком. При отсутствии родителей либо в иных случаях, когда уходом за ребенком или его воспитанием занимаются иные лица, пособие может представляться, замещающим родителей лицам, включая усыновителей, опекунов и попечителей.

Здесь требуют пояснения такие термины как «дети», «детство» и «семья», потому что это самое главное в детских пособиях, определяющее их суть.

Общепризнано, что дети имеют право на особую заботу и помощь ввиду их физической и умственной незрелости, нуждаются в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту, как до, так и после рождения.

Согласно ст. 1 Конвенции ООН «О правах ребенка», ребенком считается каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигает совершеннолетия ранее.

Мы придерживаемся мнения, что детство – особая стадия в жизни человека, т.к. именно в этот период закладывается фундамент физического и психического здоровья человека. Во многом оно зависит и от условий внутриутробного развития плода. Вот почему оба этих периода выступают предметом повышенной заботы со стороны государства. Дети – особая социально-демографическая группа населения, имеющая возрастные границы от рождения до 18 лет, имеющая свои специфические потребности, интересы и права, однако не обладающая способностью отстаивать и защищать их.¹

Семья признается, с одной стороны, своеобразным коллективом, основанным, как правило, на браке, члены которого совместно проживают и связаны родством, взаимными правами и обязанностями, а с другой стороны, как необходимый фактор развития цивилизованного общества.² В международно-правовых документах в области прав человека констатируется, что семья является основной и естественной ячейкой общества, необходимой для роста и благополучия всех его членов и особенно детей. В связи с этим предусматриваются особые меры по защите детей, детства и семьи со стороны государства.

Наряду с этим, законодателем установлено специфичное основание возникновения права на подобные выплаты. Таким основанием, сравнительно новым для российской системы социальной защиты, является «воспитание детей». Данное понятие является обобщенным выражением ряда конкретных оснований для социальной поддержки семьи в связи с рождением и воспитанием детей, предусмотренных действующим законодательством.

К конкретным юридическим фактам возникновения правоотношений по

¹ Рыбинский Е.М. Научные исследования и развитие идей Конвенции ООН о правах ребенка в условиях России / Государство и дети: реальности России. Материалы международной научно-практической конференции. - М.: Б.и., 1995. С. 39.

² Пчелинцева Л.Н. Семейное право России. Учебник для вузов. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 4.

назначению и выплате детских пособий относится, например, нахождение в отпуске по беременности и родам; рождение ребенка; предоставление отпуска по уходу за ребенком до достижения ребенком полутора лет и некоторые другие.

Наконец, можно выделить еще один аспект детских пособий, требующий, на наш взгляд, особого внимания. Речь идет об объекте социальной поддержки, осуществляемой в виде выплаты пособий гражданам на детей. Возмещение затрат на обеспечение материальных и духовных потребностей детей, естественно, осуществляют родители, и лишь частично государство. Но государственная поддержка ребенка осуществляется через семью, то есть материальная помощь направляется в бюджет семьи и как бы обезличена. Другими словами, традиционно объектом социальной политики в данной сфере рассматривается семья. Однако сегодня актуализируется необходимость выделения ребенка как особого объекта семейной политики. Необходимость этого выделения обусловлена следующими обстоятельствами. К ним относится то, что дети – это особая социально-демографическая группа. Ее специфика обусловлена интенсивностью физического и культурно-духовного развития; пониженной конкурентоспособностью на рынке труда; экономической зависимостью от родителей, ограниченностью дееспособности; неравными возможностями защиты своего достоинства во взрослом обществе. Кроме того, особенности жизнедеятельности семьи (полной или неполной, однодетной или многодетной) неизбежно отражаются на положении и развитии детей. При этом каждый тип семьи порождает в детской жизни свои проблемы, которые должны стать объектом специального изучения.¹

Вместе с тем, необходимость выделения ребенка как члена семьи в качестве особого объекта семейной политики диктуется тем обстоятельством, что одни и те же меры социальной поддержки по-разному оцениваются учеными в зависимости от того, кто из членов семьи ставится в центр внимания. Предоставление матери длительного отпуска после родов одни оценивают позитивно, ибо в центре их внимания оказывается ребенок, его интересы. Другие оценивают эту меру отрицательно, т.к. она поддерживает психологию иждивенчества, лишает женщину на это время дохода, очень мало расширяет ее свободу выбора². Нам думается, что в данном случае подобные авторы явно пренебрегают интересами ребенка, для которого пребывание с матерью в первые годы жизни является чрезвычайно важным фактором нормального развития.

Таким образом, не отрицая значимости целостного подхода к семье как объекту социальной политики, необходимо выделить ребенка – члена такой семьи как особый объект, в связи с тем, что, как показывают исследования, проблемы и потребности детей неидентичные и во многом являются следствием того или иного типа семьи.

¹ Иващенко Г.М., Плоткин М.М. Проблемы социальной поддержки детей из семей различных типов // Проблемы семьи и семейной политики. Выпуск 3. – М.: Б.И., 1993. С. 76.

² Вишневский А.Г. Эволюция семьи в СССР и защита семейной политики. В кн.: Семья и семейная политика. – М., 1991. С. 30.

Вышесказанное позволяет говорить о том, что существует четыре основных признака, выделяющие пособия, предназначенные гражданам с детьми, в отдельный комплекс социальных пособий. Это – особая цель выплат, субъектный состав, специфичное основание предоставления пособия и особая направленность (объект) социальной поддержки.

Для правильной квалификации необходимо учитывать все признаки в совокупности. Например, учет только субъектного состава делает возможным отнести пособие на погребение, которое выдается в случае рождения мертвого ребенка взамен единовременного пособия при рождении ребенка к детским пособиям. Подобные выплаты представляют собой самостоятельные виды социальных пособий, которые имеют иное целевое назначение и основание предоставления.

Анализ всех выделенных ранее особенностей, присущих выплатам, предназначенным гражданам с детьми, позволяет следующим образом сформулировать их понятие.

Хотя стоит оговориться, что в литературе существует несколько определений рассматриваемых пособий. Кроме того, одни авторы называют их семейными, а другие – детскими. Так, Е.Г. Азарова определяет семейные пособия как периодические денежные выплаты из государственного бюджета, предназначенные для оказания материальной помощи многодетным, неполным и малообеспеченным семьям в содержании и воспитании малолетних детей.¹ Т.В. Иванкин и Е.Ф. Чернышева считают, что суть семейных пособий состоит в социальной помощи государства семье для содержания и воспитания детей.²

Свою позицию они аргументируют тем, что, поскольку помощь для содержания и воспитания детей оказывается семье, то такие пособия следует называть семейными. Но как быть в тех случаях, когда ребенок воспитывается не в семье? Более того, например, несмотря на то, что пособие по беременности и родам выплачивается матери за период нахождения ее в соответствующем отпуске, а ребенка фактически еще нет, первичной причиной выплаты пособий будет являться все-таки ребенок, который еще только зачат и развивается в утробе матери либо уже родился. Поэтому целесообразнее такие выплаты характеризовать как детские пособия.

Законодатель, как мы уже указывали ранее, в законе «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» рассматривает государственные пособия гражданам, имеющим детей, как гарантированную государством материальную поддержку материнства, отцовства и детства в связи с рождением и воспитанием детей.

Учитывая, что представленные определения, по своей сути, не содержат в себе существенных различий, считаем возможным определить детские пособия как денежные выплаты, выступающие в качестве материальной помощи государства гражданам, имеющим (или собирающимся иметь) детей, в связи с их рождением и воспитанием, целью которых является возмещение временно

¹ Азарова Е.Г., Сазонов В.С. Пособия многодетным и одиноким матерям и на детей малообеспеченным семьям. – М.: Юрид. лит-ра, 1978. С. 17.

² Иванкин Т.В., Чернышева Е.Ф. Указ. соч. С. 14.

утраченного заработка родителей или компенсация повышенных расходов семьи в связи с появлением и наличием ребенка.

Учитывая, что данные пособия включают в себя несколько видов, следует отметить возможность их классификации.

Так, одни авторы¹ условно разграничивают детские пособия на две большие группы.

Первая – это государственные пособия, выплачиваемые женщинам в связи с беременностью и рождением ребенка (пособие по беременности и родам, единовременное пособие женщинам, вставшим на учет в медицинских учреждениях в ранние сроки беременности, а также единовременное пособие при рождении ребенка).

Вторая группа – это компенсации, выплачиваемые гражданам в период отпуска по уходу за ребенком и в связи с воспитанием детей. К этой группе относятся ежемесячное пособие по уходу за ребенком до полутора лет и ежемесячное пособие на детей.

Другие авторы² классифицируют семейные пособия по продолжительности выплаты и по целевому назначению. По продолжительности выплаты пособия делятся на единовременные, ежемесячные и периодические.

Единовременные пособия предназначены для покрытия разовых потребностей семьи в дополнительных расходах. К ним относится пособие по случаю рождения ребенка.

Ежемесячные пособия – это регулярное денежное обеспечение семьи, как правило, в течение длительного срока, определенного законом. Ежемесячно выплачиваемыми являются пособия на детей многодетным и малообеспеченным семьям, одиноким матерям с детьми по уходу за новорожденным ребенком.

Периодические пособия предназначены для замены утраченного заработка. Это пособие по беременности и родам.

По целевому назначению они делятся на две группы.

В первую группу входят пособия, возмещающие в установленных законом случаях утраченный на непродолжительное время заработок. Это пособия по беременности и родам, по уходу за новорожденными. Такие пособия выплачиваются вместо временно утраченного по уважительной причине заработка. Их размеры в одних случаях равны оплате по труду (пособие по беременности и родам), а в других – компенсируют часть утраченного заработка. Право на такие пособия имеют лишь работающие граждане.

Во вторую группу включаются пособия, предоставляемые в качестве дополнительной помощи к основным источникам средств существования для покрытия дополнительных расходов семьи. Это – пособия по случаю рождения ребенка, многодетным и малообеспеченным семьям, одиноким матерям. Для возникновения права на такие пособия в большинстве случаев не имеет значение общественно-полезная деятельность гражданина.

¹ Туболев Д. Государственные пособия гражданам, имеющим детей // Экономический журнал – юрист. 1997. № 1. С. 13.

² Там же. С. 14.

Третьи¹ используют для классификации детских пособий такие критерии как целевое назначение и субъект. Такая классификация по цели назначения несколько отличается от рассмотренной выше.

Выплачивая пособие по беременности и родам, пособие на период отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет, государство замещает гражданину заработок, утраченный в связи с тем, что он исполнял свои семейные обязанности.

Единовременное пособие женщинам, вставшим на учет в медицинские учреждения в ранние сроки беременности, должно побуждать женщин заботиться о своем здоровье и здоровье ребенка, своевременно обращаться к врачу.

Единовременное пособие при рождении ребенка и ежемесячное пособие на ребенка предназначены для оказания помощи гражданам в осуществлении ими своей семейной обязанности по содержанию и воспитанию детей.

По субъектному составу получателей семейные выплаты делятся на три группы, а именно:

1. - те, в которых субъектом являются дети (единовременное пособие при рождении ребенка, ежемесячное пособие на ребенка);

2. - те, в которых субъектом могут быть только матери (пособие по беременности и родам, единовременное пособие женщинам, вставшим на учет в медицинские учреждения в ранние сроки беременности);

3. - те, в которых субъектом может быть один из родителей, иное лицо, фактически осуществляющее уход за ребенком (ежемесячное пособие на период ухода за ребенком до достижения им возраста полутора лет).

Таким образом, детские пособия являются самостоятельным видом социальных пособий. Обладая общими для всех социальных пособий свойствами, они имеют набор определенных специфических признаков, обуславливающих их самостоятельный статус.

Значение этого вида социального обеспечения бесспорно велико, и оно, прежде всего, обуславливается положением ребенка в семье и обществе. Дети – не только особый социальный слой, но и, как свидетельствует проведенный анализ, приоритетная группа. Хотя его приоритетность представлена двойко.²

Во-первых, она определяется социокультурным аспектом, означающим, что степень образованности, уровень культуры и здоровья детей материализуется завтра в здоровье нации, в качество жизни народа, в авторитет страны.

Во-вторых, экономический аспект приоритетности означает, что финансирование детства – это не затраты, а инвестиции, которые должны увеличиваться.

Приоритетность детства абсолютна: дети должны иметь более высокие качественные характеристики, чем их родители. Это очевидное условие развития. В противном случае мы попадаем в «социальную воронку», когда бедные порождают бедных, а больные матери воспроизводят больное поколение.

Рассмотрение понятия и выявление специфики детских пособий

¹ Дзгоева Ф.О. Лица с семейными обязанностями как субъекты права социального обеспечения // Гражданин и право. 2001. № 8. С. 29.

² Бреева Е.В. Дети в современном обществе. – М.: Эдиториал УРСС, 1999. С. 7.

невозможно без характеристики состояния их правового регулирования.

Считается, что в XX веке возникло принципиально иное отношение к несовершеннолетним детям, которые достойны лучших условий существования, заботы и всесторонней защиты со стороны любого государства. В связи с этим основные обязательства государств по оказанию помощи семье, созданию условий для совмещения профессиональных и семейных обязанностей зафиксированы в международных документах.

После окончания второй мировой войны в 1948 году Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций принимает Всеобщую декларацию прав человека¹, провозгласившую право на защиту семьи, естественной и основной ячейки общества, со стороны общества и государства. Кроме того, п.5 ст. 25 этой Декларации посвящался праву на особое попечение и помощь материнству и младенчеству. Здесь же было сказано: «Все дети, родившиеся в браке или вне брака, должны пользоваться одинаковой социальной защитой».

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 года² предусматривает, что семье, являющейся естественной и основной ячейкой общества, должны предоставляться по возможности самая широкая охрана и помощь, пока на ее ответственности лежит забота о несовершеннолетних детях и их воспитании. Матерям в течение разумного периода до и после родов должен предоставляться оплачиваемый отпуск или отпуск с достаточными пособиями по социальному обеспечению (ст. 10 Пакта).

Но все это лишь отдельные фрагменты международных документов, в центре внимания которых находились права человека, в том числе и ребенка, чья охрана, несомненно, имела свои особенности. Вот почему еще в 1959 году Организация Объединенных Наций приняла Декларацию прав ребенка³, которая посвящалась только несовершеннолетним детям. Положения этой Декларации легли в основу Конвенции о правах ребенка.

После многолетней подготовки в 1989 году на свет появилась Конвенция ООН «О правах ребенка»⁴. Она закрепляет социально-экономический и правовой статус ребенка; устанавливает возрастной критерий до достижения которого человек признается ребенком (18 лет) (ст. 1). Государства-участники признают за каждым ребенком право пользоваться благами социального обеспечения, включая социальное страхование, и принимают необходимые меры для достижения полного осуществления этого права в соответствии с их национальным законодательством, а такое право каждого ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития ребенка. Содержащиеся в Конвенции нормы означают, что родители и (или) другие лица, воспитывающие ребенка, несут основную ответственность за обеспечение в пределах своих способностей и финансовых возможностей условий жизни, необходимых для развития ребенка. Государства-участники, в соответствии с национальными условиями и в пределах своих

¹ Права человека: Сборник международных документов. – М., 1999. С. 15.

² Права человека: Сборник международных документов. – М., 1999. С. 20.

³ Там же. С. 69.

⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

возможностей, принимают необходимые меры по оказанию помощи родителям и другим лицам, воспитывающим детей, в осуществлении этого права и, в случае необходимости, оказывают материальную помощь и поддерживают программы (ст. 26, 27).

Рассматриваемая Конвенция занимает особое место в системе международных правовых документов. Как международный договор, к которому присоединилась Российская Федерация, она, согласно п. 4 ст. 15 Конституции РФ, имеет приоритетное значение. Кроме того, идеи этой Конвенции непосредственно касаются общечеловеческих проблем. Не случайно ее называют «Великой хартией вольности для детей», «Мировой Конституцией прав ребенка».

Не менее важно ее значение для охраны прав ребенка в семье, что особенно ценно для современной России, которой предстоит не только полностью возродить понимание семьи как непреходящей ценности, но и в корне изменить сложившееся веками патриархальное представление о подчиненном положении несовершеннолетнего в семье.

Отдельного упоминания в рамках рассмотрения вопросов правового регулирования заслуживают Конвенции МОТ, посвященные отдельным аспектам защиты материнства и детства.

Например, Конвенция МОТ № 103 «Об охране материнства» 1952 года¹ предусматривает предоставление женщинам в период беременности отпуска не менее 12 недель, из которых, по крайней мере, 6 должно приходиться на послеродовой период.

В 1995 году Российской Федерацией была ратифицирована Конвенция МОТ № 156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся с семейными обязанностями» 1983 года², предусматривающая социальную поддержку указанных лиц с помощью различных мер, включая и те, которые осуществляются через систему социального обеспечения.

Таковы, в общих чертах, положения международного масштаба, так или иначе касающиеся прав ребенка и семьи в сфере социального обеспечения, в том числе и на получение соответствующих пособий.

Примером источника правового регулирования семейных пособий на региональном уровне служит Европейская Социальная хартия 1961 года³. Первая часть Хартии закрепляет право работающих женщин-матерей на особую охрану; право всех работников и членов их семей на социальное обеспечение; право детей и молодежи на соответствующую защиту.

Ст. 8 Хартии обязывает государства предусмотреть для работающих женщин отпуск по беременности и родам общей продолжительностью, по крайней мере, 14 недель, с оплатой за счет средств социального обеспечения или из государственных фондов. Для обеспечения необходимых условий полного развития семьи государства должны содействовать экономической, юридической и социальной защите семейной жизни путем выплаты семейных пособий,

¹ Карташкин В.А., Лукашева Е.А. Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: БЕК, 1998. С. 235.

² Там же. С. 237.

³ Социальные права человека. Документы и материалы Совета Европы. Ч. 1. – М.: Б.и., 1996. С. 113.

налоговых льгот, строительства семейного жилья, пособий для новобрачных и иных подходящих мер (ст. 16).

Россия подписала этот документ в 2000 году, но еще не ратифицировала. Для нашей страны ратификация Хартии – вопрос не столько политический, сколько экономический. По подсчетам специалистов, борьба с бедностью, повышение размеров пенсий, детских пособий, установление минимальной заработной платы на уровне не ниже прожиточного минимума и т.д. потребуют резкого увеличения расходов на социальные нужды приблизительно до 30% ВВП.¹

Значительная роль в защите прав и интересов ребенка и семьи в сфере социального обеспечения принадлежит национальному законодательству. А именно, создание новых законов, приведение законодательных и подзаконных актов в соответствие с требованиями международных документов.

В первую очередь необходимо обратиться к Конституции РФ 1993 года, являющейся базой всего текущего российского законодательства.

Конституция Российской Федерации, объявляя Россию социальным государством, устанавливает обязанность государства проводить такую социальную политику, которая гарантировала бы каждому россиянину необходимый уровень жизни. Социальная политика, являясь частью общегосударственной политики, одним из своих направлений имеет государственную поддержку семьи, материнства и детства (ст. 7).

В ч. 1 ст. 38 определяется, что материнство и детство, семья находится под защитой государства. В качестве гарантий социальной защиты называются государственные пенсии, пособия и иные меры, установленные законом. Следуя международным нормам, Основной Закон России провозглашает, что забота о детях, их воспитание выступает равным правом и обязанностью родителей (ч. 2 ст. 38). Выполнение лицом своих семейных обязанностей (воспитание детей) признается самостоятельным основанием социального обеспечения (ст. 39).

Конституционный принцип защиты материнства и детства, семьи находят свое конкретное выражение и развитие в законодательстве Российской Федерации и ее субъектов: о труде, о социальном обеспечении, о браке и семье, об охране здоровья, а также в ряде норм других отраслей права.

Трудовое законодательство РФ предусматривает комплекс мер, обеспечивающих особую охрану трудовых прав женщин и создание им благоприятных условий труда, отвечающих их физиологическим особенностям, а также устанавливает дополнительные гарантии, позволяющие женщинам сочетать труд с материнством. В соответствии со ст.ст. 255-257 Трудового Кодекса РФ, женщинам (матерям, усыновителям) по их заявлению предоставляются отпуска по беременности и родам и по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет с выплатой соответствующих пособий по государственному социальному страхованию в установленных законом размерах.

Доминирующее положение среди правовых норм, призванных защитить семью, занимают нормы семейного законодательства. Учитывая обусловленную

¹ Зотиков А. Европейская социальная хартия: ратификация предпочитает высокую ответственность государства // Человек и труд. 2002. № 2. С. 84.

исследованием тему, необходимо выделить ст. 60 Семейного кодекса РФ, закрепляющую в числе имущественных прав ребенка на социальные пособия, которые поступают в распоряжение родителей (лиц, их заменяющих) и расходуются ими на содержание, воспитание и образование ребенка.

Важное значение на современном этапе развития российской системы социального обеспечения имеют нормы налогового законодательства. Например, ст. 217 Налогового кодекса РФ, определяя доходы, не подлежащие налогообложению при уплате налога на доходы физических лиц, освобождает от налогообложения государственные пособия, за исключением пособий по временной нетрудоспособности (включая пособие по уходу за больным ребенком). При этом к пособиям, не подлежащим налогообложению, относится пособие по безработице, беременности и родам. Кроме того, глава 24 Налогового кодекса РФ устанавливает порядок исчисления и уплаты единого социального налога. Этот налог предназначен для мобилизации права граждан на государственное пенсионное и социальное обеспечение (страхование) и медицинскую помощь.

Основным законодательным актом в области обеспечения граждан детскими пособиями является Федеральный закон от 19 мая 1995 года № 81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей».¹ Он устанавливает единую систему государственных пособий гражданам, имеющим детей, в связи с их рождением и воспитанием, которая обеспечивает гарантированную государством материальную поддержку материнства, отцовства и детства. Указанный законодательный акт определяет пять основных видов детских пособий; категории граждан, имеющих право на соответствующее пособия; продолжительность их выплаты, а также размеры рассматриваемых социальных пособий.

Также следует назвать Федеральный закон от 7 августа 2000 года № 122-ФЗ² «О порядке установления размеров стипендий и социальных выплат в Российской Федерации», который отменил зависимость размеров стипендий, пособий и других обязательных социальных выплат в РФ от минимального размера оплаты труда и установил их в твердых суммах (в денежном выражении).

Еще одним законодательным актом, действующим в данной области, стал Федеральный закон от 16 июля 1999 года № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования».³ Среди социальных страховых рисков он называет материнство, а в качестве самостоятельных видов страхового обеспечения – пособие по беременности и родам; ежемесячное пособие по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет; единовременное пособие женщинам, вставшим на учет в медицинских учреждениях в ранние сроки беременности; единовременное пособие при рождении ребенка.

В настоящее время действует Федеральный закон от 24 июля 1998 года №

¹ О государственных пособиях гражданам, имеющим детей: Федеральный закон от 19 мая 1995 года № 81-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1929.

² О порядке установления размеров стипендий и социальных выплат в Российской Федерации: Федеральный закон от 7 августа 2000 года № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 33. Ст. 3348.

³ Об основах обязательного социального страхования: Федеральный закон от 16 июля 1999 года № 165-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3686.

124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации»¹. Им предусмотрено установление минимальных социальных стандартов основных показателей качества жизни детей. Они включаются в установленный минимальный объем услуг по гарантированной выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей, в связи с их рождением и воспитанием.

Даже простое перечисление этих законов (а это, безусловно, не исчерпывающий их перечень), касающихся вопросов назначения и выплаты пособий гражданам на детей, свидетельствует о том, насколько сложным и многочисленным является законодательство по социальному обеспечению семей, воспитывающих детей.

Значительное место в системе источников правового регулирования детских пособий занимают Указы Президента РФ и Постановления Правительства РФ.

В качестве примера можно назвать Указ Президента РФ «Об основных направлениях государственной семейной политики» от 14 мая 1996 года № 712, «О первоочередных мерах по обеспечению выплаты ежемесячного пособия на ребенка» от 8 сентября 1998 года № 923.

Особое значение имеет постановление Правительства РФ от 4 сентября 1995 года № 883, утвердившее Положение о порядке назначения и выплаты государственных пособий гражданам, имеющим детей.² Им устанавливается правовой механизм реализации закрепленных в Законе о государственных пособиях гражданам, имеющим детей, прав граждан. Положение, в частности, предусматривает органы, назначающие и выплачивающие соответствующие виды пособий, определяет документы, необходимые для назначения каждого вида пособий, источники финансирования расходов на пособия разным категориям граждан.

Постановлением Правительства РФ от 29 сентября 1999 года № 1096 был утвержден Порядок учета и исчисления величины среднедушевого дохода, дающего право на получение ежемесячного пособия на ребенка.³ Данный акт определяет состав семьи, учитываемый при исчислении величины среднедушевого дохода, виды дохода, учитываемые при исчислении среднедушевого дохода.

Самостоятельную группу актов составляют акты министерств и других федеральных органов исполнительной власти. Прежде всего, к ним относятся акты Министерства здравоохранения и социального развития и Фонда социального страхования.

Из п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ следует, что вопросы защиты семьи, материнства, отцовства и детства; социальной защиты, включая социальное обеспечение, находятся в совместном ведении Российской Федерации и субъектов

¹ Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации: Федеральный закон от 24 июля 1998 года № 124-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3802.

² Об утверждении Положения о порядке назначения и выплаты государственных пособий гражданам, имеющим детей: Постановление Правительства Российской Федерации от 4 сентября 1995 года № 883 // СЗ РФ. 1999. № 37. Ст. 3628.

³ Об утверждении Порядка учета и исчисления величины среднедушевого дохода, дающего право на получение ежемесячного пособия на ребенка: Постановление Правительства Российской Федерации от 29 сентября 1999 года № 1096 // СЗ РФ. 1999. № 41. Ст. 4920.

РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 76, по предметам совместного ведения, кроме федеральных нормативных актов, издаются акты субъектов РФ.

В связи с этим в сфере социального обеспечения граждан с детьми широкое распространение получила практика принятия соответствующих правовых актов субъектами РФ. Главная цель таких источников – это повышение уровня социальной защиты граждан на соответствующих уровнях (региональном, муниципальном), установление дополнительных, повышенных мер социальной поддержки граждан по сравнению с федеральными.

К сожалению, введение дополнительных мер социальной защиты семей с детьми могут позволить себе только экономически благополучные регионы, такие как Самарская область, Москва и некоторые иные. Что касается Оренбургской области, то у нас не предусмотрены более льготные условия назначения и выплаты детских пособий, чем те, что закреплены на федеральном уровне.

Примером можно назвать распоряжения Главы администрации Оренбургской области от 25 мая 1999 года № 446-р «О порядке финансирования и погашения задолженности по выплате ежемесячных пособий гражданам, имеющим детей», от 23 августа 1999 года № 757-р «О порядке назначения и выплаты ежемесячного пособия на ребенка».

С другой стороны, на уровне региона и города принято большое количество нормативных актов, свидетельствующих о нестабильной обстановке, сложившейся с выплатой детских пособий (например, постановление Правительства Оренбургской области от 27 января 1997 года № 4-п «О чрезвычайной ситуации с выплатой заработной платы в бюджетной сфере, пособий на детей и пенсий»).

Таким образом, мы видим, что правовое регулирование детских пособий осуществляется на международном, национальном и региональном уровнях. Следует отметить полноту реализации и качество соответствующих правовых норм. Россия обязалась соблюдать многие международно-правовые документы, посвященные вопросам социального обеспечения семей с детьми. Но насколько велика дистанция между их содержанием и реальностью действий российского государства по их исполнению.

Оставляет желать лучшего и качество социального законодательства. Социальные законы принимаются, исходя из сиюминутных политических интересов, и поэтому, как правило, не могут быть применены на практике, не отвечают реальностям, не учитывают специфику регионов, их финансовые и материальные возможности.¹

Сегодня, в сложный период адаптации России к новым экономическим отношениям, особенно важно не упустить из виду принцип приоритетности защиты детства при создании новых нормативных актов. Необходимо обеспечить в законодательстве наилучшую охрану прав и интересов детей как одной из наименее защищенных категорий граждан и определяющих, в конечном счете, будущее нашего общества.

¹ Левина М. Популизм закону не товарищ, или Почему хромает социальная сфера // Социальная защита. 1998. № 11-12. С. 4.

ОБЪЕКТ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ

*Шадрина Т.В. – зав. кафедрой трудового и предпринимательского права,
к.ю.н., доцент*

Высокая конкуренция на рынке товаров вынуждает предпринимателей внедрять инновации. Однако спрос на инновационную продукцию в Оренбургской области продолжает оставаться низким. И подтверждением тому являются данные обследования технологических инноваций. Так, в 2002 году было произведено инновационной продукции на сумму 798,1 млн. руб., что составляет лишь 0,89 процентов от общего объема промышленной продукции. Затраты на технологические инновации в промышленности региона составили 179,9 млн. руб., причем 70,3 процентов их общего объема сосредоточены в машиностроении и металлообработке. Такое положение дел никак не способствует расширению спектра новых видов местной продукции и успешному продвижению их на рынок. Как свидетельствует зарубежный опыт, более высокое качество инноваций достигается при затратах на них свыше 8 процентов от общего объема реализуемой продукции. Одним из возможных выходов из сложившейся ситуации является эффективное правовое регулирование инновационной деятельности, которое представляется невозможным без определения основных понятий и, в первую очередь, объекта инновационной деятельности.

Понятия, выражающие содержание и специфику инновационных преобразований в обществе, начали входить в употребление еще в XIX в. Одним из первых среди этих понятий было «нововведение». Первоначально значение термина «нововведение» связывали с изменениями, вызванными спонтанными взаимодействиями различных культур. Затем в начале XX в. этот термин стал использоваться в экономической науке. Именно от него произошел термин «инновация». Принято считать, что в современном толковании термин «инновация» (от английского *innovation*, что означает «нововведение» или более точно – «введение чего-либо нового») ввел в научный обиход Й. Шумпетер¹. Под инновацией он понимал воплощение научного открытия или технического изобретения в новой технологии (процессе) или в новом продукте. Исходя из этого, инновационная деятельность представляет собой «процесс создания нового товара от формирования его идеи до освоения производством, выпуска, реализации и получения коммерческого эффекта»². Существует другое определение инновационной деятельности, которое подчеркивает ее интегративную сущность: «Это процесс, объединяющий науку, технику, экономику, предпринимательство и управление»³. Такое понимание

¹ Шумпетер Й. Теория экономического развития. - М., 1982.

² Курнышева И., Сулейменов Д. Инвестирование инновационного развития // Экономист. 1994. № 10. С. 187.

³ Повышение инновационной эффективности экономики России / Отв. ред. В.П. Логинов, А.С. Кулагин. - М.,

инновационной деятельности находится в русле традиционных представлений о бизнесе, характерном для зарубежных предпринимателей, а потому данный подход можно назвать предпринимательским. Для него характерно включение в инновационный процесс коммерческой деятельности.

Российское законодательство в настоящее время не определяет понятие «инновационная деятельность»¹. Однако в теории под ней понимают деятельность по использованию (внедрению) научно-технических достижений в практике, в том числе в предпринимательской деятельности. По мнению В.А. Рассудовского, понятие «инновация» объединяет новшество (знание), нововведение (технология), то есть завершённые разработки, и процесс их применения и распространения².

Следовательно, инновационная деятельность тесно связана с научной (научно-исследовательской) и научно-технической видами деятельности, определения которых раскрыты в статье 2 Федерального закона «О науке и научно-технической политике»³ от 23 августа 1996 года. Так, научная (научно-исследовательская) деятельность – это деятельность, направленная на получение и применение новых знаний, в том числе фундаментальные научные исследования и прикладные научные исследования. В свою очередь научно-техническая деятельность – деятельность, направленная на получение, применение новых знаний для решения технологических, инженерных, экономических, социальных, гуманитарных и иных проблем, обеспечения функционирования науки, техники и производства как единой системы.

О.А. Городов исследовал существующие связи между научной, научно-технической деятельностью и инновационной. При этом за основу он взял понятие инновационной деятельности, которое дается в совместном письме, утвержденном Инновационным советом при Председателе Совета министров РСФСР 19 апреля 1991 года № 14-448 и Министерством финансов РСФСР 14 мая 1991 года № 16/135 «Об инновационных (внедренческих) сферах деятельности»⁴: «Инновационной (внедренческой) деятельностью считается деятельность по созданию и использованию интеллектуального продукта, доведению новых оригинальных идей до реализации их в виде готового товара

1994. С. 184.

¹ В данном случае имеется в виду федеральное законодательство. Хотя нужно отметить, что Правительство РФ в свое время приняло Концепцию инновационной политики Российской Федерации на 1998-2000 годы, в которой инновационная деятельность определялась как процесс, направленный на реализацию результатов законченных научных исследований и разработок либо иных научно-технических достижений в новый или усовершенствованный продукт, реализуемый на рынке, в новый или усовершенствованный технологический процесс, используемый в практической деятельности, а также связанные с этим дополнительные научные исследования и разработки. Под инновацией (нововведением) понимался конечный результат инновационной деятельности, получивший реализацию в виде нового или усовершенствованного продукта, реализуемого на рынке, нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической деятельности (см.: Постановление Правительства РФ № 832 от 24 июля 1998 года «О Концепции инновационной политики РФ на 1998-2000 годы»). Субъекты РФ самостоятельно пытаются восполнить указанный пробел, принимая собственные законы. В качестве примера можно привести Закон Оренбургской области «Об инновационной деятельности в Оренбургской области» от 27 июля 1998 года.

² Рассудовский В.А. Проблемы правового регулирования инновационной деятельности в условиях рыночной экономики // Государство и право. 1994. № 3. С. 62.

³ СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137. С послед. изм. и доп. Далее – Закон о науке.

⁴ Информационный бюллетень. 1991. № 9.

на рынке». В этом определении четко выделяются два признака инновационной деятельности, которые могут существовать независимо друг от друга и, по существу, олицетворяют собой этапы инновационной деятельности. О.А. Городов обращал внимание на то, что основным содержанием второго признака являются действия по доведению новых и оригинальных идей до готовой товарной формы. Данный признак характеризует начальный и конечный этапы инновационного процесса, обозначая путь от абстрактного решения к реальному продукту, а от него к прибыли. Именно в этой краткой формуле заключается сущность инновационной деятельности и направление ее осуществления.

В экономических исследованиях называются две разновидности такого направления. К первой из них относят так называемую «линейную» модель инновационного цикла, в соответствии с которой идея проходит ряд стадий, трансформируясь в объект техники, технологии либо иной продукт по следующей схеме: фундаментальные исследования, прикладные исследования, опытно-конструкторские работы, технологические разработки, производство, торговля, потребление. Второе направление определяется как «цепная» модель инновационной деятельности. Согласно этой модели инновационный процесс совершается не по линейной цепочке передачи знаний от стадии к стадии, а по цепочке с обратными связями между составляющими ее звеньями. Таким образом, О.А. Городов пришел к выводу о том, что Закон о науке регулирует отношения, затрагивающие так называемые «интеллектуальные» стадии инновационного процесса, что отличает научную и научно-техническую деятельность от инновационной¹.

Тем не менее важно отметить, что любая деятельность представляет интерес не сама по себе как таковая, а тем, что она имеет результат. Так, «деятельность» в философии определяется как «процесс, в ходе которого человек преобразует природу, делая тем самым себя деятельным субъектом, а осваиваемые им явления природы – объектом своей деятельности»², при этом «деятельность человека воспроизводит освоенные ею стороны предмета как реально, воссоздавая сам этот предмет, так и идеально – в качестве свойств другого предмета, выступающего в качестве знаковой функции первого»³. Из приведенных положений следует, что труд как материально-преобразующая предметная деятельность может быть физическим или умственным; в зависимости от этого результатом такой деятельности может быть материальное или нематериальное (духовное) благо.

Значит, объект инновационной деятельности – это, в первую очередь, результат интеллектуальной или творческой деятельности⁴, который, по сути,

¹ Бушев А.Ю., Городов О.А., Вещунова Н.Л. и др. Коммерческое право: Учебник. Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. - С-Пб.: Изд-во С-Пб. ун-та, 1998. С. 84-87.

² См.: Философский словарь. - М.: Изд-во полит. лит-ры, 1987. С. 118.

³ Там же. С. 118.

⁴ С.В. Петровский провел соотнесение понятий творческой и интеллектуальной деятельности и пришел к выводу, что понятие творческой деятельности не совпадает с понятием интеллектуальной деятельности, так как указывает именно на новизну результата деятельности, тогда как словосочетание «интеллектуальная деятельность» подчеркивает способ осуществления – рациональные, логические умозаключения, и поэтому определение всех результатов творческой деятельности через понятие результатов интеллектуальной

является нематериальным благом.

Включение результатов творчества в хозяйственный оборот привело к необходимости их правового регулирования, что в свою очередь породило проблему установления их правовой природы и их места среди других юридических категорий.

Эта проблема вызвала дискуссию, незаконченную до настоящего момента и породившую ряд противоречивых мнений, объясняющих сущность прав на результаты творчества. Как образно заметил по этому поводу видный цивилист конца XIX - начала XX в. профессор Г.Ф. Шершеневич: «С тех пор, как положительные законодательства приняли это злополучное право под свою защиту, оно носится по горизонту науки без всякого определенного назначения... подобно птице, высматривающей место, куда ей удобнее было бы спуститься»¹.

Возникшее разнообразие теорий о природе изучаемых прав позволяет провести их классификацию по различным критериям. Так, в литературе проводится классификация² на основании признака публично-правового или частноправового подхода к комплексу прав на результаты творчества. К публично-правовым отнесены следующие: 1) теория исключительных прав, главным положением которой является возможность законодательного наделения исключительными правами автора или его правопреемника, ставящими их в привилегированное положение; 2) теория труда или творчества, предполагающая признание творческой работы вкладом в общественное достояние, который должен быть вознагражден; 3) теория выявления или обогащения, исходящая из того, что основой для охраны прав автора (иного правообладателя) является не труд, а его конечный итог, обогащающий общественное достояние (через распространение результатов интеллектуальной деятельности). Частноправовыми теориями являются: 1) теория интеллектуальной собственности (проприетарный подход). Ее суть в признании прав на произведения искусства и технические новинки разновидностью прав вещной собственности (права собственности на нематериальные вещи); 2) теория личности, признающая права на результаты творчества неотъемлемой частью личности их авторов.³

Однако разработанная С.В. Усольцевой классификация теорий, объясняющих природу прав на результаты творчества, не показывает, по мнению С.В. Петровского, самого важного – как соответствующая теория определяет место прав на результаты творчества в системе гражданских прав. Признавая определенную гносеологическую ценность указанной классификации, он предлагает произвести дифференциацию упомянутых теорий на базе признака принадлежности прав на результаты творчества к той

деятельности представляется терминологически неточным. (См.: Петровский С.В. Исключительное право и интеллектуальная собственность в российском законодательстве. - М.: Информационно-внедренческий центр «Маркетинг», 1998. С. 31-33).

¹ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. - Казань, 1891. С. 28.

² Усольцева С.В. Результаты интеллектуальной деятельности как правовая категория. Дисс. канд. юр. наук. - Томск, 1997. С. 13.

³ Кузнецов М.Н. Охрана авторских прав в международном частном праве. - М.: Университет дружбы народов, 1986. С. 12.

или иной группе субъективных юридических прав. Такой подход позволяет сделать вывод о наличии четырех направлений в определении принадлежности исследуемых прав: 1) теория исключительных прав, относящая права автора к субъективным правам, состоящим в возможности использования любым, не запрещенным законом способом результата интеллектуальной деятельности и в совокупности специфических личных неимущественных прав, связанных с созданием творческого результата; 2) концепция интеллектуальной собственности, относящая совокупность изучаемых прав к классу вещных; 3) теория личности, размещающая соответствующие права преимущественно в классе личных; 4) теория интеллектуальных прав, называющая авторские и патентные права правами особого рода (*sui generis*), лежащими за пределами классического деления гражданских прав на вещные, обязательственные и личные.¹

Из этих теоретических направлений в законодательстве и доктрине большинства стран мира преобладают две концепции: исключительных прав и интеллектуальной собственности.

Доводы различных авторов (например, В.П. Рассохина, Э.П. Гаврилова и др.) в пользу теории исключительных прав сводятся к одному: результаты интеллектуальной деятельности не могут быть объектом права собственности. Но, даже будучи бесспорно доказанным, этот факт отнюдь не свидетельствует о том, что результаты интеллектуальной деятельности являются объектами исключительных прав. Другие авторы (например, В.А. Дозорцев, И.А. Зенин) допускают возможность использования термина «интеллектуальная собственность», но лишь в качестве некоего условного, собирательного наименования для различных результатов интеллектуальной деятельности, продолжая настаивать на том, что по содержанию это исключительные права. При этом никто не дает ответа на вопрос о том, каковы качественные характеристики «исключительных прав», какое место они занимают в общей системе гражданских прав и т.д. Анализ приведенных высказываний позволил С.В. Усольцевой сделать вывод о том, что теория исключительных прав не может быть признана состоятельной с научной точки зрения как не имеющая логически законченной системы доказательств, поскольку, построенная на отрицании, она не содержит второй, важнейшей части любой научной теории, а именно: конструктивной, утверждающей, доказывающей.²

Интересно, что, несмотря на ярко выраженный материалистический характер своей философии, именно К. Маркс ввел понятие «духовное производство» для характеристики производства идей, знаний, художественных ценностей и т.п. «Духовное производство является составной частью общественного производства, представляющего единство материального и духовного производства, хотя и зависит в конечном счете от материального производства, определяется его базисными отношениями...

¹ Петровский С.В. Исключительное право и интеллектуальная собственность в российском законодательстве. - М.: Информационно-внедренческий центр «Маркетинг», 1998. С. 37-38.

² Усольцева С.В. Правовая природа общественных отношений, возникающих в связи с созданием и использованием результатов интеллектуальной деятельности. - Иркутск, 1996. С. 7-12.

Духовное производство носит исторический характер, представляя собой духовную деятельность, облеченную в определенные общественные формы¹. Тем самым фактически было признано, что, во-первых, производство как «вечное естественное условие человеческой жизни»² вовсе не сводится к производству материальных благ, и, во-вторых, духовная (интеллектуальная) деятельность – это такая же производительная деятельность и, следовательно, она также должна завершаться созданием определенных потребительских стоимостей.

Сопоставление вышеприведенных положений материалистической философии привело С.В. Усольцеву к выводу о том, что интеллектуальная деятельность и ее результаты по своей экономической сущности тождественны деятельности материальной, а значит, способны порождать аналогичные общественные отношения, в том числе отношения собственности. С точки зрения материалистической философии, «собственность – это принадлежность каких-либо объектов субъекту, которым могут быть отдельные лица, их группы, государство, общество в целом. Объектом собственности может быть все, что включено в сферу жизнедеятельности субъекта, главным образом производственной деятельности... Исторически определенная форма собственности складывается в недрах какого-либо способа производства, как соответствующие ему отношения между людьми по поводу производства и воспроизводства. Эти отношения определяют в обществе отношения собственности и закрепляются в надстройке (прежде всего как право)»³. Однако дальнейшее развитие марксистской теории (на которой так или иначе основывалась вся наука в нашей стране), входя в противоречие с ее собственными утверждениями, пошло по пути абсолютизации материального характера общественных отношений, вследствие чего производственные отношения стали определяться как «материальные, не зависящие от сознания людей отношения, охватывающие сферу производства, обмена и распределения материальных благ... Характер производственных отношений определяется способом соединения производителя со средствами производства, то есть формой собственности, от которой зависят обмен и формы распределения материальных (и только?) благ»⁴.

Основываясь на вышеизложенном, С.В. Усольцева утверждает, что продукты интеллектуальной деятельности есть разновидность продуктов человеческого труда вообще, они обладают определенной экономической ценностью и могут быть присвоены конкретными лицами, что, в свою очередь, позволяет говорить о возникновении отношений собственности⁵.

Идея о возможности установления права собственности на продукты интеллектуального труда зародилась еще во времена античности. Римские юристы указывали, что обнародование и использование произведений

¹ См.: Философский словарь. - М.: Изд-во полит. лит-ры, 1987. С. 137.

² См.: Философский словарь. - М.: Изд-во полит. лит-ры, 1987. С. 388.

³ Там же. С. 433.

⁴ Там же. С. 387.

⁵ Усольцева С.В. Правовая природа общественных отношений, возникающих в связи с созданием и использованием результатов интеллектуальной деятельности. - Иркутск, 1996. С. 2-4.

затрагивают как финансовые интересы, так и личные права авторов, при этом

они основывались на концепции так называемой «бестелесной вещи»¹.

В эпоху, предшествующую изобретению книгопечатания (XV в.), режим произведений творческого труда определялся правом собственности: «автор произведения являлся собственником соответствующего материального объекта (практически это могла быть рукопись) и мог его продавать; а так как размножить рукопись было очень трудно, последующее использование произведения не могло повредить материальным интересам автора»². Появление печатания и гравировальной техники привело к распространению печатных работ и ознаменовало новый период в истории интеллектуальной собственности. С конца XV в. до начала XVIII в. книгопечатание было связано с выдачей привилегий, закрепленных в королевских указах. Но когда в конце XVII в. в результате смены абсолютной монархии на систему парламентаризма существование привилегий монопольных издателей было поставлено под угрозу, последние обратились к понятию литературной собственности, пытаясь таким образом сохранить полученные ими права. Для того, чтобы признать и узаконить права авторов как естественные права, вытекающие из самой природы творческой деятельности и не зависящие от произвольного толкования официальных властей, в Декларациях прав человека и гражданина 1791 и 1793 годов было закреплено право на использование произведения и исключительное право на его воспроизведение. Появившись во Франции, понятие литературной собственности затем распространилось в других странах. Так, в Германии в 1868 году был принят указ, предоставивший авторам защиту от незаконного использования их работ; в Дании и Норвегии в 1741 году – декрет о предоставлении авторам и их законным правопреемникам пожизненного права собственности на их произведения; в России первый закон в области авторского права появился в 1890 году. В законах некоторых американских штатов в XVIII в. встречались такие формулировки: «Ни одно принадлежащее человеку благо не может быть ближе ему, чем право на продукт его умственного творчества». В 1793 году во Франции при обсуждении проекта закона об авторском праве литературная собственность была названа «самой священной и самой личной из всех видов собственности».³

Такой подход законодателя к регулированию прав на результаты интеллектуальной деятельности пытались обосновать с помощью различных концепций. Например, немецкий юрист Пикар предложил дополнить римскую классификацию прав четвертой категорией «интеллектуальных прав» (*jura in re intellectuali*), которая бы охватывала особые права автора, а также права на изобретения, промышленные образцы и товарные знаки. Его соотечественник, юрист Колер, полагал, что права автора или изобретателя представляют собой вид прав, близких к праву собственности, объекты которых нематериальны. Эти и ряд других ученых объясняли теорию интеллектуальной собственности,

¹ Считается, что эта концепция была выдвинута римским юристом Гаем, который разделил все вещи на две группы: «телесные» (*quae tangi possunt*) и «нетелесные» (*quae tangi non possunt*), то есть «вещи, которых можно коснуться», и вещи, к которым прикоснуться нельзя. Как отмечал Гай, «нетелесные вещи – это то, что состоит в праве». (См.: Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. - М.: Госюриздат, 1960. С. 83).

² Азбука авторского права. - М.: Юрид. лит-ра, 1982. С. 19.

³ Сиджанский Д., Кастанос С. Международная охрана авторского права. - М.: Изд-во иностр. лит., 1958. С. 49.

основываясь на новой разновидности классической концепции *res* и признавая особую категорию «бестелесной вещи».¹

В настоящее время в отечественной юриспруденции, равно как и в зарубежной правовой науке, наметилось два основных подхода к понятию «интеллектуальная собственность». Одни ученые приветствуют закрепление в законе данного понятия и не усматривают в его использовании законодателем каких-либо элементов ненаучного подхода. По мнению других ученых, этот термин является изначально неточным и ненаучным, в связи с чем он может применяться лишь в политических актах, но никак не в источниках права.

Следует отметить, что данный спор возник не сегодня, а уходит своими корнями еще к концу XIX века. Уже тогда понятие интеллектуальной собственности и его составляющих – литературной (художественной) и промышленной собственности – подвергалось резкой критике со стороны ряда ученых. Противники этого понятия указывали ранее и продолжают подчеркивать, что, во-первых, нельзя отождествлять правовой режим материальных вещей и нематериальных объектов, каковыми являются по своей сути авторские произведения и различные технические новшества; во-вторых, в отличие от права собственности, которое, в принципе, бессрочно и не подвержено каким-либо территориальным ограничениям, права авторов, изобретателей и их правопреемников изначально ограничены во времени и в пространстве; в-третьих, авторские и патентные права защищаются с помощью совершенно иных правовых средств по сравнению с теми, которые применяются для защиты права собственности; в-четвертых, право на творческий результат неразрывно связано с личностью его создателя и тому подобное. Реагируя на эти, в общем-то, справедливые замечания, сторонники теории интеллектуальной собственности поясняют, что речь в данном случае идет о собственности особого рода.

Так, например, С.В. Усольцева считает, что зачастую теория интеллектуальной собственности трактуется слишком упрощенно, и ее суть пытаются представить как полное и абсолютное отождествление вещей и результатов интеллектуальной деятельности. Однако это будет справедливо только для характеристики самого раннего этапа развития данной теории («проприетарной теории»). Понятно, что в таком примитивном виде указанная теория была бы лишена всякого смысла, ведь в этом случае результаты интеллектуальной деятельности просто включались бы в перечень объектов права собственности в традиционном смысле, то есть не было бы необходимости в создании нового, самостоятельного правового института интеллектуальной собственности. Именно поэтому многие аргументы противников теории интеллектуальной собственности, по существу, беспочвенны, так как в качестве объекта для критики они используют данную теорию в том виде, в каком она существовала в средние века. Таким образом, оперируя понятием «право интеллектуальной собственности», мы должны иметь в виду, что это самостоятельный правовой институт, а теория интеллектуальной собственности в ее современном понимании отнюдь не

¹ Сиджанский Д., Кастанос С. Международная охрана авторского права. - М.: Изд-во иностр. лит., 1958. С. 53.

сводится к установлению знака равенства между названным институтом и правом собственности в традиционном смысле («вещной собственностью»)¹.

Еще одним поводом для критики теории интеллектуальной собственности стала невозможность использования «классической триады» правомочий собственника для характеристики прав на результаты интеллектуальной деятельности. Тем не менее, «триада» правомочий собственника является юридической конструкцией, рожденной историческим развитием нашего законодательства, а не отражением каких-то особых экономических отношений владения, пользования и распоряжения. Юридическая специфика права собственности заключается не столько в перечне правомочий собственника, который может быть самым различным, сколько в самом их характере. Право собственности как субъективное право является правом абсолютным. Закон предоставляет собственнику право требовать устранения любого рода препятствий, мешающих ему осуществить свои правомочия. Это требование может быть реализовано путем предъявления претензий к лицу, нарушающему его право. Если собственник не может реализовать или защитить свое право собственности обычными средствами, закон предоставляет ему возможность использовать силу компетентных государственных органов, то есть воспользоваться правом на защиту своего субъективного права.² Здесь также уместно привести интересное замечание американского автора о том, что право собственности в любой форме предполагает наличие у собственника исключительного права на осуществление его в своих интересах. Это и составляет основу права собственности.

Особенности объектов интеллектуальной собственности оказывают влияние на правомочия субъекта права интеллектуальной собственности. Очевидно, надо признать, что всякий такой субъект обладает правомочиями владения, пользования и распоряжения. В то же время на содержание названных правомочий определяющее воздействие оказывает комплекс авторства, интегрированный с правомочиями собственника. В результате правомочие владения означает фактическое знание субъектом тех идей и решений, из которых складывается новшество, и основанные на этом знании личные неимущественные права автора. Правомочия пользования и распоряжения составляют центр тяжести права интеллектуальной собственности. Правообладатель вправе использовать объект по своему усмотрению любыми, не противоречащими закону способами. Распоряжение исключительным правом включает возможность обладателя передать свое право другому лицу, разрешить использование охраняемого объекта путем выдачи лицензии или распорядиться правом иным способом, не противоречащим существу исключительного права. При этом речь идет об исключительном праве собственника в смысле монополии автора, поскольку все другие лица могут воспользоваться объектами исключительного права

¹ Усольцева С.В. Правовая природа общественных отношений, возникающих в связи с созданием и использованием результатов интеллектуальной деятельности. - Иркутск, 1996. С. 12.

² См.: Гражданское право. Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. - М.: Издательство БЕК, 1993. С. 204.

только с разрешения монопольного обладателя права. Пользование же в экономическом смысле означает эксплуатацию материальных носителей результатов творчества для удовлетворения потребностей производства, получения прибыли и т.п. Таким образом, конструкция монопольного права как бы превращает субъекта права интеллектуальной собственности в потенциального предпринимателя, от которого зависит юридическая судьба объекта, да и сам способ предпринимательской деятельности по реализации новшества через процесс нововведения.

Итак, означает ли все вышеприведенное, что объект инновационной деятельности как объект творчества представляет собой объект интеллектуальной собственности, то есть, другими словами, что именно концепции интеллектуальной собственности отдается предпочтение?

В специальных международных конвенциях и соглашениях, как известно, перечисляются конкретные наименования прав (авторские права, права на художественные и литературные произведения и т.д.)¹. Определение словосочетания «интеллектуальная собственность», содержащееся в Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности², состоит из перечня объектов, права на которые входят в объем этого понятия. Юридическая природа этих прав, а также содержание понятия интеллектуальная собственность международными документами не рассматриваются.

В истории отечественной юридической мысли и законодательной практике взгляды на правовое регулирование использования результатов творчества несколько раз подвергались изменениям. Так, в начале XIX в. права авторов картин, художественных произведений, а также изобретателей, владельцев фабричных рисунков и моделей относились к разновидности права собственности. Но уже к концу XIX - началу XX в.в. большинством ученых права на плоды творческого труда определялись, как считалось, более точным термином «исключительные права». Если в дореволюционный период от термина «интеллектуальная собственность» отказывались по соображениям его неточности для отражения юридической сути совокупности прав на результаты творчества, то в советский период возникла дополнительная критика по поводу буржуазно-эксплуататорской направленности такого понятия³.

Термин «интеллектуальная собственность» был вновь использован в конце XX в. в Законе СССР «О собственности в СССР» от 6 марта 1990 года⁴. В статье 2 указанного закона говорилось о том, что «отношения по созданию и использованию изобретений, открытий, произведений науки, литературы, искусства и других объектов интеллектуальной собственности регулируются специальным законодательством СССР, союзных и автономных республик».

¹ См. напр.: Всемирная конвенция об авторском праве. Подписана в Женеве 6 сентября 1952 г. / Интеллектуальная собственность (в 2 т.). Т. 1. Авторское право и смежные права / Сост. и коммент. И.В. Попова; под ред. В.Ф. Чигира. 1997. С. 31-66; Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. Подписана 9 сентября 1886 г. / Там же. С. 68-137.

² Подписана в Стокгольме 14 июля 1967 г. / Там же. С. 6-28.

³ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. - М.: «Теис», 1996. С. 15.

⁴ Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. № 11. Ст. 164.

Закон РСФСР «О собственности в РСФСР» от 24 декабря 1990 года¹ конкретизировал виды объектов интеллектуальной собственности, отнеся к ним: «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».

В Основах гражданского законодательства СССР и союзных республик от 31 мая 1991 года² применяется словосочетание «результаты интеллектуальной деятельности» без упоминания «интеллектуальной собственности». Не упоминается она и в Патентном законе РФ от 23 сентября 1992 года³, где изобретение, полезная модель и промышленный образец определяются как объекты промышленной собственности.

Конституция РФ, принятая 12 декабря 1993 года,⁴ закрепила использование данного термина на российской законодательной почве, провозгласив, что «интеллектуальная собственность охраняется законом» (ст. 44). Затем указанный термин был воспроизведен в Гражданском кодексе РФ⁵ и ряде других законодательных актов РФ.⁶

Однако трактовать сложившуюся ситуацию как возрождение классической концепции интеллектуальной собственности неверно, потому что понятие интеллектуальной собственности получило иное содержание. В этой связи интерес вызывает точка зрения видного российского ученого, профессора А.П. Сергеева, полагающего, что ныне российское законодательство понимает «под интеллектуальной собственностью совокупность исключительных прав как личного, так и имущественного характера на результаты интеллектуальной и, в первую очередь, творческой деятельности, а также на некоторые иные приравненные к ним объекты».⁷

Аналогичной точки зрения на содержание права интеллектуальной собственности придерживаются многие исследователи – сторонники теории исключительных прав, ранее выступавшие против термина «интеллектуальная собственность», но затем вынужденные признать его как повсеместно распространенный в международной практике, законодательствах зарубежных стран и в отечественном праве. Так, например, в Гражданском кодексе РФ говорится об исключительном праве (интеллектуальной собственности) на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 138).

Анализ современного российского законодательства приводит С.В.

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2325.

² Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2319. С послед. изм. и доп.

⁴ Российская газета. № 237. 25 декабря 1993 года.

⁵ Российская газета. 1994. № 238-239 (ч. 1); СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410 (ч. 2).

⁶ Несмотря на критику применения данного термина в законодательстве рядом российских ученых: см. напр., Зенин И.А. Рынок и право интеллектуальной собственности в СССР // Вопросы изобретательства. 1991. № 3. С. 21-25.; Вступительная статья проф. В.А. Дозорцева. Исключительные права и их развитие / Сб. норм. актов «Права на результаты интеллектуальной деятельности: авторское право, патентное право. Другие исключительные права». - М., 1994. С. 20-21; Городов О. «Собственность» и «интеллектуальная собственность» // Интеллектуальная собственность. 1994. № 9-10. С. 3-9; и др.

⁷ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. - М.: «Теис», 1996. С. 18-19.

Петровского к выводу о том, что смысл терминов «исключительные права» и «интеллектуальная собственность» в значительной мере изменился по сравнению с их традиционным употреблением, и оба понятия часто используются как синонимы. Неясность данной ситуации привела к применению в тексте ряда федеральных законов и подзаконных актов дублирующих, неунифицированных терминов для обозначения объекта инновационной деятельности («интеллектуальная продукция», «интеллектуальные ценности», «продукты интеллектуального и творческого труда», «результаты интеллектуальной деятельности»). Изучение понятий исключительного права и интеллектуальной собственности в контексте современного российского права позволяет определить их следующим образом: исключительное право (интеллектуальная собственность) – это комплекс имущественных прав на использование результата творчества в любой форме и любым способом¹.

Основываясь на вышеизложенном, попробуем обозначить основные черты и свойства объекта инновационной деятельности.

Все такие объекты – результаты деятельности ума, а ряд объектов суть прямые и непосредственные проявления человеческого таланта в области науки, техники, литературы, искусства, то есть к ним вполне применим термин «объекты интеллектуальной собственности». Объекты интеллектуальной собственности выступают носителями определенной информации. Это – новые решения технических задач (изобретения, промышленные образцы) или сведения о продукте (товарный знак, знак обслуживания), о месте производства товара. Сама информация имеет нематериальный характер и, лишь будучи воплощенной в объективную форму (техническую документацию, текст, графический знак, символ), может быть включена в научно-технический или коммерческий оборот². Именно с момента, когда творческий замысел получил внешнее выражение в той или иной форме, возникает и само право на такой объект, причем для некоторой части объектов для возникновения права необходимы определенные юридические действия: подача заявки, выдача охранного документа.

Большинство объектов инновационной деятельности имеют авторов, чьи имена сопровождают данные объекты. При этом автор имеет исключительные (особые, принадлежащие только ему) права в отношении рассматриваемых объектов. Он вправе сам использовать объект либо передавать права другим лицам, что часто приводит к тому, что такие объекты одновременно используются неограниченным кругом лиц.

Следовательно, результаты интеллектуальной деятельности, как и прочие продукты человеческого труда, имеют стоимость. В этом качестве они могут

¹ Петровский С.В. Исключительное право и интеллектуальная собственность в российском законодательстве. - М.: Информационно-внедренческий центр «Маркетинг», 1998. С. 38-40.

² Проводя аналогию результата интеллектуальной деятельности с документированной информацией, можно выделить у этих объектов такой общий признак как двуединство информации и материального носителя, что предопределяет специфику их правового режима. Двуединство нематериального содержания и материальной формы позволяет применять для защиты объектов инновационной деятельности одновременно два правовых института: институт интеллектуальной собственности и институт вещной собственности.

давать полезный эффект (экономический, социальный и т.п.), могут удовлетворять личные и общественные потребности, могут быть предметом трудовых контрактов, договоров купли-продажи, передачи прав пользования. Интеллектуальные продукты не относятся к потребляемым вещам. С течением времени их значимость (стоимость) уменьшается, происходит их моральное старение. В то же время к произведениям науки, литературы и искусства, признаваемым совершенными, понятие морального износа неприменимо, поскольку их рыночная стоимость с течением времени, как правило, растет.

Тем не менее, не все объекты интеллектуальной деятельности становятся объектами инновационной деятельности. Нужно отметить, что на каждом этапе научно-технического прогресса создаются или совершенствуются определенные интеллектуальные продукты. Так, на этапе научно-исследовательских разработок получают объективированное выражение результаты научной деятельности: теории, гипотезы, уравнения, открытия. Воплощенные в рукописи, статьи, монографии, научные отчеты, стенограммы публичных выступлений нередко служат основанием, отправной точкой перехода к следующей стадии – поисковым и опытно-конструкторским работам. Результаты этой стадии (разработки, решения, расчеты, изобретения, промышленные образцы) фиксируются в описаниях, чертежах, схемах и макетах. Этапы экспериментов и промышленно-технического освоения предполагают использование таких объектов инновационной деятельности как ноу-хау, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, которые затем тиражируются и включаются в промышленное производство. Следовательно, для того, чтобы идея как объект интеллектуальной собственности стала объектом инновационной деятельности, она должна пройти путь от научно-исследовательских разработок до промышленного производства.

Итак, объект инновационной деятельности представляет собой объект интеллектуальной собственности, используемый в производстве с целью получения прибыли.

Раздел шестой

Страницы отечественной и зарубежной истории государства и права

НАЧАЛО КОНЦА РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ ИЛИ КОНЕЦ ЕЕ НАЧАЛА? (К 100-ЛЕТИЮ ПЕРВОЙ РУССКОЙ РЕВОЛЮЦИИ)

Жиляев П.И. – доцент кафедры истории государства и права, к.и.н.

На старте XX века Россия вступила в полосу широкомасштабных социально-политических потрясений, радикально изменивших и весь складывающийся столетиями облик державы, и направление ее дальнейшего развития.

Эпоха Александра II, объективно ставшая временем ускоренной капиталистической модернизации страны, породила беспрецедентные по сложности и глубине проблемы, обернулась революционными взрывами, крушением монархии, на месте которой в ходе братоубийственной гражданской войны утвердилась новая и неслыханная государственность, призванная стать инструментом построения на останках необозримой Российской империи (да и во всем мире) «светлого будущего человечества».

Истоки этих потрясений следует искать не только и не столько в незавершенности и половинчатости реформ Царя-Освободителя, сколько в пропасти, образовавшейся между закостеневшей российской властью и обществом, устремившимся благодаря этим реформам в цивилизованном направлении и претерпевшим на этом пути разительные перемены.

При официально сохраняемой государством сословности российского общества социальные перегородки стали прозрачными и проницаемыми. К примеру, наряду с дворянством, продолжавшим занимать господствующее положение в политике, в государственном аппарате (1,85 млн. чел. или менее 1,5% населения) стремительно росла численность отечественной буржуазии (по переписи 1897 года – примерно 1,5 млн. чел.), правда, сила которой не соответствовала уровню индустриального развития страны из-за огромной роли государства и иностранного капитала в экономике. Как и прежде, большинство подданных империи (77%) составляло забитое нуждой, бесправное крестьянство, опутанное остатками феодальных отношений, в то же время к 1900 году общая численность рабочих в России уже превышала 12 млн. чел., т.е. около 10% населения (индустриальный пролетариат – 2,6 млн. чел. или 2%).¹

Неравномерный и противоречивый характер развития России в

¹ Россия. 1913 г. - С-Пб., 1995. С. 71, 223; Соловьева А.М. Промышленная революция в России в XIX в. - М., 1990. С. 258; Боханов А.Н. Крупная буржуазия в России. - М., 1992. С. 259; Дякин В.С. Самодержавие, буржуазия и дворянство в 1907–1911 г.г. - Л., 1978. С. 12.

пореформенный период, многонациональный уклад империи превратили российское общество к началу XX века в чрезвычайно пеструю структуру, отдельные элементы которой были воплощением различных исторических эпох. По выражению русского мыслителя Н.А. Бердяева, «Россия совмещала в себе несколько исторических и культурных возрастов, от раннего Средневековья до XX века».¹

Одновременное наложение феодальных и полуфеодальных порядков, а также хищнических методов молодого российского капитализма не только не способствовало консолидации российского общества, а наоборот – углубляло пропасть между различными социальными слоями.

Необходимо заметить, что миллионы людей находились в плену средневековых представлений о мире, их кругозор ограничивался родной деревней, кишлаком или аулом. По первой Всероссийской переписи населения 1897 г., подавляющее большинство подданных (73,7%) было неграмотно.

В то же время преобразования Александра II внесли много нового в духовную, культурную и политическую жизнь. Именно в пореформенный период впервые возник в России не только термин интеллигенция, но и социально-культурная среда, и ее носители – разночинцы, сформировавшиеся в основном из земских специалистов.

Культурный подъем, однако, сопровождался идейным кризисом. Быстрое расширение круга образованных людей порождало не только культурные потребности, но и неизвестные ранее политические запросы. Русская интеллигенция не удовлетворялась решением задач, связанных с профессиональными интересами врачей и инженеров, ученых и адвокатов, а стремилась к серьезным преобразованиям в политической и социальной сфере.

Противостояние государства и образованного меньшинства русского общества стало приобретать все более острый характер к началу XX века.

Переходный характер социальной структуры России конца XIX в. - начала XX в. особенно отчетливо проявился в появлении маргинальных слоев русского общества, т.е. значительного числа людей, лишенных привычного окружения в прошлом, смутно ориентировавшихся в настоящем и неуверенных в будущем.

Конечно же, маргинализация общества – это не чисто русское явление. Оно было присуще и европейским странам в периоды ломки средневековых социальных структур, но два фактора в пореформенной России превращали этот промежуточный слой общества в весьма взрывоопасный.

Первый. На Западе еще в недрах феодального общества сложились условия, позволявшие относительно безболезненно пережить потрясения, сопровождавшие индустриализацию и «массовизацию» общественной жизни – уважение к частной собственности, большая независимость личности, привычка (традиция) уважать законы и др.

Второй. Сроки российских преобразований оказались чрезвычайно малы (20–30 лет), чтобы усвоить большинству «мигрантов» новые правила изменившейся жизни.

¹ Бердяев Н.А. Судьба России. - М., 1990. С. 731.

Эти обстоятельства несли в себе огромной силы разрушительный потенциал российскому обществу, что не замедлило сказаться в ближайшем будущем.

Завершая анализ состояния российского общества к началу XX века, нельзя не остановиться на политических партиях, которые во множестве появились в это время в России и которые в традиционных представлениях считаются выразителями различных социальных интересов.

Безусловно, само их появление и деятельность отражали нараставший конфликт между модернизацией и традиционализмом, наложившийся к тому же на социокультурный раскол «низов» и «верхов» общества, а также обостренный искусственным торможением процесса реформирования страны, ростом общественных ожиданий выхода из кризиса.

Однако, учитывая незавершенность социального структурирования, наличие «нескольких исторических и культурных возрастов» общества, надо признать (что отмечалось еще современниками в начале XX века)¹ – политические партии в России создавались не столько на основе социальных интересов, сколько идей, причем они чаще всего заимствовались на Западе.

Конфликтность общественно-политического развития, рост социальной напряженности, оппозиционных и революционных настроений в обществе при неумении и нежелании власти своевременно реагировать на возникшие проблемы способствовали особой восприимчивости населением различных идеологий, особенно социалистических.

Идеи социализма, несмотря на свое «западное» происхождение, оказались близки некоторым духовным традициям и русскому национальному характеру своим бескомпромиссным и коллективистским духом, стремлением к абсолютной справедливости, равенству, а в целом – известным сходством с евангельским христианством.²

Заимствованные на Западе идеи, однако, далеко не всегда были приспособлены к российским условиям, и их адаптация являлась главной задачей для большинства отечественных партий.

Решение этой задачи осложнялось максимализмом интеллигенции, ее склонностью, по признанию одного из лидеров российского либерализма П.Н. Милюкова, к абстрактному мышлению, то есть фактически к отчуждению от народа.³

Следовательно, российские партии складывались, точнее, насаждались интеллигенцией. И в этой связи нельзя не согласиться с исследователем С.В. Леоновым, утверждавшим, что «в условиях незавершенности классовообразования и отсутствия представительных учреждений интеллигенция брала на себя роль выразителя интересов различных социальных групп, создавала и «обслуживала» практически все партии... Она как бы компенсировала отсутствие мощной, политически консолидированной буржуазии, способной взять на себя лидирующую роль в выражении насущных

¹ Василевский Л.М. Политические партии на Западе и в России. Вып. 2. - С-Пб. 1906. С. 5.

² Изгоев А.С. Наши политические партии. - Пг., 1917. С. 4.

³ Милюков П.Н. Россия на переломе. Т. 1. - Париж, 1927. С. 34-36.

общественных потребностей».¹

Учитывая исторически складывавшееся противостояние образованного меньшинства русского общества и власти, ментальность российской интеллигенции, нетрудно понять и множественность (а также дробность), и неустойчивость отечественных партий, их радикализм и оппозиционность царскому режиму.

Таково было в общих чертах нестабильное и взбудораженное состояние российского общества к началу XX в.

Противостоящая сторона переживала также не лучшие времена. Самодержавие, веками безраздельно господствовавшее на российской политической арене, к исходу XIX в. оказалось в чрезвычайно сложной ситуации.

Российская империя оставалась последним оплотом абсолютизма. Даже в Японии к 1890 г. была принята Конституция и созван парламент. Повсюду в мире, особенно в Европе, государственная власть развивалась в направлении парламентаризма и выборных структур. Между тем император всероссийский, чей полный титул включал более полусотни названий подвластных ему территорий, обладал всей законодательной и исполнительной властью, не будучи ограничен никакими выборными органами. В Своде законов Российской империи издания 1892 г. торжественно провозглашалось: «Повиноваться верховной власти его не только за страх, но и за совесть сам Бог повелевает», власть императора определялась как самодержавная и неограниченная. Абсолютные прерогативы царя «ограничивались» всего двумя условиями, обозначенными в Своде законов: ему вменялось в обязанность неукоснительно соблюдать закон о престолонаследии и исповедовать православную веру.

Безусловно прав историк А.Н. Боханов, утверждая, что «...самодержавие существовало века и способствовало организации и укреплению империи. Однако такая форма правления отвечала историческим задачам тогда, когда общество было достаточно простым и поступательное развитие можно было бы обеспечивать указаниями и директивами из единого центра».² Разительно изменившееся в XIX в. российское общество, жизненные реалии времени требовали модернизации государственности, приспособления ее к этим реалиям.

Видели ли эти изменения российские самодержцы? Думается, ответ должен быть положительным, особенно, что касается последнего императора Николая II, который дотошно, скрупулезно и педантично, не доверяя никому и, следовательно, не имея даже личного секретаря, самолично занимался государственными бумагами и делами.

Между тем, будучи хорошо информированным о положении дел в стране, император даже не пытался изменить губительный курс, несмотря на многочисленные проекты преобразований, исходившие от наиболее дальновидных политиков и чиновников.

¹ Леонов С.В. Партийная система России (конец XIX в. – 1917 г.) // Вопросы истории. 1999. № 11-12. С. 32.

² Боханов А.Н. Российские самодержцы. 1801–1917. - М., 1993. С. 313.

Представляется, что главное объяснение кроется в природе российского абсолютизма. Вспомним, что становление централизованной власти в Московском государстве проходило в ореоле преемственности и наследственности священной Римской (Византийской) империи, а первый царь Иван IV «получил» власть непосредственно от Бога. Божественное происхождение царской власти стало необходимым условием стабильности самодержавного строя в России на протяжении столетий: «Признание верховной государственной власти одного человека над сотнями тысяч и миллионами подобных ему человеческих существ не может иметь места иначе, как при факте или презумпции, что в данной личности – царе – действует некоторая высшая сверхчеловеческая сила, которой нация желает подчиниться или не может не подчиниться».¹

С таких позиций любая попытка отказа от верховной власти становилась святотатством. Если любой другой монарх мог силой обстоятельств превратиться в конституционного, то православный государь был лишен такой возможности. Двойственная природа его власти препятствовала всякой эволюции, обрекала российское самодержавие на застой. Незыблемость принципа царской власти делала невозможным введение конституционного строя в России.

Данное объяснение во многом помогает понять политику русских царей: отказ от проектов Сперанского, Новосильцева, Лорис-Меликова и «контрреформы» Александра III, и позицию Николая II.

Нужны были чрезвычайные обстоятельства, экстраординарное событие, чтобы повернуть российскую государственность в цивилизованном направлении, на путь парламентаризма.

И таким событием стала первая русская революция 1905–1907 г.г., явившаяся закономерным результатом затянувшегося конфликта общества и власти, результатом неспособности самодержавия мирным путем разрешить назревшие проблемы и потрясшая всю огромную империю, всколыхнувшая десятки миллионов людей.

Не останавливаясь подробно на ее драматических событиях, рассмотрим реакцию верховной власти, мотивы и действия ее, приведшие в конечном итоге к изменению государственного строя в России.

События 9 января 1905 г., ставшие началом революции, вызвали необычайные волнения прежде всего в рабочей среде. Забастовки протеста охватили в течение нескольких дней практически все промышленные центры страны – до конца января число бастующих достигло полумиллиона, т.е. больше, чем за все предшествующее десятилетие. Более того, митинги и демонстрации протеста против расстрела питерских рабочих прокатились по европейским странам.

Уже 19 января в речи перед собранными для него 34 рабочими представителями царь заявил о начале разработки законодательства о рабочих.

Однако встревоженные деловые круги и общественные деятели требовали от императора установления правопорядка в стране на более

¹ Тихомиров Л.А. Цит. по кн.: История России. Народ и Власть. - С-Пб., 1997. С. 430.

широкой основе, ибо акции протеста ширились и множились, в них уже принимали участие студенческая молодежь, интеллигенция, средние и часть высших слоев общества – революционная лихорадка охватывала умы всех подданных Российской империи.

За короткое время идеи, раньше волновавшие только отдельных политических деятелей, – о гарантиях прав личности, свободе, избирательных возможностях, Учредительном собрании – распространились в самых широких кругах общества. «Эта «революция в умах» была, несомненно, самым глубоким и значительным изменением, которое в конечном итоге повлекло за собой событие 1905 года».¹

В итоге длительных колебаний между желанием не отступить от самодержавного правления и боязнью потерять все Николай II, движимый, в первую очередь, чувством вины за трагедию 9 января, решился на уступку.

18 февраля 1905 г., накануне годовщины отмены крепостного права (чтобы избежать дополнительных волнений, надо полагать), император издает Указ, разрешающий подавать петиции и приглашающий частные лица и организации доводить до сведения центральной власти свои предложения по улучшению государственной деятельности и благосостояния народа.

Одновременно императором подписываются еще два взаимоисключающих документа: Манифест с призывом ко всем «истинно русским людям» объединиться вокруг трона и дать отпор попыткам подорвать древние основы самодержавия, «без которого невозможно существование самой России», а также Рескрипт на имя недавно назначенного министра внутренних дел А.Г. Булыгина о привлечении «избранных от населения людей к участию в предварительной разработке и обсуждении законодательных предположений» (т.е. о создании законосовещательной Государственной Думы).

В своих мемуарах бывший глава Временного правительства А.Ф. Керенский (в 1905 г. начинающий юрист и общественный деятель) отметил: «18 февраля 1905 года – весьма знаменательный день. Именно в этот день по случайному совпадению были одновременно опубликованы три в высшей степени важных документа. Насколько я знаю, никто никогда не смог объяснить с достаточной долей достоверности, почему все три были опубликованы одновременно».²

Вряд ли это можно назвать случайностью, ибо в этом весь Николай II: угодить всем не в ущерб собственной позиции с упованием на Бога – авось вынесет. Последнее весьма очевидно, ибо двусмысленные обещания, промедлительность в действиях правительства, даже по мнению наиболее прозорливых современников этих событий, делались в иллюзорной надежде на благополучный исход русско-японской войны. Министр финансов В.Н. Коковцов вспоминал об этом времени: «[Путь эскадры адмирала В.А. Рожественского вокруг мыса Доброй Надежды] ...держал всех нас в каком-то оцепенении, мало кто отдавал отчет в шансах на успех задуманного небывалого

¹ Верт Н. История советского государства 1900–1991 г.г. - М., 1995. С. 36.

² Керенский А.Ф. Россия на историческом повороте: Мемуары. - М., 1993. С. 34.

предприятия. Всем страстно хотелось верить в чудо, большинство же просто закрывало себе глаза на невероятную рискованность замысла».¹

Сокрушительное поражение русского флота в Цусиме 15 мая 1905 г. похоронило всякие надежды правительства потушить революцию при помощи «маленькой победоносной войны» (В.К. Плеве) и заставило его, наконец, взяться за организацию обещанного законосовещательного учреждения. В конце мая проект был внесен на рассмотрение Комитета министров. По имени автора А.Г. Булыгина этот орган получил в дальнейшем название «булыгинская дума».

На фоне растущего недовольства самых широких слоев общества либеральная оппозиция откровенно усилила давление на царя. Собравшиеся в Москве на чрезвычайный съезд земские деятели единогласно проголосовали за обращение «К обществу» с требованием выборов представительного собрания в рамках конституционной монархии и 6 июня направили Николаю II соответствующую петицию, на которую император никак не отреагировал, однако через две недели, принимая представителей консерваторов, вновь подтвердил неукоснительную приверженность старым принципам.

Новый съезд земцев 6-8 июля признал, что попытка компромисса провалилась, и разработал свой проект Конституции, используя вековой опыт государств Западной Европы.

Но бóльшее впечатление на царя и правительство оказал созыв в эти июльские дни I Всероссийского крестьянского съезда, собравшего почти 100 делегатов из 22 губерний России, который выступил с весьма радикальными требованиями: в области политической – избрание путем всеобщих выборов Учредительного собрания, в экономической – об отмене частной собственности на землю и экспроприации землевладельцев, реформе кабального налогообложения крестьян. На смену разрозненным местным выступлениям крестьянства рождалась политическая организация в масштабах страны.

Во второй половине июля царь собрал в своей резиденции, в Петергофе, под своим председательством особое совещание в составе пяти великих князей, всех министров и других высших сановников. В этот состав оказался включен (по близости к царской семье) профессор В.О. Ключевский. Кроме того, был приглашен ряд представителей поместного дворянства.

В течение недели главным предметом обсуждения, даже борьбы, стало не столько само учреждение Думы (хотя приглашенные помещики открыто объявили булыгинский проект изменой), сколько ключ к господству над ней – избирательный закон. Противоборство шло по принципу построения системы. Правительственный вариант исходил из начал бессловности выборов, против чего категорически возражало большинство участников совещания.

По словам П.Н. Милюкова, постоянно общавшегося со своим университетским учителем в эти июльские дни, В.О. Ключевский, разделявший правительственную позицию, убедил царя, заявив: «Сословность выборов может быть истолкована в смысле защиты интересов дворянства. Тогда восстанет в народном воображении мрачный призрак сословного царя. Да

¹ Цит. по кн.: Наше Отечество. Опыт политической истории. Т. 1. - М., 1991. С. 224.

избавит НАС Бог от таких последствий».¹ Необходимость скорейшего выбора и окончательного решения диктовалась неутраченными в стране «смутами и волнениями».

Проект А.Г. Булыгина был принят. 6 августа 1905 г. он приобрел силу закона, император утвердил в этот день «Учреждение Государственной Думы» и «Положение о выборах в Государственную Думу». В Манифесте, который предварял эти законы, отмечалось: «Согласие и единение Царя и народа – великая нравственная сила, созидавшая Россию в течение веков»...² Там же указывалось, что государь давно уже изучает вопрос, как можно устранить противоречие между органами самоуправления и государственными учреждениями, ибо противоречие это самым пагубным образом влияет на всю государственную жизнь.

Манифест подчеркивал, что настало время призвать представителей всей страны к «постоянному и деятельному участию в составлении законов», с этой целью создать особое законосовещательное учреждение, Государственную Думу, для приготовления законопроектов и государственного бюджета.

Оценивая начало российского парламентаризма, необходимо отметить, что попытка верховной власти перекинуть мост через образовавшуюся между ней и обществом пропасть, оказалась безуспешной. Планировавшаяся Государственная Дума так и не состоялась.

Расхожее мнение, что она была бойкотирована, проигнорирована российской общественностью, требует нового осмысления и конкретизации: кем и как?

На первый взгляд, инициатива остракизма «безвластной» Думы должна исходить от либеральной оппозиции власти, как наиболее думающей и организованной части общества. При внимательном изучении (прочтении) документов эпохи (тех же мемуаров) обнаруживается как раз обратное.

Во-первых, консервативная часть либералов однозначно высказалась сразу же за участие в выборах, считая августовскую уступку власти реальным прогрессом.

Во-вторых, радикальное крыло либерального движения, представленное Союзом союзов и составлявшее как минимум 40 тысяч членов, устами своего лидера П.Н. Милюкова определилось следующим образом: «Когда проект Думы стал наконец законом... я имел возможность написать в «Праве» осведомленную статью о месте этого акта в ряду предыдущих попыток политической реформы... Сами собою вырисовывались основные недостатки закона, а также и его преимущества перед прежними не осуществившимися предложениями. На следующий день в «Сыне Отечества» появилась другая моя статья, в которой я категорически высказывался против бойкота Булыгинской Думы. Здесь, говорил я, перейден тот Рубикон, перед которым на полвека остановилась русская политическая борьба.

¹ Милюков П.Н. Воспоминания. Т. 1. - М., 1990. С. 305-306.

² Собрание Указаний и Распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате. 1905. Отдел первый. – С-Пб.: Сенатская типография, 1905. № 141. Ст. 1325. С. 1967.

Из акта 6 августа, во всяком случае, вытекает признание существования политических партий, а стало быть, и тех «свобод», которые необходимо связаны с самим фактом выборов народных представителей. Как бы ни была несовершенна Дума, она является новой ареной, куда должна быть перенесена открытая парламентская борьба, свойственная нашему направлению».¹

Более того, следует привести по этому поводу высказывание известного специалиста в области отечественного либерализма профессора В.В. Леонтовича, настороженно отнесшегося, кстати, к самому факту «осовременивания» российского абсолютизма, но тем не менее отметившего прогрессивность акта 6 августа 1905 г.: «...создание народного представительства, хотя бы только законосовещательного, неизбежно и даже против воли законодателя не могло не оказать влияния на неограниченный характер царской власти».²

Общественными деятелями, публично выступавшими за бойкот нового государственного учреждения, были социалисты-революционеры и социал-демократы, но и они надеялись использовать предвыборную кампанию в целях собственной пропаганды.

Что касается стихийно-разнородной части российского общества, далекой от политических тонкостей, она-то как раз сыграла решающую роль в срыве выборов Думы. Остановить эту стихию оказались не в состоянии ни сама власть, ни думающая часть общества.

Именно деятельный, активный протест миллионов простого народа, основанный на накопившихся проблемах и неразрешенных трудностях жизни, приобретавший все более организованный характер – вплоть до создания советов, союзов, комитетов и т.п., сорвал первую попытку власти пойти на диалог с обществом – и это была расплата за ее медлительность и недальновидность, ибо второй шаг (после 17 октября 1905 г.) был мерой форсированной, неестественной и сыграл роковую роль в разрушении российской государственности, опоздавшей в своей модернизации.

¹ Милюков П.Н. Воспоминания. Т. 1. - М., 1990. С. 306.

² Леонтович В.В. История либерализма в России. 1762–1914. - М., 1995. С. 426.

КООРДИНАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ И ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СВЯЗЕЙ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ ТЕРМИНОЛОГИИ

*Ксенофонтова М.В. – ст. преподаватель кафедры конституционного и
международного права, к.ю.н.*

С 1993 года субъекты Российской Федерации получили конституционно закрепленное право на осуществление международных и внешнеэкономических связей, в которых они активно участвуют. В последнее десятилетие XX века, по мнению теоретиков и практиков, произошла новая регионализация России, характеризующаяся вовлечением в систему международного сотрудничества субъектов Российской Федерации как самостоятельных локализованных сообществ.¹ Процессы интеграции, регионализации, выхода субъектов Российской Федерации на международную арену породили насущную потребность осмысления правового статуса субъектов Российской Федерации в международной системе. В настоящее время значимость, вариабельность, эффективность, масштабность международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации не вызывает сомнений. Задача государства – сделать процесс таких связей легитимным и контролируемым, для чего необходимо завершить формирование системы правового регулирования международной деятельности субъектов Российской Федерации.

Конституцией Российской Федерации в области международных связей и международных отношений были установлены три уровня компетенции:

Федерация компетентна в области внешней политики и международных отношений, международных договоров, вопросов войны и мира, внешнеэкономических отношений (п. «к» и «л» ст. 71). По предметам ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федеральные законы, имеющие прямое действие на всей территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 76).

2. Федерация и субъекты Федерации совместно координируют международные и внешнеэкономические связи субъектов Федерации и совместно обеспечивают выполнение международных договоров Российской Федерации (п. «о» ст. 72). В соответствии с ч. 2 ст. 76 Конституции по предметам совместного ведения издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации.

«Вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, субъекты Российской Федерации обладают всей полнотой власти» (ст. 73). В пределах собственной компетенции статья 76 Конституции закрепляет в пункте 4 право на осуществление субъектами

¹ Доклад полномочного представителя Президента РФ в Приволжском федеральном округе. На пороге новой регионализации России. Меняющаяся региональная архитектура страны. 2001. С. 5.

Федерации собственного правового регулирования, включая принятие законов и иных нормативных актов.¹

Целенаправленно вопросы осуществления субъектами Федерации внешних связей были урегулированы Федеральным Законом РФ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» от 4 января 1999 г.² Однако данный федеральный закон не разрешил всех противоречий в сфере регулирования международной деятельности субъектов Российской Федерации, его регулятивная роль достаточно невелика. Закон не дал четкого определения международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации, но пошел по пути негативного правового регулирования, из которого «вытекает» вывод об отрицании международной правосубъектности субъектов Российской Федерации. Таким образом, субъекты Российской Федерации не являются субъектами международного публичного права и не обладают международной правосубъектностью. Источниками правового регулирования международной деятельности субъектов Российской Федерации служат составляющие российской правовой системы: национальное законодательство и международные договоры Российской Федерации. Отсутствие международной правосубъектности у субъектов Российской Федерации дополнительно подтверждается двусторонними договорами Российской Федерации о сотрудничестве субъектов Федерации с административно-территориальными единицами иностранных государств. Эти договоры закрепляют следующие принципы участия субъектов Российской Федерации в международном сотрудничестве: 1) объем компетенции субъектов федераций во внешней сфере неодинаков и устанавливается каждым государством самостоятельно в национальном законодательстве; 2) соглашения, заключаемые субъектами федераций, не являются международными договорами; они заключаются только по вопросам, входящим в компетенцию субъектов по национальному законодательству государств, и выполняются в соответствии с национальным законодательством; 3) представительства субъектов федераций на территориях иностранных государств не обладают дипломатическим статусом, на них не могут быть возложены дипломатические и консульские функции; работники таких представительств не пользуются дипломатическими привилегиями и иммунитетами.³

¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации. - М., 1994. С. 225-248.

² О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации. Федеральный Закон от 4 января 1999 г. // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231.

³ За последние годы Российская Федерация заключила более десятка двусторонних международных договоров о принципах сотрудничества между субъектами Российской Федерации и административно-территориальными единицами иностранных государств, например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Канады о принципах и основах сотрудничества между субъектами Российской Федерации и провинциями и территориями Канады от 18 декабря 2000 г.; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индии о принципах сотрудничества между органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и местными правительствами штатов и союзных территорий Республики Индии от 3 октября 2000 г.; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о принципах сотрудничества между администрациями (правительствами) субъектов Российской Федерации и областными администрациями Республики Армения от 15 сентября 2001 г.

Однако правовая «нечеткость» федерального законодательства приводит сегодня к тому, что со стороны отдельных субъектов Федерации высказывались и продолжают появляться негативные оценки самой концепции Федерального закона, фиксирующей, по их мнению, слишком централизованные права за федеральными органами и потому неприемлемой для федеративного государства. Более того, по мнению ряда ученых, «закон основывается на неверной концепции – концепции отрицания международной правосубъектности российских регионов. Осуществлять международные связи и не являться при этом субъектом международного права – невозможно.¹ Более четкая и однозначная правовая регламентация режима трансграничной деятельности субъектов Российской Федерации позволила бы избежать таких противоречащих Конституции Российской Федерации толкований.

Таким образом, субъекты Российской Федерации имеют право на международные и внешнеэкономические связи, которые подлежат координации, осуществляемой совместно Федерацией и ее субъектами. Но, несмотря на конституционное и законодательное закрепление права субъектов Российской Федерации на осуществление международных и внешнеэкономических связей, концепция правового статуса субъектов Российской Федерации в международной сфере до сих пор остается неразработанной, как в науке, так и в законодательстве. В науках конституционного права и международного права не выработано единого подхода к проблеме правосубъектности субъектов Российской Федерации в международной сфере, не выяснена природа и сущность трансграничной деятельности субъектов Российской Федерации. Пробелом национального законодательства, регулирующего трансграничную деятельность субъектов Российской Федерации, является отсутствие определения, правовой сущности «международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» и правового содержания их координации.

Наиболее важным вопросом является вопрос о природе, сущности международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации. Субъекты Российской Федерации в соответствии с Конституцией поддерживают «связи», а Федерация – «отношения». Соотношение этих терминов не раскрывается, официальное толкование этих понятий также отсутствует. Это является причиной появления противоречащих Конституции толкований.

Термин «международные отношения» давно известен и теоретически и законодательно обоснован в отечественной и зарубежной доктрине, источниках международного и национального права, чего нельзя сказать о понятии «международные и внешнеэкономические связи субъектов Российской Федерации». Более того, даже обращение к Словарю русского языка не вносит ясности в соотношение понятий «отношения» и «связи», так как под «отношениями» понимаются связи между кем-нибудь,² а под «связями» –

¹ Толстых В.Л. Международная деятельность субъектов Российской Федерации. - Томск, 2002. С. 65.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М., 1968. С. 465.

отношения взаимной зависимости.¹ Содержательное отличие международных правоотношений, в которые вступает Российская Федерация и ее субъекты, бесспорно, существует, но из анализа норм Конституции оно вытекает лишь опосредованно.

Концептуальное понимание международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации возможно, на наш взгляд, через понимание трансграничных отношений как любых отношений, «пересекающих государственные границы».² Использование термина «трансграничные отношения субъектов Российской Федерации» позволит избежать «слияния», с одной стороны, с предметом регулирования международного публичного права и, с другой стороны, с исключительной компетенцией Российской Федерации на международной арене – международными отношениями, а также отразить природу и сущность осуществляемых субъектами Российской Федерации связей.

Трансграничные отношения субъектов Российской Федерации – это «собирательное» понятие, аккумулирующее в себе все легитимные формы и способы взаимодействия субъектов с иностранными партнерами (с иностранными государствами, субъектами федераций, административно-территориальными образованиями, физическими и юридическими лицами иностранных государств). Среди трансграничных отношений субъектов Российской Федерации можно выделить отношения властного (публичного) характера и отношения частноправового характера.

Трансграничные отношения субъектов Российской Федерации с иностранными государствами, субъектами федераций, административно-территориальными образованиями иностранных государств являются выражением властной деятельности органов власти субъектов Российской Федерации; они осуществляются на основе и в пределах компетенции, установленной национальным законодательством и международными договорами Российской Федерации. Это трансграничные отношения властного характера. Главной составляющей таких трансграничных отношений субъектов Российской Федерации являются предусмотренные Конституцией Российской Федерации международные и внешнеэкономические связи.

Трансграничные отношения субъектов с иностранными физическими и юридическими лицами являются частноправовыми; право на участие в гражданско-правовых отношениях предусмотрено в равной степени для Федерации в целом и субъектов Федерации в ст. 124 Гражданского кодекса Российской Федерации; трансграничные частноправовые отношения регулируются нормами международного частного права.

Актуальность и необходимость законодательного, официального толкования дефиниции «международные внешнеэкономические связи» субъектов Российской Федерации обусловлена следующими факторами: формирование единого концептуального понимания важно для формирования последующего законодательства по исследуемой проблеме, избежания

¹ Там же. С. 696.

² Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. - М., 2004. С. 9.

противоречий в понимании и толковании данного термина органами федеральной власти и органами власти субъектов Федерации (особенно – республик в составе Российской Федерации). На основе анализа норм Конституции Российской Федерации можно сделать следующие выводы.

Российский законодатель стремился избежать трудностей с толкованием, в связи с чем конституционно именовал отношения, в которых участвуют субъекты Российской Федерации, «международными и внешнеэкономическими связями», оставив «международные отношения» в исключительном ведении России. Такое различие, по справедливому замечанию профессора И.И. Лукашука, выражает «намерение не ставить на один уровень межгосударственные отношения и международные связи субъектов».¹ Таким образом, законодатель пытался разграничить явления, возникающие и лежащие в разных правовых плоскостях: в международном праве (международные отношения) и в национальном праве (международные и внешнеэкономические связи). Представляется, что под «международными и внешнеэкономическими связями субъектов Российской Федерации», следует понимать конституционно санкционированную и координируемую федеральными органами государственной власти трансграничную деятельность властного характера субъектов Российской Федерации по установлению и поддержанию контактов с субъектами иностранных федеративных государств, административно-территориальными образованиями иностранных государств, а также участию в деятельности международных организаций. Субъекты Российской Федерации с согласия Правительства Российской Федерации могут осуществлять такие связи и с органами государственной власти иностранных государств.

Одним из способов участия субъектов Российской Федерации в международном сотрудничестве Федеральный закон «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» предусматривает заключение «соглашений об осуществлении международных и внешнеэкономических связей». Однако закон не раскрывает правовой природы и специфики этих соглашений, что порождает противоречия в актах регионального законодательства. Соглашения субъектов Российской Федерации с органами государственной власти иностранных государств (с согласия Правительства Российской Федерации), с субъектами федераций и административно-территориальными образованиями иностранных государств не могут быть отнесены к числу международных (межгосударственных) договоров, так как они не регулируются нормами международного права, не создают международно-правовых норм, не порождают прав и обязанностей у субъектов международного права. Эти соглашения не возлагают права и обязанности на Российскую Федерацию; в случае их неисполнения Российская Федерация не несет ответственности, даже если соглашение подписано с ее согласия. Рассматриваемые соглашения не могут быть отнесены и к внешнеэкономическим сделкам, так как они лишены стоимостного содержания; часто они направлены на создание благоприятных условий для эффективного развития внешнеэкономической деятельности отдельных хозяйствующих

¹ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: Учебник. - М., 1999. С. 311.

субъектов.

Соглашения субъектов Российской Федерации, опосредуя их трансграничную деятельность, являются трансграничными соглашениями. Прежде всего, трансграничные соглашения выступают формой осуществления международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации и, как таковые, носят публичный властный характер. В целях отграничения рассматриваемых соглашений субъектов Российской Федерации от международных договоров и от гражданско-правовых сделок предлагается именовать их трансграничными договорами (соглашениями) властного характера. Такие соглашения – суть публичные договоры властного характера, заключаемые субъектами Российской Федерации в пределах их конституционно определенной компетенции на основе норм национального права и международных договоров Российской Федерации. По своей природе рассматриваемые трансграничные соглашения являются административными договорами, поскольку: 1 - в них выражена согласованная воля органов государственной власти субъектов Российской Федерации и административно-территориальных образований иностранных государств, направленная на установление прав и обязанностей сторон соглашения; 2 – они заключаются в осуществление властных функций участвующих сторон; 3 – исполнение прав и обязанностей, предусмотренных соглашениями, требует принятия властных действий сторон; 4 - возникающие при осуществлении соглашений спорные вопросы решаются на основе внутреннего права государств участвующих в соглашении сторон.

Таким образом, «соглашения об осуществлении международных и внешнеэкономических связей» как один из видов трансграничных соглашений субъектов Российской Федерации - это трансграничные договоры властного характера, заключаемые органами государственной власти субъектов Российской Федерации в пределах своей компетенции при осуществлении международных и внешнеэкономических связей с субъектами иностранных федеративных государств, административно-территориальными образованиями иностранных государств и регулируемые законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации.

Еще одной проблемой служит отсутствие официального толкования используемого в Конституции термина «координация». В п. «о» ст. 72 Конституции речь идет о процессе координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации, однако сущность, механизмы этого процесса нигде не раскрываются.

В Словаре русского языка С.И. Ожегова «координировать» значит «согласовывать, устанавливая целесообразное соотношение между какими-то действиями, явлениями».¹ Часто подчеркивается, что координация осуществляется равноправными сторонами.² Координация всегда присутствует там, где функции и задачи двух государственных органов пересекаются и где

¹ Ожегов С.И. Указ. соч. С. 287.

² Курашвили Б.П. Типология структурных связей в аппарате государственного управления // Формы государственного управления. - М., 1983. С. 16-18.

необходимо приведение этих функций к единому знаменателю. В процессе координации всегда участвуют координатор и координируемый. Координатор может быть наделен большими правами, чем координируемый, но перед законом оба субъекта равны. Именно в этом контексте и следует понимать координацию международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации, осуществляемую совместно органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Федерации. Федерация обладает правом общего регулирования международной деятельности путем разграничения предметов ведения, определения направлений и приоритетов международной деятельности, форм и способов участия в ней субъектов Российской Федерации. Субъекты Федерации имеют предоставленное Федерацией право осуществлять конституционно санкционированные международные и внешнеэкономические связи, которые выступают координируемым объектом. Координация – сугубо внутригосударственный процесс, предваряющий реальный выход субъекта Федерации на международную арену. Суть координации сводится к совместной согласованной деятельности органов государственной власти Федерации и органов государственной власти субъектов Федерации, нацеленной на установление целесообразного соотношения трансграничной деятельности субъектов Федерации конституционно закрепленным пределам такой деятельности.

Представляется, что решение проблем терминологии на современном этапе развития международных и трансграничных отношений имеет ключевое значение, и должно найти свое отражение в Федеральном законе «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации».

УЧАСТИЕ РОССИИ В РИМСКОМ СТАТУТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО СУДА: ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО- ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Ксенофонтова М.В. – ст. преподаватель кафедры конституционного и
международного права, к.ю.н.*

Ксенофонтов В.В. – соискатель кафедры уголовного права ОГУ

13 сентября 2001 г. в ходе сессии Генеральной Ассамблеи ООН Министр иностранных дел подписал от имени Российской Федерации Статут Международного уголовного суда, что открыло возможность начала практической работы по подготовке процесса ратификации и имплементации Римского Статута Международного уголовного суда. Однако Российская Федерация все еще не ратифицировала Статут, проявляя в этом вопросе сдержанность, отразившуюся в официальном заявлении делегации Российской Федерации на Ассамблее государств – участников Статута о том, что в стране

проводится работа по приведению законодательства в соответствии с положениями Статута Суда.

Создание постоянно действующего международного судебного органа является международно-правовой гарантией реализации личностью своего права на защиту. Российская Федерация должна в связи с этим осуществить деятельность по национально-правовой имплементации норм Римского Статута и приведению национального законодательства в соответствие с нормами Статута.

Одна из основных причин воздержания России от ратификации заключается в существовании ряда весомых противоречий между внутренним законодательством и Статутом. К числу таких противоречий относятся проблемы уголовно-правового и уголовно-процессуального характера. Среди последних можно выделить следующие.

Принцип комплементарности (дополнительности) юрисдикции МУС.

В Преамбуле и ст. 1 Римского Статута говорится, что МУС *дополняет* национальные органы уголовной юстиции.

Существует мнение, что данный принцип требует внесения изменений в Конституцию РФ, так как Конституции, а также и УПК РФ не известен суд, им не подчиняющийся, но дополняющий судебную систему страны, а соответственно, Конституция не допускает дополнения национальной судебной системы международным судебным органом¹. Представляется, что подобное утверждение крайне спорно. МУС не заменяет и не подменяет, а лишь дополняет систему правосудия в России. Более того, деятельность национальных органов уголовной юстиции не ставится в какую-либо зависимость от МУС. Напротив, МУС, согласно п. 1а ст. 17 Статута, сможет принять дело к своему производству лишь в тех случаях, когда государство *не желает* или *не способно* вести расследование или возбудить уголовное преследование *должным образом*. Подобная формулировка, безусловно, требует своего толкования: следует более четко определить критерии, по которым следовало бы устанавливать нежелание и неспособность государства должным образом вести указанную деятельность. При этом толкование должно осуществляться в контексте обеспечения прав потерпевшего на защиту на международном уровне, когда национальная судебная система не может обеспечить его прав должным образом в случае полной коррумпированности, паралича. В определенной степени принцип комплементарности служит стимулом для совершенствования национальной судебной системы.

МУС обладает международной правосубъектностью, поэтому признание компетенции МУС Российской Федерацией не повлечет за собой включение МУС в судебную систему Российской Федерации, а, следовательно, необходимости внесения изменений в главу 7 Конституции. Принцип комплементарности должен быть истолкован в контексте осознания народом России себя «частью мирового сообщества», провозглашенного в преамбуле Конституции.

¹ См., например: Тузмухамедов Б.Р. Конституция Российской Федерации и Статус Международного уголовного суда: возможные пути гармонизации // Российский ежегодник международного права. 2003. С. 124.

Отсутствие института суда присяжных.

Согласно ст. 39 (2, «б») Римского статута, разбирательство в отношении лица, переданного Суду, осуществляется Судебной палатой, состоящей из трех судей. Конституция РФ в ст. 47 предусматривает право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей. Раздел XII УПК РФ посвящен особенностям производства в суде с участием присяжных заседателей. В этой связи может возникнуть вопрос о соответствии Статуту национального законодательства, предусматривающего рассмотрение отдельных категорий дел судом присяжных.

Формально Статут ограничивает право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей. Однако следует исходить из сущности и назначения института присяжных заседателей, который преследует цели повышения степени справедливости судебного решения, осуществления контроля за беспристрастностью и состязательностью судебного разбирательства. Суд присяжных представляет собой установленную национальным уголовно-процессуальным законодательством процедуру в рамках производства по делу, которое реализуется национальными судебными органами, и не должен автоматически воспроизводиться в рамках совершенно иной международной процедуры.

Разбирательство уголовных дел в МУС без участия присяжных никоим образом не нарушает прав обвиняемого и не влияет на законность, обоснованность и справедливость приговора. Так как разбирательство в МУС будет осуществляться, во-первых, в соответствии с самыми высокими международными стандартами, гарантирующими права участников процесса, во-вторых, правосудие от имени международного сообщества будут осуществлять судьи, обладающие самой высокой профессиональной квалификацией и высокими моральными качествами, являющиеся независимыми и беспристрастными.

Все указанное в совокупности с другими нормами Статута обеспечивает надлежащие гарантии законного и справедливого разбирательства дела.

3. Проблема передачи лиц суду.

Ст. 38 Статута МУС предусматривает возможность передачи лица суду, предписывая государствам-участникам выполнение просьб суда о производстве ареста лица и передаче.

Конституция Российской Федерации, как и многих других стран, запрещает выдачу своего гражданина иностранному государству. Поскольку внести изменения в Конституцию России очень сложно, при ратификации Статута МУС следует исходить из того, что выдача гражданина России иностранному государству - это одно, а передача его Международному уголовному Суду, юрисдикция которого в отношении преступления, совершенного этим гражданином Российской Федерацией не оспаривается, - это совсем другое. Последнее не запрещается Конституцией России.

По смыслу ст. 102 Статута, «передача» означает доставку лица государством в Суд, что не запрещено Конституцией РФ, в то время как «выдача» означает доставку лица иностранному государству для

распространения своей национальной юрисдикции, а не международным органам правосудия. Таким образом, выдача и передача представляют собой разнотипные юридические явления.

Статья 464 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации предусматривает основания для отказа в выдаче. Поскольку часть первая статьи 89 Статута требует от государств-участников исполнение любой просьбы об аресте и передаче Суду и не предусматривает никаких оснований для отказа в передаче лица в распоряжение Суда, требуется принятие специальной нормы закона.

В ней, в частности, должно содержаться положение, что в случае, если Российская Федерация по какой-либо причине не опротестовала юрисдикцию Суда в соответствии со статьями 18 и 19 Статута, лицо, в том числе и гражданин Российской Федерации, подлежит передаче в распоряжение Суда. Кроме того, требуется специальное примечание, в котором соответствующие нормы части пятой «Международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства» должны быть распространены и на сотрудничество с МУС.

Статьи 462, 463 и 467 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации регулируют вопросы выдачи лица. Решение о выдаче принимается Генеральным прокурором России, которое может быть обжаловано в суд субъекта Российской Федерации. Решение этого суда может быть обжаловано в кассационном порядке в Верховный Суд Российской Федерации, то есть кассационная жалоба может быть принесена только один раз. Поскольку из обязательств государств - участников Статута вытекает, что процедура выдачи не должна содержать требований более обременительных, нежели те, которые применяются к обычным просьбам о выдаче, адресуемым запрашиваемому государству, нет необходимости отменять право на подачу кассационной жалобы.

Учитывая, что принцип дополняемости является одним из основополагающих принципов осуществления Международным уголовным судом своей юрисдикции, подозреваемый, в особенности если он гражданин Российской Федерации, должен иметь право обратиться в Верховный Суд России с просьбой пересмотреть решение, по которому государство отказывается от своей юрисдикции в отношении его.

Российское уголовно-процессуальное законодательство не наделяет прокуроров никакими дискреционными полномочиями в части признания иммунитета лиц в обмен на их помощь в проведении расследования или судебного преследования по другим делам. Исключение составляет возможность прекращения уголовного преследования в отношении лиц, обвиняемых в совершении преступлений небольшой тяжести, в случае их деятельного раскаяния. Однако тяжесть преступлений, в отношении которых Суд обладает юрисдикцией, полностью исключает возможность применения этих норм при сотрудничестве с Судом.

В вопросе достаточности доказательств следует исходить из того, что часть шестая статьи 463 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации

Федерации устанавливает, что в ходе судебного рассмотрения жалобы лица на решение Генерального прокурора Российской Федерации о выдаче суд не входит в обсуждение вопросов о виновности лица, принесшего жалобу, ограничиваясь проверкой соответствия решения о выдаче законодательству и международным договорам Российской Федерации.

В силу тяжести преступлений, в отношении которых Суд обладает юрисдикцией, проблема «двойного инкриминирования» не возникает в российском законодательстве. Отмеченное не исключает в дальнейшем возможность включения в Уголовный кодекс Российской Федерации составов всех преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда.

Кроме того, вариантами урегулирования этого вопроса могли бы стать: процедура толкования Конституционным судом России или принятие специального Закона РФ «Об экстрадиции», который дал бы четкое разъяснение вышеназванным процедурам.

4. Перевозка через территорию государства подозреваемых, подлежащих передаче Суду.

Часть пятая «Международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства» Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации не содержит процедуры, касающейся транзитной перевозки лица, подлежащего выдаче, в то время, как часть третья статьи 89 Статута фактически устанавливает такую процедуру:

а) государство-участник дает разрешение на перевозку через свою территорию лица, передаваемого Суду другим государствам, за исключением случаев, когда такая перевозка могла бы воспрепятствовать передаче либо привести к ее задержке; б) просьба Суда о транзите направляется в соответствии со статьей 87 Статута; в) при перевозке транзитом перевозимое лицо содержится под стражей; г) никакого разрешения не требуется, когда перевозка осуществляется воздушным транспортом и не предполагается приземления на территории государства транзита; д) если на территории государства транзита происходит незапланированное приземление, это государство может обратиться к Суду с требованием о том, чтобы ему была направлена просьба о транзите. Государство транзита задерживает перевозимое лицо до получения просьбы о транзите, но при этом задержание не может продолжаться более 96 часов с момента незапланированного приземления, если в течение этого времени не получено такой просьбы.

Приведенная процедура, в силу пункта 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации, может действовать непосредственно и никакое изменение в российское законодательство не требуется.

5. Просьба об оказании помощи при сборе доказательств.

Признание Российской Федерацией за Прокурором, Палатой предварительного производства и Судебной палатой права обращаться с просьбой об оказании помощи, чтобы помочь им собрать различные доказательства и сведения, в том числе, и доказательства для защиты в соответствии со статьей 93 Статута, точно так же, как и обязательство

безотлагательно ответить на такую просьбу, в случае если она носит срочный характер, вытекают из самого факта ратификации Статута и не требуют внесения соответствующего изменения в российское законодательство.

Здесь следует отметить, что исключением из общего правила об оказании такой помощи являются случаи, когда речь идет о национальной безопасности (статья 72, часть четвертая статьи 93 и часть пятая статьи 99 Статута), о защите информации, предоставленной третьей стороной (статья 73 Статута) или когда выполнение просьбы запрещается на основании основополагающего принципа права общего применения.

Процедура, обеспечивающая поступление всех просьб об оказании помощи наиболее быстрым образом после их получения с целью безотлагательного оказания помощи на всех этапах расследования и судебного разбирательства, должна быть разработана в рамках общего сотрудничества компетентных российских органов с Международным уголовным судом.

б. Свидетельские показания и доказательства, касающиеся конкретных лиц.

Существующая в Российской Федерации система регистрации граждан России и иных постоянно проживающих на ее территории лиц по месту их постоянного жительства способна полностью обеспечить при необходимости идентификацию и установление места нахождения лиц в случаях, предусмотренных пунктом, а части первой статьи 93 Статута. Судебные экспертизы в России в абсолютном большинстве случаев проводятся в государственных судебно-экспертных учреждениях, списки которых имеются во всех судах и следственных подразделениях.

Единственной проблемой является их чрезмерная загруженность, хотя в случаях, предусмотренных пунктом в части первой статьи 91 Статута, эта проблема, как представляется, может быть решена.

В соответствии со статьей 190 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, при допросе свидетеля и потерпевшего ведение протокола обязательно. По инициативе следователя или по ходатайству допрашиваемого при допросе может быть применена аудио- и (или) видеозапись (часть четвертая статьи 189 УПК РФ). Кроме того, допрашиваемым в ходе следственного действия могут быть изготовлены схемы, чертежи, рисунки, диаграммы, которые приобщаются к протоколу (часть пятая статьи 190 УПК РФ).

В соответствии с частью четвертой статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, при производстве допроса свидетель вправе отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников. При согласии свидетеля дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний.

Он также вправе являться на допрос с адвокатом. У него также есть право давать показания на своем родном языке или на языке, которым владеет, а

также бесплатно пользоваться помощью переводчика.

Как уже отмечалось выше, статья 9 Уголовно-процессуального кодекса запрещает действия и решения, унижающие честь лица, а также обращение, унижающее человеческое достоинство либо создающее опасность для жизни и здоровья лица, участвующего в уголовном процессе. Никто не может подвергаться насилию, пыткам, а равно другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению.

Три приведенных выше абзаца могут служить хорошей базой для имплементации положений пункта с) части первой статьи 93 Статута Суда. Вопросы, связанные с допросом подозреваемых или обвиняемых (пункт с) части первой статьи 93 Статута), в частности, касающиеся гарантий соблюдения их прав, изложены в комментарии в подпункте 3.5 в разделе «Права личности».

Что касается права Прокурора и адвоката защиты допрашивать обвиняемых после консультаций Суда с Российской Федерацией в соответствии с пунктом б) части четвертой статьи 99 Статута, то это положение в силу пункта 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации должно действовать непосредственно после ратификации Российской Федерации Статута.

Если с вручением документов, включая судебные документы (пункт с) части первой статьи 93 Статута) проблем, на наш взгляд, не возникает, то определить, какие именно меры придется предпринять государству для содействия добровольной явке лиц в качестве свидетелей и экспертов в Суд, в настоящее время довольно трудно. Поскольку это обязательство возникает непосредственно из пункта е) части первой статьи 93 Статута, то в каждом таком конкретном случае компетентные органы Российской Федерации должны будут определить какие именно необходимо предпринять меры, достаточные для того, чтобы упомянутые лица являлись добровольно по вызову Суда.

Статья 457 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации регулирует вопросы, связанные с производством на территории Российской Федерации процессуальных действий, в том числе обысков, по запросу иностранного государства. При производстве такого обыска применяются правила Кодекса, то есть он производится по постановлению следователя, а если обыск проводится в жилом помещении - с разрешения суда по ходатайству следователя, согласованному с прокурором (статья 182 УПК РФ). Часть вторая статьи 457 УПК РФ предусматривает присутствие при производстве процессуального действия представителя иностранного государства, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации или письменным обязательством о взаимодействии на основе взаимности.

Таким образом, для выполнения обязательств, вытекающих из пунктов а), б) части первой статьи 93 следует просто распространить действие статьи 457 УПК РФ на сотрудничество с Международным уголовным судом.

В соответствии с пунктом ж) части первой статьи 93 Статута государства-участники выполняют просьбу Суда о защите потерпевших и свидетелей и сохранении доказательств. Часть третья статьи 11 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации обязывает суд, прокурора и следователя принимать в пределах своей компетенции меры безопасности в отношении потерпевшего, свидетеля или иных лиц, участвующих в уголовном процессе, при наличии достаточных оснований полагать, что им угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением имущества, либо иными опасными противоправными действиями.

В российском уголовно-процессуальном законодательстве не содержится нормы, позволяющей передавать другому государству заключенных для дачи ими свидетельских показаний. Поскольку для такой передачи, в соответствии с пунктом а) части седьмой статьи 93 Статута, требуется осознанное лицом согласие на такую передачу, данное им свободно, а также согласие государства на передачу на таких условиях, на которых это государство и Суд могут согласиться, упомянутая норма Статута на основании пункта 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации может действовать непосредственно после ратификации Статута.

7. Отсутствие иммунитета должностных лиц.

Одним из вопросов, подлежащих разрешению в связи с потенциальным присоединением России к Статуту, является отсутствие в Статуте иммунитета для главы государства и других должностных лиц.

Не вдаваясь в глубины исторических изысканий, можно отметить бесспорную тенденцию перехода от абсолютного иммунитета суверена (монарха), олицетворяющего государство, к функциональному по сути иммунитету современных глав государств. Отсутствие иммунитета глав государств, обвиняемых в совершении международных преступлений, практически общепризнанно. Дискуссии ведутся в основном по поводу объема иммунитета - обязан или нет давать показания, являться в суд, ответственность в период исполнения обязанностей или после них и т.п. Исходной посылкой ответственности главы государства за международные преступления служит то, что эти преступления должны быть предусмотрены внутренним законодательством, нарушение которого не освобождает главу государства от ответственности.

В соответствии со статьей 91 Конституции Российской Федерации Президент Российской Федерации обладает неприкосновенностью. В самой Конституции содержание этого понятия не раскрывается. Однако предусмотренная в Конституции Российской Федерации возможность привлечения Президента к ответственности по сути означает отсутствие абсолютного иммунитета.

Предпосылкой привлечения Президента к ответственности служит предусмотренное статьей 93 Конституции Российской Федерации отрешение Президента от должности. Конституция Российской Федерации достаточно подробно описывает эту процедуру. Совет Федерации

принимает решение об отрешении от должности на основании выдвинутого Государственной Думой обвинения в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления, подтвержденного заключением Верховного Суда Российской Федерации о наличии в действиях президента признаков преступления и заключением Конституционного Суда Российской Федерации о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения.

Решение Государственной Думы о выдвижении обвинения и решение Совета Федерации об отрешении Президента от должности должны быть приняты двумя третями голосов от общего числа в каждой из палат по инициативе не менее одной трети депутатов Государственной Думы и при наличии заключения специальной комиссии, образованной Государственной Думой.

При всей сложности и многоступенчатости подобная процедура (инициатива одной трети депутатов Государственной Думы, создание комиссии, решение Государственной Думы о выдвижении обвинения, заключения Верховного Суда и Конституционного Суда, решение Совета Федерации об отрешении от должности) не освобождает Президента Российской Федерации от ответственности, гарантируя в то же время принятие решения свободного от излишней политизации.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что в этой части Конституция Российской Федерации не нуждается в добавлениях и поправках, и положения статьи 27 Статута МУС вполне применимы.

Неприкосновенность для членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы в течение всего срока их полномочий предусмотрены статьей 98 Конституции Российской Федерации. Они не могут быть задержаны, арестованы, подвергнуты обыску, кроме случаев задержания на месте преступления, а также подвергнуты личному досмотру, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других людей.

Закон «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в пункте 4 статьи 19 устанавливает следующую процедуру. В случае возбуждения уголовного дела ... в отношении действий члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, орган дознания или следователь в трехдневный срок сообщает об этом Генеральному прокурору Российской Федерации. Если уголовное дело возбуждено ... в отношении действий члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, связанных с осуществлением ими своих полномочий, Генеральный прокурор Российской Федерации в недельный срок после получения сообщения органа дознания или следователя обязан внести в соответствующую палату Федерального Собрания Российской Федерации представление о лишении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы неприкосновенности.

Эта же статья в пункте 5 дополнительно устанавливает, что после окончания дознания, предварительного следствия ... дело не может быть передано в суд без согласия соответствующей палаты Федерального Собрания Российской Федерации.

Таким образом, неприкосновенность членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы не является абсолютной и в случае совершения преступлений, в том числе подпадающих под юрисдикцию МУС, эти лица могут быть лишены неприкосновенности решением соответствующей палаты Федерального Собрания по представлению Генерального прокурора Российской Федерации.

Все это позволяет сделать вывод, что и в этой части Конституция Российской Федерации не нуждается в изменениях и дополнениях.

Следует обратить внимание еще на одно положение Конституции Российской Федерации (ст. 122), которое устанавливает неприкосновенность судей. Однако в самой Конституции Российской Федерации предусматривается возможность привлечения судей к уголовной ответственности «в порядке, определяемом федеральным законом». Конституция прямо отсылает к закону, в данном случае к закону «О статусе судей в Российской Федерации» от 22 июня 1992 г. (с последующими изменениями и дополнениями), в котором описан порядок привлечения судей к уголовной ответственности.

Как устанавливает пункт 3 статьи 16 закона, уголовное дело в отношении судьи может быть возбуждено только Генеральным прокурором Российской Федерации или лицом, исполняющим его обязанности, при наличии на то согласия соответствующей квалификационной коллегии судей. Судья не может быть привлечен к уголовной ответственности, заключен под стражу, подвергнут приводу без согласия соответствующей квалификационной коллегии судей (пункт 4 статьи 16).

Рассмотрение положений статьи 122 Конституции Российской Федерации и статьи 16 Закона о статусе судей в Российской Федерации показывает, что при совершении преступлений, подпадающих под юрисдикцию МУС, судьи могут быть привлечены к уголовной ответственности, и в этой части нет необходимости во внесении изменений и дополнений в Конституцию Российской Федерации.

Римский статут в ст. 27 предусматривает, что его положения применяются в равной мере ко всем лицам, без какого бы то ни было различия на основе должностного положения. В частности, должностное положение главы государства или правительства, члена правительства или парламента, избранного представителя или должностного лица правительства ни в коем случае не освобождает лицо от уголовной ответственности по Статуту и само по себе не является основанием для смягчения приговора.

Следует отметить, что институт ответственности высших должностных лиц знаком отечественному праву, хотя бы в силу того, что Россия является

стороной Конвенции о предупреждении геноцида и наказании за него.¹ Кроме того, предусмотренная Конституцией неприкосновенность Президента была истолкована Конституционным Судом как функциональная и не равняющаяся абсолютному иммунитету.² Раздел XVII УПК РФ содержит главу 52 «Особенности производства по уголовным в отношении отдельных категорий лиц». Привлечение к уголовной ответственности лиц, обладающих иммунитетом, возможно лишь с соблюдением специальных процедурных правил, устанавливаемых национальным законодательством. Поэтому, в случае необходимости передачи Суду российских чиновников высокого ранга первоначально будут производиться процедуры, предусмотренные ст. 93 Конституции (отрешение от должности Президента) или п. 4 ст. 19 Закона «О статусе членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ», а затем уже инициировать собственно механизм передачи. При всей сложности и многоступенчатости подобные процедуры ведут рассматриваемых должностных лиц к ответственности перед Судом и человечеством, однако в то же время актуально принятие в отношении данных лиц решения, свободного от чрезмерной политизации.

Иммуниеты или специальные процессуальные нормы, которые могут быть связаны с должностным положением лица, не должны препятствовать осуществлению Судом его юрисдикции в отношении такого лица. Иммуниеты должностных лиц не могут рассматриваться в качестве правового средства, обеспечивающего безнаказанность должностных лиц, совершающих преступления, подпадающие под юрисдикцию Международного уголовного суда, тем более, что речь идет об особо тяжких деяниях, вызывающих озабоченность всего международного сообщества.

8. Исполнение наказаний в виде лишения свободы.

Исполнение наказаний в соответствии со статьей 103 Статута МУС в первую очередь предполагает согласие государства принять лицо для отбытия наказания. Во-вторых, необходима процедура заключения специального соглашения между Судом и государством, в котором должны быть оговорены условия принятия лица для исполнения наказания.

Российская Федерация имеет определенный опыт исполнения наказаний, определенных иностранными судами. Речь идет об отбытии наказания в государстве гражданства. Еще в 1978 г. СССР стал участником многостороннего соглашения, позже уже Российская Федерация заключила ряд двусторонних соглашений (Литва и др.) об отбытии наказания в государстве гражданства. Характерным условием всех этих соглашений является указание на то, что государство, в котором лицо отбывает наказание, не вправе изменять вид наказания, его сроки и т.п.

Таким образом, теоретическая возможность принятия лиц, которым вынесен приговор МУС, для отбытия наказания в Российской Федерации

¹ Статья IV Конвенции предусматривает наказание за преступление геноцида для всех лиц, «независимо от того, являются ли они ответственными по Конституции правительствами, должностными или частными лицами».

² См. Постановление Конституционного Суда РФ от 11 июля 2000 г. № 12-П // СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 3118.

существует. Никаких законодательных и административных препятствий, в принципе, для этого нет. Однако, учитывая состояние пенитенциарной системы в России, вряд ли можно согласиться, что она соответствует «широко признанным международным договорным стандартам обращения с заключенными» (статья 103 Статута МУС).

В законодательстве и административных актах Российской Федерации отсутствуют какие-либо препятствия для передачи лица после отбытия наказания в соответствии со статьей 107 Статута МУС, в том числе и в случае передачи государству, обратившемуся с просьбой о выдаче или предоставлении в распоряжение для целей судебного преследования.

9. Пожизненное лишение свободы.

Ни Конституция Российской Федерации, ни иное российской законодательство не содержит запрета на выдачу лица, в случае если ему угрожает пожизненное лишение свободы. Российский уголовный закон (статья 57 Уголовного кодекса Российской Федерации) предусматривает пожизненное лишение свободы только как альтернативу смертной казни за совершение особо тяжких преступлений, посягающих на жизнь. Поскольку в России введен мораторий на смертную казнь, российские суды применяют в качестве меры наказания пожизненное лишение свободы.

10. Право на помилование.

Римскому статуту неизвестно право осужденного просить о помиловании, предусмотренное ч. 3 ст. 50 Конституции. В связи с этим возникает две проблемы. Во-первых, ограничивает ли Статут конституционные права граждан РФ? Во-вторых, Статут, по сути, ограничивает конституционные полномочия Президента осуществлять помилование (п. «в» ст. 89 Конституции) и Государственной Думы – объявлять амнистию (п. «е» ч. 1 ст. 103 Конституции).

Отсутствие механизма помилования, видимо, вызвано несколькими причинами: степенью тяжести составов преступлений, высокой квалификацией Суда, гарантированными процессуальными правами обвиняемого. Представляется, что нет оснований говорить об ограничении конституционных прав граждан РФ в случае ратификации Статута, так как следует постоянно помнить о том, что МУС действует на основе принципа дополняемости и осуществляет юрисдикцию, когда государственная судебная система не в состоянии эффективно работать. В последнем случае механизм помилования также вызывает большие сомнения.

11. Внесение поправок в Статут.

В Российской Федерации внутригосударственная процедура выражения согласия на обязательность соглашения о внесении поправки к договору осуществляется в том же порядке, что и в отношении международного договора. Процедура заключения международных договоров детально прописана в Федеральном законе «О международных договорах Российской Федерации». В том случае, если принятие поправки потребует изменения действующих или принятия новых федеральных законов, а также если в ней будут содержаться иные правила, чем

предусмотренные российским законом, то до внесения поправки на ратификацию либо одновременно с ратификацией в соответствующее российское законодательство будут внесены необходимые изменения.

Таким образом, действующее российское законодательство обеспечивает достаточную гибкость в том, что касается учета возможных изменений Римского статута, в том числе и в части сотрудничества с Судом. Внесение каких-либо дополнительных норм в российское законодательство в данной связи не потребуются.

Рассмотрение проблем, связанных с трудностями конституционного характера, показывает, что принятие нового и внесение изменений в действующее законодательство, а также использование других юридических процедур, в частности, толкования Конституционным Судом Российской Федерации отдельных положений Конституции Российской Федерации, позволят избежать процедуры внесения изменений и дополнений в Конституцию Российской Федерации, и имплементация Статута напрямую с изменением Конституции Российской Федерации не связана.

Вероятно, полезным стало бы принятие Конституционным судом Российской Федерации специального заключения о соответствии Статута МУС Конституции Российской Федерации, что позволило бы снять многие вопросы.

Российская Федерация делает уверенные самостоятельные шаги не только в сторону безусловного соблюдения принципов и норм гуманитарного права, но и в направлении приведения собственного законодательства в соответствие с Римским статутом. Подавляющее большинство мнений, высказываемых в российских научных кругах, сводится к безусловной необходимости ратификации Римского Статута.¹ Мониторинг действующего отечественного законодательства показывает, что по широкому кругу параметров (просьбы о сотрудничестве, оказание правовой помощи, производство ареста, сбор и хранение доказательств и др.) оно уже отвечает требованиям учредительного акта Международного уголовного суда.

¹ См., например: Батырь В.А. Проблемы имплементации Римского статута Международного уголовного суда в законодательстве Российской Федерации // Российский ежегодник международного права. 2003. С. 136-162; Бирюков П.Н. Международное сотрудничество в борьбе с преступностью и правовая система Российской Федерации. - Воронеж, 1997; Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право. Учебник. - М., 1999.

ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ ИНСТИТУТА СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ НАД ОРГАНАМИ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВЛАСТИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

*Пушечникова Е.А. – преподаватель кафедры конституционного и
международного права*

Уровень, на котором гарантируется и эффективно осуществляется судебный контроль, является ключевым элементом любой современной правовой системы. Принцип судебного контроля обеспечивает основу защиты прав индивидуумов и в некотором смысле охраняет органы публичной власти и должностные лица от соблазна злоупотребить предоставленными обществом полномочиями. Заключение в прошлом столетии Европейской Конвенции о защите прав и свобод человека 1950 года повлекло за собой значительные изменения в отношении национальных судебных властей в вопросе предоставления и качества судебной защиты от административного произвола.

Неудивительно, что и Европейские Сообщества приложили все усилия для того, чтобы установить соответствующий эффективный судебный контроль за деятельностью своих институтов с самого начала своего существования. Право Сообществ как новый правовой порядок постоянно подпитывалось правовыми моделями и основными принципами государств, его создавших. Что касается судебного контроля, некоторые ученые отмечают, что его истоки заложены в деле *Algera v Common Assembly of the ECSC*¹, в котором Суд ЕС обозначил необходимость судебного контроля в праве Сообщества ввиду недопустимости отказа в предоставлении судебной защиты, что сильно напоминает существующий в законодательстве многих стран Европейского Союза принцип безусловного гарантирования судебной защиты при административном обжаловании актов публичной власти.²

С самого начала Европейский Союз претендовал на звание не только экономического и политического, но и правового Содружества. Вальтер Хальштайн (Walter Hallstein), профессор права ФРГ, ставший первым Председателем Комиссии Европейского Экономического Сообщества (1958-1967 годы), описывал роль права в интеграционном процессе как «квинтэссенцию, новый элемент, который выделяет и отличает Сообщество от ранних попыток объединения Европы: оно [объединение] построено не на силе или соперничестве, но отдает дань духовной, культурной власти – праву... На этом положении покоится Римский договор, и это и есть причина, по которой он создает главным образом правопорядок мира».³

Насколько Европейские Сообщества могут быть названы правовыми, во многом зависит от доступа к судебной защите и масштаба судебного контроля, который является «средством сохранения баланса ветвей власти в Европейских

¹ Joined Cases 7/56 and 3/57 to 7/57, *Algera v. Common Assembly of the ECSC* [1957] ECR 39.

² Schwarze J. *Judicial Review in EC Law – Some Reflections on the Origins and the Actual legal situation*. ICLQ vol 51, January 2002. P. 17.

³ Hallstein W. *Die Europäische Gemeinschaft*, 5th edn (Dusseldorf/Vienna, 1979). P. 53 / Цит. по: Schwarze J. *Op. cit.* P. 18.

Сообществах и, одновременно, защиты прав человека».¹ Из вышесказанного, очевидно, следует, что нормы права ЕС, учреждающие Суд Европейских Сообществ, и прецедентное право Суда ЕС (case law) являются ключевыми факторами в развитии правопорядка Европейских Сообществ.

Институт судебного контроля в Европейском Союзе во многом обязан своим возникновением четко выраженной цели, которую поставили перед собой создатели учредительных договоров – надлежащее обеспечение правовой защиты прав юридических и физических лиц. Эта проблема поднималась еще при обсуждении плана Шумана более пятидесяти лет назад, в результате которого образовалось первое из трех Сообществ – Европейское Сообщество Угля и Стали. Позднее, несколько лет спустя, тот же вопрос возник при подписании Договора об учреждении Европейского Экономического Сообщества. Некоторые исследователи видят в этом влияние представителей Федеративной Республики Германия, которые желали бы создать в Сообществах соответствующий суд и систему реального судебного надзора на европейском уровне.² Жан Монне, знаменитый политик и правовед в истории европейской интеграции, наравне с Робером Шуманом, довольно прохладно относился к подобным веяниям. Ему, представителю Франции, воспитанному на французской правовой системе, не нравилась идея подчинить создаваемые наднациональные органы власти системе судебного контроля. Однако позже он пересмотрел свои взгляды на проблему и одобрил стремления немецких коллег.

История истоков судебного контроля в Сообществах заложена в самих учредительных договорах. И хотя они прежде всего нацеливались на решение, во всяком случае, на первоначальном этапе своего существования, экономических задач, провозглашая, тем не менее, важные политические цели, основатели договоров определенно обозначили структурные рамки правопорядка Сообществ. Но решающими факторами в формировании этого правопорядка были общеобязательные нормы и правила, установленные учредительными договорами, и практика Европейского Суда Справедливости, взявшего на себя ответственность по расширительному толкованию права Сообществ. Приведем высказывание свидетеля становления европейского права, бывшего члена Европейской Комиссии, Ханса фон Гройбена (Hans von der Groeben): «Тем не менее, лишь немногие люди понимали в то время, что Договор создал не просто Европейский гражданский и административный суд, но и конституционный суд, чьи решения были призваны оказать глубокое влияние и на конституцию Сообщества, и на отношения между Сообществом и государствами-членами».³

Затрагивая вопрос истории концепции верховенства закона и судебного контроля, европейские исследователи отмечают существенное влияние системы французских административных судов. Предполагается, что правовая система Европейских Сообществ более или менее следует французской модели

¹ Schwarze J. Op. cit. P. 18-19.

² Schwarze J. Concept and Perspectives of European Community Law. EPL 1999, 227. P. 229.

³ Groeben H. Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft (Baden-Baden, 1982). P. 264 / Цит. по: Schwarze J. Op. cit. P. 19.

судебного надзора за административными действиями. Для сравнения чаще всего упоминаются четыре основания пересмотра актов по статье 230 Договора о Европейском Сообществе: отсутствие компетенции, нарушение существенного процедурного требования, нарушение Договора или любой нормы, относящейся к его применению, и злоупотребление властью – здесь право Сообществ целиком воспроизводит французскую модель, устанавливая основания судебного контроля и его инструменты, которые должны быть предоставлены на уровне Сообщества. «Сыновнее отношение Европейского суда Справедливости к французскому Государственному Совету весьма очевидно для тех, кто знаком с родителем», – отметил Лорд Скарман.¹

Как правовой порядок, находящийся в переходном периоде, право Сообществ не могло развиваться без установления тесных связей и постоянной подпитки от двух хорошо известных и проверенных правовых систем своего времени: права государств-членов и международного права. Однако ученые понимали, с какой проблемой им предстоит столкнуться: они знали, что выбор правового заимствования из конкретного правопорядка будет означать выбор общего курса Сообществ. В одном из своих первых заключений, адресованных Суду ЕС, генеральный адвокат Морис Лагранж ясно обозначил, что Парижский договор с материальной точки зрения является Хартией Сообщества, даже будучи заключенным в форме международного договора. «Что же касается источников этого права, – продолжил Лагранж, – то ничто не мешает искать их, в необходимых случаях, в международном праве, но обычно и в большинстве случаев их можно будет обнаружить скорее во внутреннем праве различных государств-членов».²

Вскоре в деле *Algera* Суд ЕС ясно сослался на общие принципы права стран-членов ЕОУС при рассмотрении вопроса об отмене административных актов. Проблема не была урегулирована в Договоре о ЕОУС, и Суд постановил: «Поскольку суд не может отказать в праве на судебную защиту, следовательно, он должен решить проблему, ссылаясь на известные нормы в законодательстве, писаное право и прецедентное право стран-участниц».³

При обсуждении вопроса о судебном контроле в Европейских Сообществах, у многих исследователей вызывает интерес тот факт, что Суд ЕС с момента своего создания широко интерпретировал довольно общие и неясные нормы учредительных договоров таким образом, чтобы предоставить наибольшую защиту прав граждан в Сообществах. Подобная тенденция может быть вызвана стремлением Суда компенсировать, особенно в ранний период истории Сообществ, слабо развитый политический контроль со стороны Европейского Парламента.⁴

В связи с излагаемой темой можно кратко рассмотреть вопрос о влиянии

¹ Lord Scarman. *English Law – The New Dimension*. The Hamlyn Lectures No 26. London, 1974. P. 23.

² Case 8/55, *Federation charbonniere de Belgique v. ECSC High Authority* [1955-6] ECR 245, at 277.

³ Здесь вновь можно проследить влияние французской правовой системы на деятельность Суда Европейских Сообществ: принцип отказа в правосудии сформулирован в статье 4 Гражданского Кодекса Франции следующим образом: «Судья, который отказывается разрешить дело, ссылаясь на умолчание, неясность или недостаточность регулирования ситуации нормами права, будет признан виновным в отказе в правосудии».

⁴ Schwarze J. *Op. cit.* P. 18.

Суда Европейских Сообществ на конституционное право государств-членов в отношении судебного контроля за публичной властью.

Если допустить, что учредительные договоры представляют собой конституцию, как утверждал в своем заключении генеральный адвокат Лагранж,¹ и что Европейский Суд по праву заслужил называться «конституционным» судом, возникает вопрос: как могут выглядеть отношения и взаимное сотрудничество между европейским конституционным правом и конституционным правом государств-членов? Широко, в частности, известно, что национальные суды неохотно признают юрисдикцию Суда Европейских Сообществ в части защиты прав человека.

Рассмотрим динамику отношений между судебными органами на примере Германии. Федеральный Конституционный Суд в ФРГ (Bundesverfassungsgericht) в своем решении Maastricht² распространил свою юрисдикцию на акты Сообщества, которые не отвечают духу и содержанию Договора о Европейском Сообществе в том смысле, который придавали ему государства-члены, и, следовательно, приняты с превышением полномочий. Федеральный Конституционный Суд также оставил за собой право судебного надзора за актами органов Сообщества в области прав человека: несмотря на очевидную юрисдикцию Суда ЕС в соответствии с нормами Договора о ЕС, Bundesverfassungsgericht ясно постановил, что оставляет за собой право пересмотра актов Сообщества на предмет соответствия общим принципам и стандартам в области защиты прав индивидуумов. Правда, высший конституционный орган Германии определил, тем не менее, отношения между ним и Судом ЕС как отношения сотрудничества,³ что вызвало немало толков и жарких дискуссий в кругах юристов. По словам бывшего судьи Европейского Суда и Президента Федеральной Судебной Палаты (Bundesgerichtshof) Гюнтера Хирша (Gunter Hirsch), остается надежда, что «два суда не находятся на опасном встречном курсе наподобие двух огромных танкеров, но они – с полным осознанием и уважением к своей конституциональной структуре – будут осуществлять юрисдикцию в конструктивной манере, каждый в своей компетенции».⁴

Однако Федеральный Конституционный Суд действительно начал развивать обозначенное «сотрудничество», и первым примером подобного сотрудничества можно привести решение по делу Alcan, вынесенное Bundesverfassungsgericht сравнительно недавно, 17 февраля 2000 года.⁵ Суду пришлось рассматривать конституционную жалобу компании, обжаловавшей решение Федерального Административного Суда ФРГ (Bundesverwaltungsgericht), постановившего, что компания обязана вернуть

¹ Case 8/55, Federation charbonniere de Belgique v. ECSC High Authority [1955-6] ECR 245, at 277.

² BVerfGE 89, 155, at 188.

³ BVerfGE 89, 155, at 175; BVerfGE 73, 339, at 387.

⁴ Hirsch G. «Gemeinschaftsgrundrechte: Rechtsprechung des EuGH, Verhältnis zum Grundgesetz, EU-Charta», in Vertretung der Europäischen Kommission in der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg.), Europäische, Heft 2/1999, Eine europäische Charta der Grundrechte, Beitrag zur gemeinsamen Identität (Berlin, 1999), 43, at 48 / Цит. по: Schwarze J. Judicial Review in EC Law – Some Reflections on the Origins and the Actual legal situation. ICLQ vol 51, January 2002. P. 23.

⁵ BVerfG, Decision of 17 Feb 2000, 2 BvR 1210/98, Alcan, EuZW 2000, 445.

государственную помощь, оказанную в нарушение права Сообщества.¹ В административном процессе компания отстаивала свою позицию, утверждая, что решение о возврате денег нарушает принцип защиты законных ожиданий, гарантированный немецким законом о возврате незаконно полученной государственной помощи, и что предельный срок для предъявления соответствующего требования уже истек. Следовательно, акт, требующий возврата денег, должен быть аннулирован. Федеральный Административный Суд сделал преюдициальный запрос в Суд Европейских Сообществ и в конце концов отказал в иске об аннулировании в соответствии с заключением Суда ЕС.

Согласно немецкому конституционному праву, решения судов последней инстанции (в число которых входит и *Bundesverwaltungsgericht*) могут быть обжалованы в Федеральный Конституционный Суд в случае нарушения конституции. Однако *Bundesverfassungsgericht* не является обычным апелляционным судом, который обязан проверять каждый судебный акт в деталях. Он, скорее, может отменить решение суда последней инстанции, если в результате такого решения было нарушено специальное конституционное право, но только если вынесший решение суд недооценил степень влияния этого решения на права человека.

В соответствии с точкой зрения, высказанной Федеральным Конституционным Судом, отказ от преюдициального запроса, требуемого от суда последней инстанции согласно ст. 234 Договора о ЕС, также может привести к серьезному нарушению прав человека, и, следовательно, к отмене нормативного акта. *Bundesverfassungsgericht* при рассмотрении указанного дела *Alcan* поддержал решение Федерального Административного Суда, постановив, что право Сообщества имеет высшую силу по сравнению с немецким законом, по крайней мере, на уровне ниже конституционного. Более того, он провозгласил, что оспариваемое заключение Европейского суда ни в коем случае не может быть квалифицировано как принятое с превышением полномочий (*ultra vires*). Так, не афишируя официально свое право контролировать те акты Европейских Сообществ, которые затрагивают фундаментальные принципы немецкого права, Федеральный Конституционный Суд действительно продемонстрировал свою готовность признать верховенство права ЕС на уровне ниже конституционного. Стало также ясно, что доктрина верховенства права ЕС не нарушает Конституцию страны даже в тех случаях, когда отменяется немецкий закон, воплощающий классический в немецком праве принцип защиты законных ожиданий.²

Федеральный Конституционный Суд продолжил изложенный подход при вынесении решения по другому делу 7 июня 2000 года, касающемуся организации рынка по сбыту бананов.³ В этом решении *Bundesverfassungsgericht* признал недопустимой просьбу административного

¹ BVerwGE 106, 328.

² Schwarze J. (ed) *The Birth of a European Constitutional Order*. Baden-Baden-London, 2001. P. 176.

³ BVerfG, decision of 7 June 2000, 2 BvL 1/97, 1, EuZW 2000, 702 et seq.; Everling U. Will Europe slip on bananas? The bananas Judgement of the Court of Justice and National Courts, 33 CML Rev (1996) 401.

трибунала г. Франкфурт о преюдициальном запросе по поводу конституционности регламента, регулирующего рынок бананов. Bundesverfassungsgericht постановил, что жалоба, которая ставит вопрос о несоответствии норм вторичного права ЕС фундаментальным правам, закрепленным в Основном законе ФРГ, должна подробно и обстоятельно подтверждать обстоятельства, что необходимый стандарт при защите прав человека на уровне Сообществ в целом снизился по сравнению с периодом, когда было рассмотрено дело Соланж II¹. Суд также постановил, что только «неправильное понимание» решения по делу Maastricht могло привести административный трибунал Франкфурта к предположению, что Bundesverfassungsgericht намерен распространять свою юрисдикцию на нормативные акты Сообщества (что весьма отличается от тех категоричных положений, которые были высказаны Судом в деле Maastricht). В целом можно сказать, что если Сообщества не имеют намерения в обозримом будущем снизить уровень правовой защиты прав индивидуумов, то «банановое решение» Федерального Конституционного Суда от 7 июня 2000 года поставило очень высокий барьер перед дополнительным контролем над нормативными актами Сообществ средствами национального конституционного права.

Наконец, в третьем решении от 9 января 2001 года² Федеральный Конституционный Суд признал незаконным решение Федерального Административного Суда по причине необращения последнего с преюдициальным запросом в Суд Европейских Сообществ, нарушив тем самым принцип законного судьи. Дело касалось равенства мужчин и женщин в профессиональной сфере. Женщина, работающая неполное рабочее время терапевтом, в процессе получения дополнительного медицинского образования запросила присвоение ей категории «практикующего врача», в то время как директива ЕС требовала для этой квалификации работы на полный рабочий день. Истица заявляла, что подобное условие является косвенной дискриминацией по признаку пола. Федеральный Конституционный Суд постановил, что Федеральный Административный Суд пренебрег необходимостью обращения в Суд ЕС с целью возбуждения преюдициальной процедуры на предмет соответствия содержания оспариваемой директивы фундаментальным правам человека, гарантированным правом Сообщества.

Связь между Судом ЕС и национальными судами подчеркивает принятие последними доктрины прямого действия и верховенства права ЕС как дополнительного способа осуществления судебных полномочий по контролю за деятельностью законодательных органов. Так, например, в Нидерландах Парламент дополнил в 1956 году Конституцию положениями статей 65 и 66, дающими право судам общей юрисдикции проверять национальное

¹ BVerfG 73, 339. В деле Соланж II в 1986 году Федеральный Конституционный Суд, приняв во внимание значительный прогресс в области защиты прав и свобод человека на уровне Сообществ, провозгласил, что он не видит необходимости более осуществлять формальное право дополнительного судебного контроля за актами институтов Сообществ. Ранее, в деле Соланж I в 1974 году (BVerfGE 37, 271) Суд постановил, что оставляет за собой право контролировать акты Сообществ в части защиты прав человека, охраняемых Основным законом Германии, поскольку Европейские Сообщества не располагают установленным перечнем прав и свобод человека, гарантирующим их защиту, равную той, которую предоставляет Основной закон Германии.

² BVerfG, decision of 9 Jan 2001, 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267.

законодательство на предмет соответствия международным договорам. Это совершенно новое полномочие шло вразрез со старой традицией, которая запрещала суду контролировать конституционность принятого законодательства. Теперь судьи могли не применять нормативные акты, которые противоречили международным обязательствам, но в то же время им не предоставили права проверять соответствие нормативных актов Конституции. Поначалу суды неохотно применяли новое полномочие, пока, воодушевленные примером Суда Европейских Сообществ, они не освоили новую задачу. Поворотным пунктом при этом стало решение по делу *Van Gend en Loos*, где Суд ЕС взял на себя роль так называемого «соучастника», что и послужило толчком для осуществления в Нидерландах конституционно закрепленного за судами права контролировать национальное законодательство.¹

Ситуация в Великобритании во многом напоминает ту, что сложилась в Нидерландах, поскольку в стране «туманного Альбиона» доктрина парламентского суверенитета также не давала любым судам покушаться на парламентское законодательство. С формальным принятием принципа верховенства права ЕС после рассмотрения дела *Factortame* в 1990 году национальным судам было даровано право не применять нормативные акты, противоречащие праву Европейских Сообществ. «Британская юриспруденция, - отмечает Крейг, - является хорошим примером того, с какой готовностью суды могут воспользоваться вновь открытым для них полномочием»². По словам Рида, «с тех пор, как Палата Лордов вынесла свое решение по делу *Factortame*,³ общество внезапно грубо разбудили, продемонстрировав, что имеет место новая форма судебного контроля над непогрешимым правом британского Парламента в сочетании с правом Сообществ. Тем не менее, мы не чувствуем себя уверенными в том, что законодательная власть отдельного государства способна ограничить себя с целью предотвращения нарушения фундаментальных ценностей Европейских Сообществ. В Европе еще не существует политической культуры, воспитывающей органы национальных властей в духе уважения этих ценностей. Следовательно, опасность подрыва экономической сущности Европейского Союза путем возможных нарушений со стороны национальных юрисдикций требует интенсивной судебной защиты признанных ценностей».⁴

В Италии столкновение позиций Конституционного Суда Италии и Европейского Суда напоминало, по словам итальянских правоведов, «драму с тремя основными героями»: Европейский Суд справедливости,

¹ Claes M. and De Witte B. The European Court and National Courts: Report on the Netherlands. European University Institute, Florence, working paper, 1996. P. 24, 29.

² Craig P. The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context [Report on the United Kingdom]. European University Institute, Florence, working paper, 1996. P. 22.

³ R v. Secretary of State for Transport, ex parte *Factortame* [1991] 1 All ER 70; [1990] 3 CMLR 375. Судья Бридж возражал против реплик тех, кто считал отмену британского статута опасным вторжением в суверенитет Парламента, и напоминал о том, что подобные действия были естественным следствием доктрины верховенства европейского права, закрепленной практикой Суда ЕС задолго до вступления в Сообщества Великобритании / Цит. по: Reed J. Political review of the European Court of Justice and its jurisprudence. 1995. P. 19.

⁴ Reed J. Op. cit. P. 2.

Конституционный Суд Италии и нижестоящие суды. И снова, с помощью Суда ЕС и буквально подстрекаемые им, судьи нижестоящих судов поняли принцип верховенства права ЕС таким образом, что им предоставлялась возможность контролировать внутреннее законодательство страны на предмет соответствия праву Европейских Сообществ. В то же время Конституционный Суд прекрасно понял, что ставится под угрозу его эксклюзивное право на осуществление конституционного надзора и в свою очередь стремился сохранить контроль за применением права ЕС в часто противоречащих друг другу решениях низших судов страны. И лишь в 1980-х годах, когда стало очевидным несколько устарелое отношение к проблеме и Конституционный Суд осознал, что в своем негативном отношении к принципу верховенства права ЕС плетется в хвосте высших судебных органов большинства стран-участниц Сообщества, он окончательно принял на более или менее приемлемых условиях доктрину верховенства.¹

Во Франции монополией на толкование публичных и конституционных норм права обладал до 1958 года Государственный Совет. Но после указанной даты в стране был создан Конституционный Совет, к которому и перешло право пересмотра нормативных актов с целью установления их соответствия конституции. Этот орган в 1975 году решил воздерживаться от исследования вопросов о коллизиях между национальным и международным правом. Государственный Совет серьезно полагал, что любое вмешательство Суда Европейских Сообществ во внутренние дела страны является прямой угрозой его административной и политической власти и, следовательно, избрал основой своей политики игнорирование решений Суда ЕС.² Однако Кассационный Суд Франции, спустя всего четыре месяца после отказа Конституционного Совета осуществлять проверку национального законодательства на соответствие международному, принял доктрину верховенства права ЕС в деле *Jacques Vabre*.³ До момента вынесения решения по делу Кассационный Суд придерживался известного принципа, требующего от судей избегать столкновений и противоречий между национальным законодательством и международными обязательствами, используя различные методы толкования; но если избежать коллизий не удавалось, то судьи обязаны были применять национальный закон, «поскольку не знали иной воли, нежели воля закона».⁴ Возможно, поводом для изменения позиции национальных судов послужило их стремление испробовать функцию полновесного судебного контроля за публичной властью, теперь «любой самый простейший суд мог не только контролировать акты парламента, но и чувствовать себя судьей общего права Сообщества».⁵

¹ Laderchi F. *The European Courts and the National Courts: Some additional observations on Italy*. European University Institute, Florence, working paper, 1996. P. 4-5; Stone A. *Constitutional Dialogues in the European Community*. European University Institute, Florence, working paper, 1996. P. 10-11.

² Plstner J. *The European Courts and the National Courts— Doctrine and Jurisprudence: The Case of France*. European University Institute, Florence, working paper, 1996. P. 28, 32.

³ Дело *Directeur General des Douanes v. Societe Vabre & Societe Weigel / Cour de Cassation*, 24 May 1975, [1975] 2 CMLR 336.

⁴ Plstner J. *Op. cit.* P. 5.

⁵ *Ibid.* P. 23-24.

ГРЕКО-РИМСКИЕ ИСТОЧНИКИ УГОЛОВНЫХ ЗАКОНОВ УЛОЖЕНИЯ 1649 ГОДА: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Чемеринская В.В. – ст. преподаватель кафедры истории государства и права

Что касается до распределения заимствований по отдельным отраслям права, то греко-римские нормы, главным образом, отразились на уголовных законах Соборного Уложения 1649 года, которые не выделены в нем в особую группу, как мы это видим в Эклоге и Прохироне, а встречаются почти в каждой главе (хотя собственно уголовную часть Уложения составляют главы XXI и XXII).

В Соборном Уложении мы впервые встречаемся с преобладанием формального взгляда на преступление, свойственного развитому законодательству Византии, по которому всякое преступное деяние есть нарушение закона, над материальным, господствовавшим у нас до принятия христианства, по которому преступным является только то, что причиняет обиду и вред.

Главным масштабом при оценке преступлений является не внешний материальный вред, наносимый известным деянием, как это было до Уложения, а элемент субъективный, момент знания и воли. Равным образом и самый род наказаний, утвержденных Уложением, вполне одинаков с родом наказаний, принятых в Прохироне. Наказание приобретает публичный характер, становится возмездием со стороны верховной власти или правительства и упадает на самую личность преступника. Вследствие этого столь развитая в древнем русском праве система денежных пеней и выкупов уступает в Уложении место византийской системе наказаний – смертной казни, членовредительным наказаниям и ссылке. Наконец, самая цель наказаний по Уложению одинакова с целью их по Прохирону и Эклоге, это – устрашение.

При рассмотрении византийских норм в постановлениях Уложения, касающихся отдельных родов преступлений, мы видим, что греко-римским источникам наш памятник обязан довольно точным анализом преступных деяний по степени участия в них злой воли деятеля, сравнительно с предшествующими ему памятниками законодательства, правильным учением о покушении, об участниках в преступлении и т.д.; настолько в Уложении расширяется область применения византийских публичных наказаний, сравнительно с памятниками предыдущей эпохи.

Как отмечал профессор А.Н. Филиппов, «современная историко-юридическая критика первоисточников Соборного Уложения неоспоримо доказала, что громадная доля ответственности за «кровожадность» должна пасть на светское византийское право».¹

1. Преступления против жизни.

В Уложении, в противоположность Судебникам, по которым всякое

¹ Филиппов А.Н. История русского права. Ч. I. Вып. III. - Юрьев, 1906. С. 24.

убийство («душегубство») влекло за собою смертную казнь, раз оно было совершено «ведомым лихим человеком», мы встречаем довольно точное троекратное деление преступлений против жизни на умышленные, неосторожные и случайные, деление, покоящееся на византийском праве и подвергнутое в Уложении только необходимым модификациям, обусловленным тем различием, которое существовало между юридическим пониманием эпохи, непосредственно предшествовавшей Уложению, и между воззрениями греко-римского права. Вследствие такого различия полное заимствование из этого последнего учения о воле было делом невозможным, оно грозило бы сделать наш памятник мертвою буквою, и начала, заключающиеся в Эклоге и Прохироне, должны были войти в наш памятник настолько, насколько русское общество силою собственного роста, силою внутреннего органического развития стало способным к живому восприятию этих начал. Поэтому Уложение признает необходимость внесения в законодательство учения греко-римского права о вменении, но само ограничивается еще только заимствованием отдельных постановлений.

Прежде всего Уложение заимствует из греко-римского права общее постановление, которое повелевает подвергать полному вменению только умышленные убийства, назначая за них смертную казнь. *«А кого кто убьет с умышления, и сыщется про то допряма, что с умышления убил: и такова убийцу казнити смертию»* (Уложение гл. XXI ст. 72).¹

На заимствование этой статьи указывали М.И. Бенеманский и П.С. Калачев².

В Прохироне в тит. 39. гл. 79 читаем: *«Творяй убийство волею, коего любо аще есть возраста, мечем муку да приймет»*.³

Это же общее начало карания смертною казнью умышленных убийств Уложение, благодаря своему стремлению к казуистичности, повторяет и во многих других статьях об убийствах принцип наказуемости смертною казнью убийства умышленного. Например: (Гл. XXII, ст. 22), (Гл. VII, ст. 30), (Гл. XXI, ст. 69, 70, 71, 73; Гл. XXII, ст. 18).

В каких же случаях греко-римское право считает преступления против жизни умышленными?

Ответ на это мы находим в 8-м правиле Василия Великого, где проводится довольно точная разграничительная черта между убийствами умышленными, неосторожными и случайными.

Умышленными убийцами считаются:

ударившие кого-либо мечом, если уязвленный умер;

разбойники, стремящиеся завладеть чужим богатством и убивающие лиц, становящихся им на дороге и мешающих прийти к осуществлению их цели;

матери, умерщвляющие еще недоношенный плод и принимающие для этой цели различные снадобья, равно как и лица, снабжающие их этими снадобьями;

¹ Отечественное законодательство. С. 252.

² Калачев П.С. О значении Кормчей в системе древнейшего русского права. - М., 1847. С. 28.

³ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 203.

жены, желающие привязать к себе мужей и подносящие им с этой целью одурманивающее питье, если только от него последует смерть.

Все вышесказанное перечислено в 8-м правиле Василия Великого, помещенное с толкованием в печатной Кормчей, гл. 21, лист 129.¹

Обо всех этих видах убийства говорит и Уложение, и постоянно карает их смертною казнью. Рассмотрим эти виды отдельно:

1) Об убийстве, происшедшем вследствие удара холодным оружием, Уложение говорит в III-й главе «О государеве дворе, чтоб на Государев двор ни от кого никакого безчинства и брани не было». Например: ст. 3, ст. 5 гл. III Уложения.²

Эклога и Прохирон также говорят отдельно об убийстве посредством удара мечом и соединяют с этим случаем последствия умышленного убийства, но не делают этого в столь казуистической форме, как Уложение.

«Поразивший кого-либо мечом, если он убил, подлежит казни мечом» (Эклога tit. 17 cap. 46).³

«Иже мечем ударит некого, аще умрет ударенный, мечом примет муку» (Prochiron. tit. 39 cap. 82), (Кормчая книга. гл. 48 гр. 39 ст. 83).

2) Вторым видом умышленных убийц, по греко-римскому праву, являются разбойники, желающие насильственно завладеть чужим имуществом и при нападении совершающие убийство. На этом основании Уложение постановляет подвергать смертной казни татей и разбойников, совершивших убийство: ст. 13 гл. XXI; ст. 89 гл. XXI.

Ст. 18 гл. XXI Уложения за разбой, не соединенный с убийством, смертную казнь назначает только при рецидиве.

«А будет кто придет к кому-нибудь на двор насильством, скопом и заговором, умысла воровски, и учинит над тем, к кому он придет, или над его женою, или над людьми смертное убийство, а сыщется про то допряма: и того кто такое смертное убийство учинит, самого казнить смертию же, а товарищев его всех бити кнутом и сослати, куда Государь укажет» (гл. X ст. 198 Уложения).⁴

В этой статье говорится о насильственном вторжении в чужой дом с какою-либо противозаконною целью; за убийство в данном случае нападающий подвергается полной ответственности, хотя, быть может, он его и не желал, а совершил по неосторожности, желая только завладеть чужим имуществом.

Это начало карания смертною казнью разбойников, совершающих убийство, высказано также и Эклогою.

«Разбойничающий и устраивающий засады и убивающий в том месте, где захвачен, да будет распят на фурке» (Эклога tit. 17 cap. 50).⁵

¹ Кормчая книга, Сборник церковных правил и государственных законов, регламентирующих религиозные отношения. Б.м.н.г /1572/ с. Напечатана с оригинала патриарха Иосифа Половина 1-2. - М., 1912-1913. 2 т. Приложение к журналу «Церковь» за 1912-1913 г.г.

² Отечественное законодательство. С. 128.

³ Эклога. Византийский законодательный свод VIII в. / Вступ. ст., пер., Комментар. Е.Э. Липшиц. - М., 1965. С. 72.

⁴ Отечественное законодательство. С. 171.

⁵ Эклога. Византийский законодательный свод VIII в. / Вступ. ст., пер., Комментар. Е.Э. Липшиц. - М., 1965. С. 73.

3) Далее под категорию умышленных убийц в вышеприведенном правиле Василия Великого подводятся матери, умерщвляющие находящийся во чреве плод; об этом же преступлении говорят Эклога и Прохирон, но ввиду того, что умерщвление недоношенного младенца не есть убийство обыкновенного человека, карают его не смертной казнью, а наказанием, сравнительно легким: побоями и ссылкой; наказание это назначается не только за само совершение данного преступления, но и за одно покушение к нему.

«Если жена вступила в связь и забеременела и принимает меры против своей беременности, чтобы вытравить плод, да будет она высечена и изгнана» (Эклога tit. 17 cap. 36).¹

«Аще жена во чреве имуща, и зло помыслит на свою утробу, яко да извержет младенца, биема от предел да изженется» (Prochiron tit. 39 cap. 71).²

Сравнивая постановления Эклоги и Прохирона, обнаруживаем большую зрелость юридической мысли в Эклоге, нежели чем в Прохироне. Именно Эклога говорит только об умерщвлении плода, являющегося последствием прелюбодеяния; составители Эклоги, очевидно, понимали, что только желание скрыть следы незаконного полового сожития могли побудить мать решиться на столь ужасное преступление, и что без указанного стимула подобное деяние немислимо. В Прохироне же возможность рассматриваемого преступления распространяется на всякого ребенка.

Обращаясь к Уложению, увидим, что, с одной стороны, оно, наравне с Эклогой, предусматривает возможность подобного преступления только по отношению к детям, прижитым в блуде, с другой же, говорит об умерщвлении не недоношенного младенца, а вообще детей (под этим можно понимать детей как вполне сформировавшихся, так и находящихся еще в утробе матери), причем говорит только о совершении преступления и назначает за него такое же наказание, как и за всякое умышленное убийство.

«А будет которая жена учнет жити блудно и скверно, и в блуде приживет с кем детей, и тех детей сама, или иной кто по ее велению погубит, а сыщется про то допряма: и таких беззаконных жен и кто по ее велению детей ее погубит, казнити смертию безо всякия пощады, чтобы на то смотря, иные такова беззаконного и скверного дела не делали, и от блуда унялися» (гл. XXII ст. 26 Уложения).³

Статья эта отмечена на полях подлинника заимствованною из Литовского Статута; через посредство последнего (именно Разд. XI Арт. LX) она, по-видимому, и перешла в Уложение.⁴

4) Последним видом умышленного убийства по византийскому праву является отравление мужа женою посредством волшебного зелья, обладающего свойством привязывать мужей к женам; подобное отравление, собственно

¹ Эклога. Византийский законодательный свод VIII в. / Вступ. ст., пер., Комментар. Е.Э. Липшиц. - М., 1965. С. 71.

² «Книги законные». С. 70.

³ Отечественное законодательство. С. 255.

⁴ Владимирский-Буданов М.Ф. Об отношении между Литовским Статутом и Уложением царя Алексея Михайловича 1649 г. «Сборник государственных знаний» под ред. В.П. Безобразова. Т. IV. - С-Пб., 1877. С. 1-39.

говоря, не есть умышленное убийство: жена хочет заставить мужа полюбить себя и с этой целью дает ему чудодейственное питье; смерть мужа является совершенно непредвиденным последствием употребления этого питья; следовательно, в данном случае мы не имеем дела с «вольным» убийством. Чем же объяснить то обстоятельство, что подобное отравление подводится в вышеприведенном правиле под категорию умышленных убийств?

Объяснить это можно тем, что церковно-светское законодательство Византии с особою строгостью преследовало всякие остатки язычества, и веру в какое-то волшебное свойство обыкновенных трав, бывших, притом, ядовитыми, так что принятие их вовнутрь было, по большей части, смертельно. Однако, несмотря на многократные печальные последствия употребления таких трав, ими продолжали пользоваться, особенно жены из указанных уже выше целей. Вследствие этого Василий Великий, равно как Эклога и Прохирон, опаивание мужей различными снадобьями, приготовленными из подобных трав, в случае смертельного исхода, приравнивают к умышленным убийствам. Эклога и Прохирон говорят не только об отравлении мужа женою, но и об отравлении жены мужем, госпожи рабынею, господина рабом и, в случае смерти отравленного, карают опившего смертною казнию.

«Уличенный, будь то свободный или раб, в том, что он дал под каким-либо предлогом питье кому-либо, будь то жена мужу или муж жене или слуги хозяину, и затем по этой причине на выпившего напала болезнь и он ослабел и умер, подлежит казни мечом» (Эклога. tit 17 cap. 42).¹

«Аще свободен, или раб по некоторой либо вине даст зелье пити, аще жена мужеве, аще же муж жене, аще же раба госпожи, или раб господину, и таковыя ради вины впадет в болезнь, иже зелие испьет, и прилучится ему оттого истецци и умрети, сотворивый се, мечем да усечется» (Prochiron tit 39 cap. 77).²

На основании правил Василия Великого Уложение говорит об убийстве мужа женою, причем, говорит не об одном только отравлении, но и об убийстве вообще, и карает его мучительною, квалифицированную смертною казнию.

«А будет жена мужу своему учинит смертное убийство, или окормит его отравою, а сыщется про то допряма: и ее за то казнити, живу окапати в землю и казнити ее такую казнию безо всякия пощады, хотя будет убитого дети, или иные кто ближние роду его, того не похотят, что ее казнити, и ей отнюдь не дати милости, и держати ее в земле до тех мест, покамест она умрет» (Уложение гл. XXII ст. 14)³.

Такою строгость со стороны Уложения в преследовании мужеубийства и назначение за него ужаснейшей смертной казни, без всяких смягчающих обстоятельств, независимо от того, было ли оно действительно умышленным, следует приписать тому огромному значению, какое придавало наше

¹ Эклога. Византийский законодательный свод VIII в. / Вступ. ст., пер., Комментар. Е.Э. Липшиц. - М., 1965. С. 72.

² «Книги законные». С. 72.

³ Отечественное законодательство. С. 254.

законодательство положению мужа и его домашней власти. То обстоятельство, что Уложение, в противоположность Правилам Василия Великого, устанавливает полное вменение не только за отравление, но и за всякое мужеубийство (как умышленное, так и неумышленное), быть может, произошло также вследствие неясного понимания мотива, которым руководствовалось греко-римское право при строгом преследовании зелейничества, и который состоял в стремлении искоренить остатки язычества.

На основании вышеприведенных статей Эклоги и Прохирона об отравлении Уложение постановляет:

«А будет кто кого отравит зельем, и от той отравы тот, кого отравят, умрет: и того, кто такое злое дело учинит, пытати накрепко, наперед того он над кем такова дела не дельвал ли, и пытав его, казнити смертию» (Уложение гл. XXII ст. 23).¹

Как в Уложении, так и в византийских источниках:

а) существенным признаком наличия отравления является смерть опоенного;

б) в случае подобного смертного исхода не принимается во внимание, предвидел ли отравитель такой исход или же не знал разрушительного действия зелья; если только опоенный умрет, то убийство считается умышленным.

Общий принцип Византийского права о наказуемости умышленного убийства оно прилагает к целому ряду убийств, варьируя изложение подробностей их совершения.

Обратимся к рассмотрению второй категории преступлений против жизни – убийств неосторожных.

По греко-римскому праву убийство признается совершенным по неосторожности не с прямою целью убить, если оно произошло под влиянием аффекта, в драке, в ссоре, и, притом, явилось последствием удара рукой, или такою вещью, нахождение которой при человеке не заставляет предполагать в нем заранее обдуманного намерения совершить убийство, например, палкою. Такое убийство карается слабее, чем умышленное: отсечением руки, если оно учинено ударом палкою, и телесным наказанием и ссылкой, если оно произошло от ручного удара.

«Если в результате происшедшей схватки случилась смерть, то пусть судьи рассудят и обследуют оружие, которым была причинена смерть. И если они обнаружат, что убийство было осуществлено тяжёлыми дубинами или большими камнями, или ударами ноги, виновный подлежит отсечению руки. Если же какими-либо более легкими орудиями, то виновный да будет наказан плетью и изгнанием» (Эклога tit. XVII cap. 47).

«Ударивший во время драки рукой и убивший наказывается плетью и изгнанием как совершивший убийство непреднамеренно» (Эклога tit. XVII cap. 48).²

Уложение также подводит под категорию деяний неосторожных убийства, учиненные под влиянием аффекта, в драке, и наказывает их слабее

¹ Отечественное законодательство. С. 255.

² Эклога. С. 72-73.

убийств умышленных:

«А где в городах и на посадах и по слободам и в уездах, в волостях, в селах и в деревнях учинится убийство смертное; а убьет до смерти боярской человек боярского же человека: и того убийцу пытать, которым обычаем убойство учинилося, умышлением ли, или пьяным делом, а не умышлением. И будет убийца учнет говорити с пытки, что убил не умышлением в драке, пьяным делом: и того убийцу бив кнутом, и дати на чистую поруку с записью, что ему впредь так не воровати» (Уложение гл. XXI ст. 69).¹

«А убьет сын боярской, или сын его, или племянник, или прикащик чьего крестьянина, а с пытки тот убийца в том убийстве начнёт говорити, что он убил в драке, а не умышлением, или пьяным делом: и того сына боярского... сажати в тюрьму, до Государева указу, а смертию их не казнити» (Уложение гл. XXI ст. 71).²

«А убьет чей ни буди крестьянин чьего крестьянина до смерти, а с пытки тот убийца на себя учнет говорити, что его убил пьяным делом, а не умышлением: и того убойцу бити кнутом» (Уложение гл. XXI ст. 73).³

Из вышеприведенных положений Уложения видно, что оно:

1) не дает, подобно греко-римскому праву, общего постановления относительно неосторожных убийств, а говорит только об отдельных случаях таких убийств, именно:

- а) об убийстве боярским человеком боярского человека,
- б) сыном боярским (также сыном, племянником или прикащиком боярского человека) чьего-либо крестьянина и
- в) крестьянином крестьянина;

2) не делает различия, как мы это видим в Эклоге и Прохироне, между убийством, происшедшим от удара какою-либо вещью, и убийством, происшедшим от удара рукою; это объясняется тем обстоятельством, что Уложение было еще слишком юным законодательством, чтобы вполне воспринять учение развитого греко-римского права о неосторожной вине; оно не могло возвыситься до сознательного понимания разницы, которая существует между ударом камнем и ударом рукою, и которая состоит в том, что первый заставляет предполагать большую степень неосторожности со стороны дерущегося, чем второй; вследствие этого наказание в первом случае должно быть строже, чем во втором;

3) назначает за неосторожное убийство наказание более легкое, чем греко-римские источники; в то время как последние назначают отсечение руки, при высшей степени неосторожности, и телесное наказание и ссылку, при низшей, Уложение назначает телесное наказание кнутом боярскому человеку и крестьянину, и тюремное заключение сыну боярскому.

В связи с разделением убийств на отдельные категории по степени участия в них злой воли преступника, Уложение знает и такие обстоятельства,

¹ Уложение. – «Полное собрание законов Российской империи» (ПСЗ) Собрание первое. Т. 1. - С-Пб., 1830. № 1. С. 188.

² Уложение. – «Полное собрание законов Российской империи» (ПСЗ) Собрание первое. Т. 1. - С-Пб., 1830. № 1. С. 189.

³ Там же. С. 190.

при которых убийство, хотя и умышленное, становится совершенно ненаказуемым, другими словами, при которых уничтожается правовое свойство объекта. В этом отношении Уложение также находится под прямым влиянием греко-римского права; по его примеру оно признает ненаказуемыми:

- а) убийство изменника, о котором говорилось уже ранее;
- б) убийство при необходимой обороне:

в том случае, когда охраняется жизнь; в Прохироне мы находим общее постановление по этому вопросу:

«Иже нашедшаго нань убиет, вегда хочет сам отнего убиен быти, безвины есть» (Prochiron tit. 39 cap. 39).¹

Уложение не содержит в себе подобного общего определения, но, на основании вышеприведенного начала Прохирона, говорит об отдельных случаях, при которых имеет место состояние необходимой обороны:

«А будет кто перед судьями кому раны учинить, или кого убьет до смерти, боронясь от себя, для того, что тот, кого он ранит, или убьет, сам его перед судьями наперед учал бити, а скажут про то судьи: и такова никакою казнию не кознити, по тому что он то учинил, боронясь от себя» (Уложение гл. X ст. 105).²

«А будет тот, к кому они таким умышлением приедут, боронясь от себя, и дом свой обороняя, кого из них убьет до смерти и привезет тех побитых к судьям, и сыщется про то допряма, что он то убийство учинил поневоле, от себя боронясь, и ему того в вину не ставить. А кого он убьет, и ему то убийство учинится от себя, не приежжай на чужей дом насильством» (Уложение гл. X ст. 200).³

Существенным признаком наличия состояния необходимой обороны жизни, как по Уложению, так и по греко-римскому праву, является настоятельность опасности и невозможность предотвратить ее законными способами.

В том случае, когда охраняется имущество.

На этом основании Уложение позволяет безнаказанно убивать татя в доме с поличным, и во время погони, когда тать силою сопротивляется задержанию:

«А будет кто татя с поличным убьет в дому своем: и того убитаго тот чась объявити окольным людем, и объявя, вести к записке в приказ. А будет кто за татем погонится с сторонними людьми, и на дороге, или на поле, или в лесу тот тать изымати себя не даст, и учнет драться, и того татя на погоне кто убьет до смерти, или ранит: и того убитаго, или раненаго татя с поличным, что он покрал, по тому же привести в приказ с поgonицики вместе. А будет кто татя изымав, и не вода в приказ учнет пытать у себя в дому: и на нем татю доправит безчестье и увечье, а в чем его пытал, и ему татьбы своей на том тате искати судом, а из приказу того татя пытать не велеть» (Уложение гл. XXI ст. 88).⁴

¹ «Книги законные». С. 67.

² Отечественное законодательство. С. 148.

³ Отечественное законодательство. С. 171.

⁴ Уложение. – «Полное собрание законов Российской империи» (ПСЗ) Собрание первое. Т. 1. - С-Пб., 1830. № 1. С. 192.

Можно сказать, что постановления эти основаны на следующем начале Прохирона:

«Аще в нощи крадущаго убьет некто, тогда без муки бывает, понеже немощаша без беды пощадити его» (Prochiron tit. 39 cap. 4).¹

По греко-римскому праву татя дозволяется безнаказанно убивать только тогда, когда пощадить его не представлялось возможным без опасности для жизни или имущества лица потерпевшего; другими словами, отражение силы силою до тех пор законно, пока вызывается необходимостью; то же самое мы видим и в Уложении, которое назначает наказание за истязание татя, если этот последний, будучи пойман, не оказывал более сопротивления.

По-видимому, принцип ненаказуемости убийства при обороне имущества перешел в Уложение чрез посредство Литовского Статута (именно Разд. XI Арт. XX и Разд. XIV Арт. XXVI § 2),² так как на полях подлинника этот последний отмечен как источник гл. XXI ст. 88 и 89.

В сфере преступлений против жизни необходимо указать, что по примеру Прохирона, Уложение отдельно говорит об убийстве родственников (восходящих, нисходящих и боковых), как наиболее характерных по приспособлению норм Прохирона к условиям и обычаям русской жизни.

В Прохироне tit 39 гл. 35 мы читаем:

«Убивый восходящаго породу или сходящаго, или сродника, огневи предан будет».³

Уложение воспринимает вышеприведенное постановление Прохирона с известными модификациями:

а) оно разбивает его на три статьи и говорит отдельно об убиении родителей, детей и братьев и сестер;

б) соединяет различные последствия с этими тремя видами убийства: при преследовании убийства родителей и боковых родственников оно следует учению греко-римского права, назначая за него смертную казнь, независимо от участия злой воли деятеля; за убийство же детей назначает крайне слабое наказание (тюремное заключение на год и публичное церковное покаяние). Последнее обстоятельство объясняется тем, что родительская власть у нас была гораздо более развита, чем в Византии, и первоначально простиралась даже на жизнь детей. Уложение под влиянием византийского права ограничивает эту власть и карает убийство детей, однако не решается вполне следовать своему источнику и назначает наказание очень легкое;

в) не определяет, подобно Прохирону, вида смертной казни.

Подтверждением вышесказанного служат гл. XXII ст. 1, 3 и 7 Уложения, которые гласят:

«Будет который сын или дочь учинит отцу своему, или матери смертное убийство: и их за отеческое, или за матерне убийство, казнить смертью же безо всякия пощады» (ст. 1);

¹ «Книги законные». С. 63.

² Владимирский-Буданов М.Ф. Об отношении между Литовским Статутом и Уложением царя Алексея Михайловича 1649 г. «Сборник государственных знаний» под ред. В.П. Безобразова, Т. IV. С-Пб., 1877. С. 28.

³ Бенеманский М.И. Закон градский - М., 1917. С. 205.

«А будет отец, или мать сына, или дочь убьет до смерти..., а смертью отца и матеря за сына и за дочь не казнити» (ст. 3).

«А будет кто убьет до смерти брата, или сестру сам, или по его велению, кто иной их убьет, а сыщется про то допряма: и их за то самих всех казнити смертью же» (ст. 7).¹

2. Преступления против чести и личной свободы.

В различного рода преступлениях против чести и личной свободы, предусматриваемых Уложением, лежат общие принципы Византийского права, принятые и Прохироном. Так, например, Уложение под влиянием византийского права, с большою строгостью преследует похищение свободной женщины и карает смертною казнью не только виновников похищения, но и слуг, помогающих этим последним и не обороняющих свою госпожу; для наличности данного преступления достаточно одного только покушения:

«А будет кто умысля воровски, придет в чей дом, и похочет того дому над госпожею какое дурно учинити, или ее из того дому похочет куды увести, а люди ее от такова вора не оборонят, и учнут помочь чинити тем людем, кто по нее приедет, а после того про такое их дело сыщется: и тех воров, кто таким умыслом в чужой дом приедет, и которые люди им на такое воровство учинят помочь, всех казнити смертью» (Уложение гл. XXII ст. 16).²

Постановление это представляет собою ничто иное, как развитие краткого положения Прохирона, без определения, однако, подобно этому последнему, вида смертной казни: «Раб сведдый, и помогая на восхищение госпожи своя, огнем да сожжется» (Прохирон tit. 39 гл. 36) и «*Восхищающий жену, или обручену, или необручену, или вдову, аще благородна есть, аще же раба, или свободжена, паче же аще богови будут жены освященнии, аще и свою кто обрученицу восхитит, аще убо со оружием, рекше с мечи, или с дрекольми восхищение сотворит, таковый мечем мучится. Помогающий же ему, или сведущи, и послужившии, или волею подымше, или кое любопоспешение в'ведше, сии биени и острижены будут, и носы да урежут им, аще же кроме коего любо оружия восхищение сотворица, да усекутся им руцъ, помогшии же таковым на восхищение, и сведующи, и послужившии, или волею подымшии, или коим любопоспешением помогше, биени и острижены, вонъ отъ предел изгнани будут» (Прохирон tit. 39 cap. 40).³*

Хотя есть и небольшие различия Прохиона и Уложения, но все они очень часто заключаются только в большей пунктуальности Уложения. Например, в преступлениях против чести общий принцип Прохирона о наказуемости ложного обвинителя тем же самым чем был бы наказан ложно обвиненный, по роду возведенного на него преступления, если бы ложь обвинения не обнаружилась («Клеветник таковый же страсти повинен есть» – Прохирон tit. 39 ст. 15), в Уложении находит себе применение к целому ряду статей, посвященных ложному обвинению: (Гл. II ст. 17), (Гл. VII ст. 31), (Гл. X ст. 17, 107, 171, 252). Краткое постановление Прохирона служит, таким образом,

¹ Отечественное законодательство. С. 252-253.

² Отечественное законодательство. С. 254.

³ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 205.

основанием для целого ряда подробных статей Уложения, совершенно согласных в общем принципе с этим постановлением и лишь конкретно и казуистически развивающих общий принцип.¹

3. Преступления против собственности.

Повреждение чужого имущества.

Один вид этого рода преступлений преследуется нашим законодательством еще со времен Русской Правды с особенною строгостью, это – повреждение чужого имущества огнем. В Русской Правде зажигательство является одним из тех немногих преступлений, которые рассматриваются как общепасные и караются потоком и разграблением, а не денежным штрафом. По Псковской Судной Грамоте и обоим Судебникам поджог наказывается уже смертною казнью. Уложение не довольствуется определениями Судебников и почти все свое учение о повреждении чужого имущества огнем основывается на византийском праве; благодаря этому последнему оно довольно точно различает зажигательство умышленное от неосторожного, и неосторожное в свою очередь от случайного, и соединяет с каждым из этих видов различные последствия.

а) Если кто-либо умышленно подожжет чужое жилище, то подвергается смертной казни через сожжение.

«А будет кто некия ради вражды или разграбления зажжет у кого двор, и после того он будет изыман, и сыщется про него допряма, что пожар он учинил нарочным делом, и такова зажигалица казнити, зжечь» (Уложение гл. X ст. 228).²

Постановление это воспроизводит следующее место Эклоги: *«Те, кто из какой-либо вражды или с целью ограбления имущества устраивают в городе пожар, предаются огню. Те же, кто вне городской территории с злым умыслом поджигает селения или поля, или постройки на полях, предаются казни мечом»* (Эклога tit. 17 cap. 41).³

Сравнивая вышеприведенные постановления Уложения и Эклоги между собой, отмечаем:

- Для наличности данного преступления не требуется истребления имущества огнем, а достаточно одного только появления последнего.

Уложение не дает отличия, подобно греко-римскому праву, между тем обстоятельством, учинен ли поджог в городе или вне города. Объясняется это тем, что Уложение было слишком юным законодательством, чтобы воспринять такое деление, подобный тонкий юридический анализ развитого греко-римского права. Разграничение между поджогом в городе и вне города выражает собою ту мысль, что главным моментом наказуемости при поджоге является его опасность для человеческой жизни; естественно, что поджог учиненный в городе, представляет больше опасности для людей, чем в деревне, где население не столь густо, поэтому он и наказывается сильнее.

б) Если поджог чужого имущества является следствием беспечности

¹ Бенеманский М.И. Закон градский. - М., 1917. С. 206.

² Отечественное законодательство. С. 176.

³ Эклога. С. 72.

деятеля и мог быть предотвращен этим последним при известном старании, то виновник присуждается к возмещению убытков потерпевшего.

«А будет кто учнет на нивах своих жечь солому или на лугах траву, и в то время огонь разгорится и пожжет чюжие нивы или огороды, и в том на него будут челобитчики, и про то сыскати, да будет по сыску объявится, что он учинил то хитростью, пустил огонь по ветру, и чужие нивы или огороды не отнял своею леностию, а отняти было мощно: и на нем истцам убытки их велеть доправити по сыску» (Уложение гл. X ст. 224).¹

Источником этой статьи, считал Н. Крылов², стали следующие места Эклоги и Прохирона:

«Если же кто-либо, намереваясь выжечь солому или терновник на своем возделанном участке, заложил туда огонь, а огонь распространился дальше и сжег чужие возделанные участки или чужой виноградник, то судье надлежит заняться этим делом и, если огонь распространился по неопытности или беспечности, то виновный возместит ущерб потерпевшему. Ибо если он раздел огонь в такой день, когда был сильный ветер, или же не предохранил огонь от дальнейшего распространения, то осуждается как неосмотрительный и беспечный» (Эклога tit. 17 cap. 41).³

«Аще кто стеблие своя нивы хотя в жещи, вложит в ню огонь, огонь же внемся чюжю попалит ниву, или чюждь виноград. Подобае судии истязати, аще убо невеждьством, или небрежением в жегшаго огонь попалено бысть. Аще не соблюде силою уду же прейти пламени на чюждую ниву, яко небрег таковой обленився, осудитя» (Prochiron tit. 39 cap. 75).⁴

в) Случайный поджог, не являющийся следствием проявления злой воли или небрежности деятеля, не влечет за собою никакого наказания:

1) *«А будет по сыску такое пожжение учинится без хитрости, что свои нивы или траву зажег в тихое время, а после того огонь разжегся от ветру, а ветр пришел бурю, или вихрем вскоре: и за такое пожжение на ответчиках истцовых исков не правити по тому, что такое запаление учинится изволением Божиим, а не ответчиковым умышлением»* (Уложение гл. X ст. 225).⁵

Источником этой статьи являются следующие постановления византийских источников:

«Если же он все предусмотрел, но неожиданно поднялся сильный ветер и поэтому огонь распространился дальше, то не осуждается» (Эклога tit. 17 cap. 41).⁶

«Аще же убо он вся соблюде, в незапу же ветр припаде и огонь и пламень на чюждую ниву, или на виноград принесе, не повинен ест, иже огонь вожже» (Prochiron tit. 39 cap. 75).⁷

¹ Отечественное законодательство. С. 176.

² Крылов Н. Об историческом значении римского права в области наук юридических. - М., 1838. С. 10.

³ Эклога. С. 72.

⁴ «Книги законные». С. 71.

⁵ Отечественное законодательство. С. 176.

⁶ Эклога. С. 72.

⁷ «Книги законные». С. 71.

2) *«А будет у кого загорится двор ненарочным делом, и от того иных людей дворы погорят; и на том, чей двор наперед загорится, никому ничего не правити по тому, что дому его запаление учинилось не по его умышлению»* (Уложение гл. X ст. 226).¹

Постановление это заимствовано из Прохирона, в котором мы читаем:

«Аще по некоему прилучаю, дом нечий запалится, и оттуду огонь сшед прилежащия дома пожжет, неповинен есть прежде запалившийся» (Prochiron tit. 39 cap. 76).²

Подобное же постановление находится и в Эклоге:

«И если от происшедшего воспламенился чей-либо дом и сгорели некоторые из принадлежащих ему вещей и огонь разошелся так, что загорелись какие-либо из окружающих строений, то не будет привлечен к ответственности, если этот пожар произошел непреднамеренно» (Эклога tit. 17 cap. 41).³

Постановление ст. 226 гл. X Уложения заимствованы из Прохирона, а не из Эклоги. Это видно из того, что в Эклоге не достает слов «чей двор наперед загорится», между тем как слова эти находят в Прохироне (прежде запалившийся); кроме того, в Эклоге встречается выражение (пожжено будет некое от своих вещей), чего нет как в Уложении, так и в Прохироне.

Похищение чужого имущества.

Уложение руководствуется византийским правом:

а) При преследовании разбоя.

Греко-римские законы преследовали это преступление с чрезвычайною строгостью: помимо того, что каждому предоставлялось безнаказанно убивать разбойников, они же подвергались смертельной казни через повешение на том самом месте, где были пойманы.

«Нарочитии разбойницы на местах, на них же разбой творяху, повешени да будут» (Прохирон tit. 39 cap. 16).⁴

Из вышеприведенного постановления явствует, что смертью наказываются такие разбойники, которые приобрели себе некоторую известность, т.е. участвовали в разбое больше одного раза; но, ввиду того, что в Прохироне мы не находим указания относительно того, чем карался разбой, учиненный в первый раз, можно предположить, что слово «нарочитии» относится и к тем людям, которые совершили данное преступление один только раз.

По русскому законодательству до-уложенного периода за разбой назначалась смертная казнь только при совершении третьего разбойного нападения: *«А которые разбойники были на трех разбоях, а убивства или пожсегу хотя не было, и тех казнити смертью же; а которые разбойники были на одном или на двух разбоях, а убивства и пожсегов на тех разбоях не было, и*

¹ Отечественное законодательство. С. 176.

² «Книги законные». С. 72.

³ Эклога. С. 72.

⁴ «Книги законные». С. 63.

тем разбойникам сидети в тюрьме до указу». (Уставная книга Разбойного Приказа, ст. 10).

Уложение под влиянием византийского права относится значительно строже к рассматриваемому преступлению и карает его смертною казнию уже при первом повторении разбойного нападения:

«А будет разбойника поймают на разбое в другие: и его по тому же пытати и в иных разбоях. Да будет он повинится только в дву разбоях, а убийства хотя и не учинил: и его за другой разбой казнить смертию, а животы его отдать в выть истцом» (Уложение гл. XXI ст. 17).¹

В противоположность Прохирону Уложение не говорит в данном случае о виде смертной казни.

б) При определении градации наказаний за повторение татьбы.

По греко-римскому праву градация эта следующая: за первую татьбу виновник, помимо возвращения украденного, присуждается к уплате двойной стоимости взятых вещей, в случае же несостоятельности, подвергается телесному наказанию и ссылке; если же обвиняемый учинил кражу более одного разу, то ему отсекается рука: *«Ворующий в другом месте государства в первый раз, если это сделал свободный человек и состоятельный, вместе с украденной вещью возвратит владельцу двойную ее стоимость. Если же он неимуций, да будет высечен и изгнан. Во второй раз - да будет отсечена рука его» (Эклога tit. 17 cap. 11).²*

«Иже в коем любо граде крадуцим, единою убо се сотворшим, повелеваем, аще богати и свободни суть, да возвративше украденное, и сугубицею толикожде да в дадят татьбу претерпевшему. Аще ли убози суть сие сотворишии, биemi да изженутся. Аще же не единою номногаци в татбе яти будут, руки им да отсекут» (Прохирон tit. 39 cap. 54).³

За кражу жита из житницы градация несколько иная: в первый раз назначается уплата стоимости украденного и телесное наказание, во второй раз – двойная уплата и телесное наказание, в третий раз – ослепление.

в) при определении наказаний за квалифицированные виды татьбы: за церковную кражу и за кражу лошади и оружия в полках.

Особенное внимание обращают на себя по близкому отношению к Прохирону, прежде всего, постановления 28 и 29 ст. VII главы Уложения, касающиеся кражи лошади и оружия, совершенные в войсках. На сходство этих статей с византийскими источниками указывали Н. Крылов, а затем М. Бенеманский.

Приведем небольшую сравнительную таблицу, показывающую сходство статей Уложения с греко-римскими источниками:

<i>«А будет кто, будучи на службе в полках, у кого украдет ружье и того</i>	<i>«Иже во станах, и в полках на войнах крадуций, или убо оружие</i>
---	--

¹ Уложение. – «Полное собрание законов Российской империи» (ПСЗ). Собрание первое. Т. 1. - С-Пб., 1830. № 1. С. 151.

² Эклога. С. 69.

³ «Книги законные». С. 67.

бити кнутом нещадно».

(Уложение гл. VII ст. 28).*

«А будет кто на службе у кого украдет лошадь и ему за тое татьбу руку отсечь».

(Уложение гл. VII ст. 29).*

* Отечественное законодательство, стр. 134.

украдет, сурово повеливаем бити его».

(Прохирон tit. 39 ст. 53).*

«Аще же подъяремника, рекше коня или мица или ося, таковым руке усечены бывають».

(Прохирон tit. 39 ст. 53).*

*Бенеманский М.И. Закон градский. М., 1917, стр. 208.

В Эклоге мы находим следующее постановление: «Ворующий в лагере или в походе, если это оружие, да будет высечен, если украдет коня, да будет у него отсечена рука» (Эклога tit. 17 cap. 10)¹.

Постановления Уложения касательно кражи в полках, по предположению Тиктина, были вызваны теми многочисленными беспорядками, которые господствовали в войсках в смутный период междуцарствия².

г) при постановлении, касающемся насильственного захвата чужой земли.

Об этом преступлении Уложение говорит словами византийских источников, но несколько изменяет наказание этих последних. В Прохироне tit. 39 cap. 48 читаем: «Восхищай землю чюжу, или прилагая ей пределы, сугубо восхищенное отдаст»³.

Уложение же гласит:

«А будет кто у кого насильством отымет землю, или межи или грани переделает, а сыщется про то допряма: и у того, кто так учинит, та чужая земля взяв отдати тому, у кого отнял, да на нем же доправити владенье по Государеву указу, а за насильство учинити наказание, что Государь укажет» (Уложение гл. X ст. 233)⁴.

4. О соучастии в преступлении.

Уложение является первым законодательным памятником русского права, различающим физических и интеллектуальных виновников преступления. К различным видам преступления общий принцип наказуемости тех и других. При определении наказуемости Уложение принимает следующее постановление Прохирона: «Повелевый кому убити некого, яко убийца осуждается» (Prochiron tit. 39 cap. 8).⁵

Начало это выражено в Уложении в гл. XXII ст. 19, которая гласит:

«А будет кто над кем учинит смертное убийство, по чьему научению, а сыщется про то допряма: и того, кто на смертное убийство научал, и кто убил. Обоих казнити смертию же».⁶

¹ Эклога. С. 69.

² Тиктин Н.И. Византийское право как источник Соборного Уложения 1648 г. - Одесса, 1898. С. 98.

³ Книги законные. С. 68.

⁴ Отечественное законодательство. С. 178.

⁵ «Книги законные». С. 63.

⁶ Отечественное законодательство. С. 254.

Но Уложение не довольствуется таким общим определением; благодаря своему стремлению к казуистичности, оно при рассмотрении отдельных видов убийства несколько раз возвращается к вопросу об одинаковой наказуемости физических и интеллектуальных виновников. Данный принцип проложен к целому ряду убийств по чужому наущению, караемых ст. 7, 26 гл. XX и ст. 133 гл. X.

В двух только случаях физический виновник наказывается, по Уложению, строже интеллектуального: при неверном составлении судебного списка и при написании «нарядной крепости».

«А который Дьяк норовя кому по посулом, или по дружбе, или кому мстя не дружбу, велит судебное дело подъячему написать не так, как в суде было, и как в прежней записке за истцовою и за ответчиковою рукою написано, и по тому Дьячьему приказу подъячий то судебное дело напишет не делом, а сыщется про то допряма: и Дьяку за то учинити торговая казнь, бити кнутом, и во Дьяцех не быти; а подъячего казнити, отсеци рука» (Уложение гл. X ст. 12).¹

«Да будет сыщется, кто на кого возмет какую крепость нарядным делом, по неволе: и таким людем, кто такая крепости учнет имати по неволе, чинити жестокое наказание, бити их кнутом нещадно при многих людех, чтобы им и иным таким впредь неповадно было так воровати; да на них же велети тем людем, на которых они такая воровския крепости сделают, правити безчестье; да их же за ту вину сажати в тюрьму на полгода. А площадным подъячим, которые такая крепости учнут писать воровством за очи, чини ти казнь, отсець рука» (Уложение гл. X ст. 251).² При определении наказуемости пособников и попустителей составители Уложения руководствуются правилами, находящимися в Прохироне tit. 39 cap. 36 и cap. 37.

«Раб сведый, и помогая на восхищение госпожи своея, огнем да сожжется» (Prochiron tit. 39 cap. 36).³

«Огневи предаются раби, иже на живот господей своих совещавше. И тии раби мучени да будут, убиену бывшу господину и елицыже глась его слышавше, или бывший нан совет почювше не стекошася, аще вдому, или аще на пути, или в селе сие приключившееся» (Prochiron tit. 39 cap. 37).⁴

На основании этих правил Уложение постановляет:

а) подвергать смертной казни слуг, не обороняющих своей госпожи и помогающих похитить ее, и пособников при убийстве родителей детьми.

В Уложении мы можем обратиться к двум статьям, ст. 16 гл. XXII (которая была уже приведена) и ст. 2 гл. XXII: «А будет который сын, или дочь отцу своему, или матери смертное убийство учинят с иным с кем, а сыщется про то допряма: и по сыску, тех, которые с ними такое дело учинят, казнити смертию же безо всякия пощады».⁵

б) подвергать телесному наказанию и ссылке пособников при убийстве, совершенном во время насильственного вторжения в чужой дом: «А будет кто

¹ Отечественное законодательство. С. 137.

² Отечественное законодательство. С. 182.

³ «Книги законные». С. 66.

⁴ Там же.

⁵ Отечественное законодательство. С. 252.

приедет к кому-нибудь на двор насильством, скопом и заговором, умысля воровски, и учинит над тем, к кому он приедет или над его женою, или над детьми, или над людьми смертное убойство, а сыщется про то допряма, и того, кто такое смертное убойство учинит, самого казнити смертью же. А товарищев его всех бити кнутом и сослати, куды государь укажет» (Уложение гл. X ст. 198).¹

в) подвергать жестокому телесному наказанию тех, которые слышали зов на помощь и не отозвались: «А где учинится разбой, а которые сторонние люди слышачи крик и вопь разбитых людей, как их разбойники разбивают, и те люди на крик и на вопь не пойдит и их выдадут, или которых людей после разбою разбитые люди учнут за разбойники в погоню и на след звати, а те люди в погоню за разбойники, или на след не пойдут же, а истцы на них учнут бити челом: и про то сыскати окольными людьми, и которые в те поры в погоне и на следу были. Да будет на них в сыску скажут, что слыша крик разбитых людей на пособ к ним не пошли, и в погоню за разбойники, или следом не пошли же: и на тех людех за выдачку и за ослушание имати выти, и чинити жестокое наказание, бити кнутом нещадно» (Уложение гл. XXI ст. 59).

В то время как Прохирон говорит о попустительстве и неоказании помощи со стороны рабов по отношению к своему господину, приведенная статья Уложения говорит о попустительстве вообще; этим, быть может, объясняется мягкость наказания в нашем памятнике за попустительство сравнительно с Прохироном.

Что касается до укрывательства преступников, то по греко-римскому праву укрыватели подлежат смертной казни.

«Сведый некого обавника суша, емь да предаст всем людем. Аще же который любо человек емь сего, не предаст людем, конечную примет муку» (Prochiron tit. 39 cap. 13).²

Уложение воспринимает это начало карания смертною казнью укрывателей только по отношению к слугам и к крестьянам; помещики и непоместные люди подвергаются за укрывательство наказанием сравнительно лёгким:

«А будет который помещик, сыскав у себя разбойников, своих людей, или крестьян побьет, не хотя их к сыску отдати в Губу, укрывая за собою воров, а сыщется про то допряма: и у такова помещика за такое воровство отняти поместье, и отдати в роздачу, да да них же велети доправити истцовы иски. А будет кто такое дело учинит непоместной человек: и ему за такое воровство учинити жестокое наказание, велеть его бити кнутом по торгомъ, да на них же, по тому же, правити истцовы иски» (Уложение гл. XXI ст. 79);

«А будет такое убийственное дело учинят чьи люди, или крестьяне без ведома Бояр своих: и их за такое дело самих казнити смертию безо всякия пощады» (Уложение гл. XXI ст. 80).³

¹ Отечественное законодательство. С. 171.

² «Книги законные». С. 63.

³ Уложение. – «Полное собрание законов Российской империи» (ПСЗ). Собрание первое. Т. 1. - С-Пб., 1830. № 1. С. 138.

Из проведенного сравнительного анализа мы видим, что составители Уложения заимствуют из византийских источников права законодательные определения со стороны их содержания, но своеобразно изменяют эти определения, приравливаясь к местным условиям; так, Уложение, по примеру Эклоги и Прохирона, квалифицирует убийство родственников; но в византийских источниках за убийство родителей детьми и детей родителями полагается одинаковое наказание – смертная казнь, Уложение же, ввиду того крайнего развития родительской власти, которое наблюдается в древней жизни наших предков, убийство детей родителями наказывает крайне слабо (именно тюремным заключением на год и публичным церковным покаянием).

Затем Уложение переняло от греко-римских сборников понятие необходимой обороны, принцип талиона по отношению к преступлениям против телесной неприкосновенности, порядок законного наследования и т.д., однако опять-таки с необходимой переработкой, сообразно потребностям времени.

Что касается до формы узаконений, то в этом отношении влияние византийского права могло проявиться только до определенной степени: известно, что чем дальше мы уходим к младенческому состоянию права, тем менее отвлеченности, тем более материальности и грубости приемов мы замечаем в построении закона; достоинство его измеряется практическими свойствами, легкостью и быстротою восприятия; одним словом, чем ниже степень юридического развития народа, среди которого появляется памятник, рассчитанный на практическое употребление, тем менее в этом памятнике места общим началам, тем более должна в нем преобладать форма казуистическая. Поэтому Уложение, хотя и заимствует из своих греко-римских источников ясность и определенность выражения, однако, сообразно с эпохой своего возникновения, стремится к более точному определению подробностей известного постановления. Представляя, благодаря византийским заимствованиям, значительные отклонения от строго-казуистического способа выражения предшествующих памятников русского законодательства и заметно прогрессируя в этом направлении, Уложение, тем не менее, не может окончательно освободиться от общего недуга законов первобытных – стремления в каждом положении сосредоточить всю сумму юридических определений, с которыми оно соприкасается.

Раздел седьмой

Педагогика в высшей школе

ОСОБЕННОСТИ ПЕРЕВОДА НА РУССКИЙ ЯЗЫК ГАЗЕТНО- ИНФОРМАЦИОННОГО МАТЕРИАЛА

Коровина С.В. – доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Реальная переводческая деятельность осуществляется переводчиками в различных условиях; переводимые тексты весьма разнообразны по тематике, языку, жанровой принадлежности; переводы выполняются в письменной или устной форме, к переводчикам предъявляются неодинаковые требования в отношении точности и полноты перевода и т.д. Отдельные виды перевода требуют от переводчика особых знаний и умений.

Все эти различия, какими бы значительными они ни казались, не меняют сущности переводческого процесса, его общелингвистической основы. Любой вид перевода остается прежде всего переводом со всеми его особенностями, определяемыми соотношением языков.

Наряду с общими чертами, обусловленными единым лингвистическим механизмом переводческой деятельности, отдельные виды перевода могут иметь и важные специфические особенности: модифицировать процесс перевода, придавать особое значение достижению эквивалентности на высшем уровне или, напротив, допускать отклонения от максимально возможной степени смысловой общности, включать некоторые элементы адаптивного транскодирования и т.п. Эти особенности вызывают необходимость научной классификации видов переводческой деятельности (видов перевода) и детального изучения специфики каждого вида.

Существуют две основных классификации видов перевода: по характеру переводимых текстов и по характеру речевых действий переводчика в процессе перевода. Первая классификация связана с жанрово-стилистическими особенностями оригинала, вторая - с психолингвистическими особенностями речевых действий в письменной и устной форме.

Жанрово-стилистическая классификация переводов в зависимости от жанрово-стилистических особенностей оригинала обуславливает выделение двух функциональных видов перевода: художественный (литературный) перевод и информативный (специальный) перевод.

Художественным переводом называется перевод произведений художественной литературы. Произведения художественной литературы противопоставляются всем прочим речевым произведениям благодаря тому, что для всех них доминантной является одна из коммуникативных функций, а именно художественно-эстетическая или поэтическая. Основная цель любого произведения этого типа заключается в достижении определенного

эстетического воздействия, создании художественного образа. Такая эстетическая направленность отличает художественную речь от остальных актов речевой коммуникации, информативное содержание которых является первичным, самостоятельным.

Поскольку речь идет о переводе отрезков художественной речи, основным отличием художественного перевода от иных видов перевода следует признать принадлежность текста перевода к произведениям, обладающим художественными достоинствами. Иными словами, художественным переводом именуется вид переводческой деятельности, основная задача которого заключается в порождении на родном языке речевого произведения, способного оказывать художественно-эстетическое воздействие.

Информативным переводом называется перевод текстов, основная функция которых заключается в сообщении каких-то сведений, а не в художественно-эстетическом воздействии на читателя. К таким текстам относятся все материалы научного, делового, общественно-политического, бытового и пр. характера. Сюда же следует отнести и перевод многих детективных (полицейских) рассказов, описаний путешествий, очерков и тому подобных произведений, где преобладает чисто информационное повествование. Деление на художественный и информативный перевод указывает лишь на основную функцию оригинала, которая должна быть воспроизведена в переводе. Фактически, в оригинале, требующем, в целом, художественного перевода, могут быть отдельные части, выполняющие исключительно информационные функции, и, напротив, в переводе информативного текста могут быть элементы художественного перевода.

В информативном переводе подвиды перевода выделяются на основе принадлежности переводимых текстов к различным функциональным стилям. При этом необходимо, чтобы функционально-стилистические особенности оригиналов определяли и специфические черты перевода таких текстов. По этому признаку выделяются в особые подвиды перевод научно-технических материалов, перевод официально-деловых материалов, перевод политико-публицистических материалов, перевод газетно-информационных материалов, перевод патентных материалов и др.

Газетно-информационный стиль обладает специфическими особенностями, оказывающими влияние на процесс перевода. Какие же материалы относятся к этому стилю? К газетно-информационному, или публицистическому, стилю можно отнести газетные и журнальные статьи, произведения ораторской речи и другие материалы, содержащие оценку приводимых в них фактов, стремящихся воздействовать на читателя или слушателя, заставить его согласиться с высказываемой точкой зрения.

Для таких материалов характерно сочетание особенностей научных материалов (например, значительное количество терминов, элементы книжной лексики и синтаксиса) и стиля художественной речи (наличие элементов образности и эмоционально-экспрессивной окраски).

Эти черты характерны как для английской, так и для русской публицистики. Поэтому перед переводчиком подобных материалов стоит

задача отразить все эти особенности, разумеется, в том случае, если они имеются в оригинале, в своем переводе.

Стиль газетной публицистики, в частности, часто ставящей большие проблемы и широко откликающейся на положение в своей стране или в мире, а также дающей и сообщения о фактах, отчетливо отражает вместе с тем и отношение к фактам, иногда ярко окрашенное эмоционально.

Выделяют следующие моменты, характерные для газетно-информационных материалов как английского, так и русского языка, которые необходимо знать переводчику:

- Сжатость изложения - то есть стремление избегать лишних слов и выражений, хотя, конечно, слова, служащие единственным способом выражения связи между другими словами, не могут быть названы лишними. Лаконичность присуща газетно-информационному стилю и в английском, и в русском языках. Однако в английских текстах это требование соблюдается более строго, чем в русском. Поэтому в переводах на русский язык нередко приходится выбирать более пространственный вариант. Например, «According to W.H.O. statistics, heart diseases were the No.1 killer.» - «Согласно данным Всемирной организации здравоохранения первое место среди всех причин смертности занимали сердечные заболевания».

- Характер терминологии и номенклатуры, которые очень часто встречаются в газетной публицистике. Термины, встречающиеся в газетно-информационном материале, относятся, в первую очередь, к области политической номенклатуры (названия учреждений, партий, должностей, организаций и т.п.), экономики и международных отношений.

В газетно-информационных материалах нередко встречаются многозначные термины, термины-синонимы, сокращенные названия и т.п. Так, например, термин «state» в политической терминологии США может обозначать как государство, так и штат: «Both the state and Federal authority are bent on establishing a police state». В первом случае термин «state» стоит в одном ряду с определением «федеральный» и, несомненно, обозначает правительства штатов в отличие от правительства всей страны. Во втором случае термин «state» употреблен в значении государства. Термин «Congressman» может иметь более широкое значение – «член американского конгресса», или более узкое – «член палаты представителей (конгресса США)»: «Last year a number of American Senators and Congressmen visited Russia». Наряду с термином «Congressman» в его узком значении употребляется и его синоним «Representative». Уставы различных организаций могут именоваться по-английски «Regulations, Rule Constitution, Statutes, Charter». Широко известные термины часто употребляются в тексте в сокращенной форме: «Youth also virtually excluded from Congress, the average age of the Senate being 56 years and of the House – 51 years». В этом предложении сокращенное «House» употреблено вместо полного термина «House of Representatives».

Один и тот же термин может получать разное значение в зависимости от идейной направленности текста, в котором он использован. Термин «idealism» может использоваться в философском смысле как название мировоззрения,

противостоящего материализму, и иметь положительный или отрицательный смысл в зависимости от идейной позиции автора. Но еще чаще он используется в положительном смысле, непосредственно соотносясь с понятием «ideals» - идеалы и означая «служение (приверженность) высоким идеалам (или принципам)», например: «The Foreign Secretary's most elaborate and numerous speeches seem to prove that idealism is his guiding star».

- Широкое использование в газетно-информационном стиле имен и названий делает сообщение конкретным и относит передаваемые сведения к определенным лицам, учреждениям или районам. Это предполагает значительные предварительные (фоновые) знания у Рецептора, позволяющие ему связать название с называемым объектом. Так, английскому Рецептору вне контекста хорошо известно, что «Park Lane» – это улица, «Piccadilly Circus» – площадь, а «Columbia Pictures» – кинокомпания.

- Названия и имена нередко используются в газетно-информационных материалах в сокращенной форме. Нередко эти сокращения могут быть неизвестны широкому читателю, и их значение тут же расшифровывается в самой заметке или сообщении. Но существует немало таких сокращенных названий, к которым читатели газеты или журнала давно привыкли и которые поэтому не нуждаются в пояснении. Обилие сокращений является характерной особенностью газетно-информационного стиля современного английского языка. Ср. названия партий, профсоюзов, различного рода организаций и должностей: «GOP = Grand Old (Republican) Party; DD = Defence Department; DA = District Attorney», фамилии или фамильярные прозвища известных политических или общественных деятелей: «JFK = John F. Kennedy; Rocky = Rockefeller; Ike = Eisenhower; RLS = Robert Louis Stevenson», географические названия: «N.J. = New Jersey; Mo. = Missouri; SF = San Francisco; S.P. = South Pacific; E-W = East-West, etc».

При переводе сокращенных названий организаций переводчик должен учитывать, что многие сокращения имеют эквиваленты в русском языке, которые и следует использовать при переводе, причем необходимо иметь в виду, что эти эквиваленты либо являются сокращением русского названия соответствующей организации: «UNO = ООН; FBI = ФБР» и т.д., либо русскими буквами воспроизводят иностранные сокращения: «NATO = НАТО», которые расшифровываются в соответствии с полным русским названием.

Кроме того, переводчику следует помнить, что многие сокращения имеют несколько значений: «MP» может означать «Member of Parliament или Military Police», «PM = Prime Minister (премьер-министр) или же Police Magistrate (судья полицейского суда)» и т.д.

Очень важно помнить, что новые сокращения появляются буквально каждый день, особенно относящиеся к сфере новых технологий (и т.д.), и поэтому необходимо стремиться к тому, чтобы знать если не все, то большинство из них.

- Важной отличительной чертой газетной публицистики является широкое употребление речевых штампов и образных клише, при переводе которых следует быть крайне осторожным, так как чаще всего им

соответствуют определенные клише в языке перевода.

Наличие образных и разговорно-обиходных выражений, эмоционально окрашенных мест не допускают сглаживания при переводе (так же, как и в художественном тексте), поскольку все это придает публицистическому стилю более яркую и живую окраску.

Для английских и американских газет характерно использование разговорных оборотов в самых серьезных по содержанию текстах. Так, например, в статье о возможных реформах в судебной системе Великобритании есть фраза: «Giving evidence is a *nerve-wracking* experience, especially when you are a victim». Несмотря на официальный стиль изложения и серьезность затронутой темы, здесь мы наблюдаем достаточно разговорное выражение, которое на русский язык может быть передано как «Дача показаний в суде – это большая *нервотрешка*, особенно, когда ты – жертва преступления».

Передача этих особенностей английских текстов подобного жанра ставит перед переводчиком проблему: все эти разговорные формы давно стали привычными для английского читателя, не бросаются в глаза и не производят впечатления каких-то особенных вольностей или озорства. Если их сохранить в переводе, то на русского читателя они произведут более сильное впечатление в силу их необычности. Тем самым при переводе будет нарушена стилистическая окраска оригинала.

Поэтому здесь наиболее правильным будет отказ от передачи таких жанровых особенностей во имя адекватной передачи характера в целом: если по-английски этот материал информационно-описательного жанра, то и перевод должен обладать всеми признаками, которыми этот жанр обладает в русском языке.

Наряду с разговорной окраской многих материалов этого жанра можно отметить некоторые прямо противоположные тенденции. В информационно-описательных текстах английских и американских газет принято всегда указывать титул политического деятеля даже тогда, когда он подвергается самой беспощадной критике, например: «US President Bill Clinton». Если фамилия политического деятеля употребляется без упоминания титула или занимаемой должности, перед ней всегда ставится сокращение Mr. (Mister)/Mrs. (Missis), которые переводятся соответственно «мистер» и «миссис». Все эти титулы имеют в английском языке чисто формальное значение и отнюдь не выражают особого уважения автора к упоминаемым деятелям.

Помимо разговорных фраз, могут использоваться и поэтические слова и сочетания: «The Tories hope to get away with it by invoking their old familiar maxim: When in trouble wave the Flag».

В области фразеологии газетно-информационный стиль отличает широкое использование «готовых формул» или клише. Здесь мы находим как многочисленные водные обороты, указывающие на источник информации (it is reported; it is claimed; our correspondent reports from; according to well-informed sources), устойчивые сочетания со стершейся образностью: (to set the tone; to throw light; to lay the corner-stone; to give the lie), так и целый ряд политических штампов: (government reshuffle; vested interests; an unnamed Power; generation

gap; a foregone conclusion).

В газетно-информационных материалах отмечаются и некоторые особенности синтаксической организации текста. Прежде всего, следует отметить четкость синтаксиса, особенно существенную в том случае, когда дело касается длинных, сложных предложений, при переводе которых особенно опасны неясности, путаница и т.п. Здесь принято членение длинного предложения, если оно только не вызывает длиннот. В газетном тексте эти членения приемлемы, в отличие от текста художественного, где иногда необходимо тщательное соблюдение единства длинного предложения.

Еще одной синтаксической особенностью газетно-информационных материалов является максимальное дробление текста на абзацы, когда почти каждое новое предложение начинается с новой строки. Помимо этого, встречается наличие подзаголовков в корпусе текста для повышения интереса читателей. Переводчик не должен механически воспроизводить абзацы английского текста, хотя в настоящее время такая тенденция существует – передавать текст, разбивая его на абзацы, соответствующие абзацам в оригинальном тексте.

Большое значение для переводчика имеет умение понимать и быстро переводить газетные заголовки английской и американской прессы.

Оно особенно необходимо при переводе газетных материалов устно, с листа, и при реферировании, так как в силу ряда специфических особенностей газетных заголовков их понимание и перевод представляют значительную трудность и требуют большого навыка.

Основное назначение заголовка состоит в том, чтобы заинтересовать читателя, привлечь его внимание к материалу. Стремление к этому приводит к тому, что заголовки обычно называют многоступенчатыми. Как правило, они состоят из «шапки» (headline), набираемой полностью или частично очень крупным шрифтом, и подзаголовка (lead) из нескольких строчек, набираемого шрифтом помельче. Нередко «шапка» направлена на то, чтобы, поразив воображение читателя, заставить его прочитать сам материал (например: «A NIGHT WITH THE PAPAZZI»). Поэтому в большинстве случаев она недостаточно полностью раскрывает содержание статьи, а иногда даже бывает очень мало с ним связана. Функцию раскрытия содержания берет на себя подзаголовок, давая в нескольких строках краткий пересказ статьи, своего рода ее обобщение. Но иногда, чтобы правильно понять и перевести заголовок, необходимо прочитать всю статью. В качестве примера можно привести случай с вручением премии за лучшее оформление газеты «Daily Worker». Статья по этому поводу была озаглавлена «MAKES MOST». Эти два слова вырваны из предложения в середине статьи: «The judges say that the Daily Worker “continues to make the most of its limited number of pages”». Очевидно, что в данном случае при переводе невозможно воспроизвести английский заголовок, его следует перевести так, чтобы он отражал основное содержание: «Присуждение премии газете Дейли Уоркер» или «Премия нашей газете». Однако довольно часто даже одноступенчатые заголовки достаточно ясно отражают содержание сообщения: «Bush presses intelligence reform», «US writes off \$4.1 bn in Iraq debt» и т.п.

Довольно часты случаи, когда более или менее длинная статья разбивается на отдельные куски вставленными в текст дополнительными заголовками. Это делается для того, чтобы максимально заинтересовать читателя, не допустить того, чтобы он, пробежав глазами первые строки статьи, бросил ее читать и перешел к другим материалам. В большинстве случаев эти врезанные в сообщение добавочные заголовки представляют собой выхваченные из текста яркие, броские слова или выражения. Подобного рода заголовки, если они недостаточно отражают содержание, при переводе можно опускать, как, например, в статье «Compromise seals climate meeting» подзаголовки «Give and Take» и «Survival» не передаются, а в русском варианте единственный подзаголовок звучит как «Новая встреча назначена на май».

В области лексики для заголовков английских газет характерно частое использование небольшого числа специальных слов, составляющих своего рода «заголовочный жаргон»: ban, bid, claim, crack, crash, cut, dash, hit, move, pact, plea, probe, quit, rap, rush, slash и др. Отличительной особенностью такой «заголовочной» лексики является не только частота их употребления, но и универсальный характер их семантики. Слово «pact» в заголовке может означать не только пакт, но и договор, сделку и т.п. Глагол «hit» может быть употреблен в связи с любым критическим выступлением. «Red» может означать и коммунистический, и социалистический; «bid» подразумевает и призыв, и приглашение, и попытку достичь определенной цели и т.д.

Например:

National Gallery Launches Bid to Buy the Titian. – Национальная галерея пытается приобрести картину Тициана.

Bid to Stop New Police Powers. – Призыв не допустить расширения прав полиции.

В газетных заголовках особенно широко используются жаргонизмы и другие лексические элементы разговорного стиля: «Report Raps Lack of Law Reform; Hits Gapers Housing Stand; Diet Lends JFK a Helping Hand, etc. Даже если в самой статье какая-либо ситуация описывается в более сдержанном стиле, заголовок часто носит более разговорный характер. Ср. начало заметки в английской газете: «A leading Chinese diplomat has been accused of responsibility for violence against foreign embassies...» с ее заголовком: «China Blames Diplomat for Embassy Rows».

Газетные заголовки обладают и рядом грамматических особенностей. В английских и американских газетах преобладают глагольные заголовки типа: «Roods Hit Scotland; William Faulkner Is Dead; Exports to Russia Are Rising». Глагольность обычно сохраняется также в заголовках, состоящих из вопросительного предложения: «Will there be Another Major Slump Next Year?». Специфическая особенность английского заголовка заключается в возможности опустить подлежащее: «Hues Teen-Agers as Scabs; Want No War Hysteria in Toronto Schools; Hits Arrests of Peace Campaigners» и т.п.

Существенные отличия от других функциональных стилей современного английского языка отмечаются в характере использования в заголовках глагольных временных форм. Английские и американские газеты, как правило,

используют в заголовках неперфектные формы глагола. Когда речь идет о событиях, происшедших в недавнем прошлом, обычно используется настоящее неопределенное время: «Richard Aldington Dies 70; Concorde Lands at Heathrow». Это самый распространенный тип заголовков. Употребление настоящего неопределенного времени придает им живость, приближает события к читателю, делает его как бы участником этих событий и тем самым усиливает его интерес к публикуемому материалу.

The Past Indefinite Tense (прошедшее неопределенное время) употребляется в заголовках, относящихся к событиям, в основном, в тех случаях, когда в заголовке есть обстоятельство времени, либо если читателю известно, что описываемое событие произошло в определенный момент в прошлом: «Husband Disappeared Two Years Ago; Why Rockefeller Couldn't Buy a Landslide Victory?».

Для обозначения будущего времени в заголовках широко используется инфинитив: «America To resume Testing; Laundry Workers To Vote on New Contract; World Unions To Fight Monopoly» и т.д.

Важной особенностью английских газетных заголовков является распространенность в них эллиптической формы пассивного залога с опущением вспомогательного глагола to be для описания событий как в прошедшем, так и в настоящем времени: «Paris Protest March Staged by Students; 8-Year-Old Boy Kidnapped in Miami; All Piers Paralysed on East Coast».

Итак, перевод газетно-информационных материалов требует особого внимания в силу специфики этого стиля. При описании переводов этого типа должны учитываться три ряда факторов. Во-первых, сама по себе принадлежность оригинала к особому функциональному стилю может оказывать влияние на характер переводческого процесса и требовать от переводчика применения особых методов и приемов. Во-вторых, ориентированность на подобный оригинал может предопределить стилистические характеристики текста перевода, а следовательно, и необходимость выбора таких языковых средств, которые характеризуют аналогичный стиль в родном языке. И, наконец, в результате взаимодействия этих двух факторов могут обнаруживаться собственно переводческие особенности, связанные как с общими чертами и различиями между языковыми признаками аналогичного функционального стиля в иностранном и родном языках, так и с особыми условиями и задачами переводческого процесса этого типа.

О ТВОРЧЕСТВЕ, ПЕДАГОГИЧЕСКОЙ ЭВРИСТИКЕ И ТВОРЧЕСКОМ САМОРАЗВИТИИ

Моисеева Л.В. – доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Творчество – это один из видов человеческой деятельности, направленной на разрешение противоречия (решение творческой задачи). Для

творчества необходимы объективные и субъективные личностные условия, результаты творчества обладают новизной и оригинальностью, личной и социальной значимостью, а также прогрессивностью.

Природа наградила человека способностью открытия нового и подкрепила его богатством чувств, возникающих при творческом озарении. Генетическая способность человека открывать новое – мощное средство самодвижения, отправная точка его образования.

С христианской точки зрения человек – это творец, поскольку создан по образу и подобию Бога – творца. В стремлении открывать новое и создавать его человек реализует свою богочеловеческую миссию. Образ человека-творца – путеводная звезда его образования.

Творческая способность человека является воплощением его природосообразной и культурной сущности, дающем ему возможность осуществлять свое Вселенское предназначение.

Современную школу философы называют капканом, выставленным человечеством у себя на пути. Преподнося детям «ничейные» расчеловеченные знания, заставляя усваивать их, школа воспитывает потребителя, всезнайку-энциклопедиста, теряя при этом творца и деятеля. Преобладание внешней заданности в целях, содержании и технологии образования приводит к ослаблению внутренней мотивации учеников, неостребованности их творческого потенциала, развитию негативных явлений, связанных с нежеланием детей учиться, отчуждением от школьного обучения, гиперболизацией формальных ценностей образования.

В обучении, называемом эвристическим, ученик изначально конструирует знания в исследуемой области реальности, опираясь на личный образовательный потенциал и эвристическую технологию деятельности.

Образование по эвристическому типу – это не столько «заказ» социума, сколько миссия человека во Вселенной. Человек равновелик миру, следовательно, его предназначение – вселение в свой мир. Вселение происходит через собственную продуктивную деятельность образующегося человека.¹

Творческий процесс есть наша жизненная энергия и тот, кто однажды ее испытал, уже больше не сможет без этого жить. «Творчество» есть наша сущность, наша жизненность. Творческое выражение не соответствует догме или заранее заготовленной форме. «Творчество» есть сила, трансформирующая, способствующая положительной самооценке и обеспечивающая самопродвижение индивида в своем развитии.

Когда мы соприкасаемся со своей творческой сущностью, мы одновременно соприкасаемся и с универсумом. Обнаружение нашей собственной «творческой» делает нас сопричастными с единством универсума, или с универсальным источником энергии (Н. Роджерс).

В творчестве реализуется духовное предназначение человека: с одной стороны, извлекать дух из материи, а с другой – материализовывать дух,

¹ Хуторской А.В. Эвристическое обучение. Теория, методология, практика. - М.: Международная педагогическая академия, 1998.

одухотворяя материю.

Творчество дает выход внутренней энергии накопленных впечатлений. Перекрытие творческих каналов расходования этой энергии может иметь весьма неприятные последствия как для физического, так и для психического здоровья.

Смысл творчества заключается в самой природе существования человека, этот смысл не может быть понят из замкнутой системы бытия.

Основа бытия – личность (Н.А. Бердяев), следовательно, в содержании образования должен присутствовать личностный компонент, то есть содержание, которое создается лично каждым человеком.

С творчеством человека взаимосвязано его развитие: развивается лишь тот, кто создает и творит новое, кто выходит за рамки predetermined, реализует потенциальные возможности своего внутреннего мира. Но творчество возможно только в условиях свободы выбора. Только тогда можно ожидать творческого результата, когда ученик обеспечивается правом выбора смысла и целей образования, образовательной траектории, темы творческой работы, формы ее выполнения и защиты, когда поощряется собственный взгляд ученика на проблему.

По сравнению с процессом развития саморазвитие имеет, по крайней мере, два существенных отличия:

а) изменения в личной сфере детерминированы не извне, под целенаправленным воздействием личности на самое себя;

б) изменения происходят не только в мотивах, интеллектуальной, эмоциональной сферах, но в процессах «самости»: самопознания, самоопределения, самосовершенствования, самореализации, самоуправления. При этом главным механизмом как развития, так и саморазвития является разрешение противоречий, решение личностно постоянно усложняющихся творческих задач.

Таким образом, творческое саморазвитие личности – это особый вид творческой деятельности субъект–субъектной ориентации, направленный на интенсификацию и повышение эффективности процессов «самости», среди которых системообразующими являются самопознание, творческое самоопределение, самоуправление, творческая самореализация и самосовершенствование личности.

В.И. Андреевым было установлено и систематизировано несколько законов творческого саморазвития:

а) закон неравномерности саморазвития личности.

Неравномерность творческого саморазвития отдельных способностей и качеств личности порождает противоречия, разрешение которых и создает внутренние условия для становления творческой личности.

б) закон целостности творческого саморазвития личности.

Прогрессивные изменения в одном из компонентов «самости» с неизбежностью ускоряют процесс саморазвития личности в целом.

в) закон свободы творчества.

Чем большей свободой добивается личность в творчестве, тем большей

эффективности она достигает и в творческом саморазвитии.

г) закон самоусложнения творческих задач и проблем.

Процесс творческого саморазвития личности осуществляется тем эффективнее, чем более сложные, трудные и вместе с тем посильные для себя творческие задачи личность выбирает и решает.

д) закон периодической мобилизации и релаксации.

е) закон ускорения творческого саморазвития в условиях конкуренции и стремления к лидерству.

ж) закон сотворчества.

Творческое саморазвитие может и должно стать одной из главных стратегий и принципов современной педагогики и педагогики будущего.

Творческому саморазвитию, как и другим наукам и видам деятельности, можно и нужно учить.

В одной из книг Эриха Фромма красной нитью проходит мысль о том, что «человек изначально наделен способностью авантюры саморазвития». Творческое саморазвитие – это не только авантюра или импровизация, но и целенаправленная деятельность, которая имеет свои цели, мотивы, принципы, содержание, методы и в соответствии с ними и результаты. Однако, чтобы все это понять, обратимся к понятию эвристики.

Понятие «эвристика» в энциклопедических словарях характеризуется в трех значениях. 1. Это специальные методы, используемые в процессе открытия нового (эвристические методы). 2. Наука, изучающая продуктивное творческое мышление. 3. Восходящий к Сократу метод обучения, который называют сократический метод, или метод эвристической беседы.

Эвристика для творческого саморазвития – это область науки эвристики, в которой исследуются и разрабатываются цели, закономерности, принципы и правила такого специфического вида творческой деятельности как творческое саморазвитие.¹

В задачи эвристики для творческого саморазвития входят:

- стимулировать по возможности самостоятельное овладение студентами теоретическими знаниями по истории эвристики, философии, психологии, педагогики творческого саморазвития личности;

- обучить студентов технологии творческого саморазвития с учетом их интересов, творческих способностей и других личностных качеств.

Творческое саморазвитие человека во многом предопределяется потребностями, целями и смыслом жизни, которые у каждого человека имеют разный вектор направленности. Смысл жизни постигается человеком в течение всей жизни, но, поскольку меняются условия жизни, меняется сам человек, его цели, мотивы, интересы, потребности, то с неизбежностью меняется и смысл жизни. Вероятно, прав был Н.А. Бердяев, который утверждал: «Смысл жизни – в поисках смысла».

Созидая и преобразуя условия своего существования, человек параллельно созидает, преобразует себя, то есть осуществляет творческое

¹ Андреев В.И. Педагогика. Учебный курс для творческого саморазвития. 3-е изд. – Казань: Центр инновационных технологий. 2003. С. 484-485.

саморазвитие. В связи с этим в последние годы философы стали рассматривать саму человеческую жизнь как творчество.

Абсолютно ценным идеалом и целью воспитания в единстве как необходимости, так и свободы, его категорическим императивом является идея всестороннего развития творческой личности и индивидуальности.

Неотъемлемым свойством подлинной человеческой интеллектуальности, образованности, интеллигентности является креативность ума, его способность к постоянному творчеству. В процессе обучения и воспитания детский ум может быть приучен лишь к усвоению готовых, субъективно воспринимаемых в качестве абсолютных истин, на которые, якобы, можно опираться во всех случаях жизни. Но ум может быть приучен и к тому, чтобы смотреть на все истины как на предмет для размышлений, сомнений, анализа, присвоения или отрицания. Ребенку с самого раннего детства необходимо внушать мысль о том, что мир знаний - не застывшая, незыблемая гранитная гора, а река, в которой все течет и изменяется. Детям важно усвоить принцип относительности знания, возможности в каждом отдельном случае иного взгляда на вещи по отношению к утвердившимся понятиям, суждениям, взглядам.

Обновление общественной жизни требует уделения особого внимания развитию форм обучения творческой деятельности детей. Ведущими формами творческой деятельности являются кружки, творческие объединения, студии, факультативы, практические занятия в творческих мастерских. К сопутствующим формам творческой деятельности относятся конференции, защита самостоятельных докладов, ученические симпозиумы и дисциплины, массовые литературные, музыкальные и театральные праздники, клубные объединения, соревнования, конкурсы, олимпиады. Основным системообразующим компонентом деятельности в этих учебных формах является направляемое и развиваемое педагогом детское творчество. Эти формы позволяют обеспечивать оптимистический и эмоциональный тон детской жизни, постоянно формировать позитивную жизненную перспективу.¹

Втискивая в головы детей готовые истины, обобщения, умозаключения, учитель подчас не дает ребятам возможности даже приблизиться к источнику мысли и живого слова, связывает крылья мечты, фантазии, творчества. Из живого, активного, деятельного существа ребенок нередко превращается как бы в запоминающее устройство... Подмена мысли памятью, яркого восприятия наблюдения за сущностью явлений заучиванием – большой порок, отупляющий ребенка, отбивающий в конце концов охоту к учению.²

Подлинному педагогическому творчеству свойственны черты научного исследования, научного обобщения своего труда.³

Знающий, думающий учитель готовится к хорошему уроку всю жизнь. Без предвидения и плана работа немислима, но контуры хорошего урока рождаются в представлении учителя лишь в общих чертах, - хороший же урок,

¹ Лихачев Б.Т. Философия воспитания. Специальный курс. - М.: Прометей, 1995. С. 9-10.

² Сухомлинский В.А. О воспитании. – М.: Изд-во полит. лит-ры, 1973. С. 86.

³ Там же. С. 108.

как подлинное творчество учителя, создается уже на самом уроке.¹

Целью педагогического образования является развитие учителя нового типа, которого характеризует высокий профессионализм, инновационный стиль научно-педагогического мышления, готовность к созданию новых ценностей и принятию творческих решений. На учеников оказывают влияние не только знания учителя, но и сама его личность. Исследования показывают, что роль учителя как источника информации снижается из года в год. Влияние же личности не только не снижается, а, напротив, возрастает.

Человек ответствен за то, как он живет в других людях. Выход человека за пределы самого себя есть одна из образующих личности. Надситуативная активность помогает быть личностями. Как это важно для педагогического процесса, демонстрирует следующий эксперимент, который был проведен сразу в нескольких городах. Экспериментатор произносит отдельные слова, а школьники должны для каждого слова быстро записать слово-ассоциацию. Учитель никакого участия в эксперименте не принимает, хотя присутствует. Ученикам заранее дают понять, что листочки с ассоциациями попадут сразу к психологу, и учитель их даже не увидит. Опыт повторяется несколько раз, меняются только педагоги. Причем одни учителя, по заранее проведенным психологическим обследованиям, люди творческие, а другие - не очень. Затем по специальному частотному словарю выявляется уровень оригинальности ассоциаций. И получилось, что в присутствии творческого учителя оригинальность ассоциаций резко возрастает. Наш образ действует. Если же человек ни в ком не персонализируется, ни в ком его образ не живет - этот человек – безличен.²

Учитель – ведущий субъект эвристического обучения. Результативность дидактической эвристики на практике определяется мировоззрением, профессиональной подготовкой и личностными качествами педагога. Учитель в эвристической системе обучения считает смыслом образования раскрытие творческих возможностей ученика; он знает элементы дидактической эвристики и умеет технологично применять их; способен сам действовать эвристически при решении педагогических и учебных задач. Такой учитель всегда исследователь, готовый работать в новых, непрерывно меняющихся условиях. Главным критерием его работы является качество образовательной продукции учеников и развитие их личностных качеств.

От творческого учителя ожидаются те же образовательные процессы, что и от ученика: самоорганизация, творческая самореализация, профессиональное саморазвитие, владение эвристическими методами, рефлексия. Образовательные результаты учителей, аналогично результатам учеников, делятся на внешние и внутренние. Внешние результаты – это составленные и реализованные ими авторские учебные программы, собственные образовательные продукты, качественные данные результатов обучения. Внутренние результаты – развитие их профессиональных способностей, самоопределение в концепции изучаемого предмета; изменения в характере

¹ Сухомлинский В.А. О воспитании. – М.: Изд-во полит. лит-ры, 1973. С. 109.

² Петровский В.А. Личность в психологии: парадигма субъектности. – М.: Изд-во Феникс, 1996. С. 499.

ведения занятий, в эвристическом мастерстве.

Такой учитель:

осознает смысл и цели образовательной деятельности по своему предмету или видам деятельности, связывает их с творческой самореализацией природных возможностей детей, имеет собственную образовательную позицию; умеет ставить образовательные цели по предмету, достигать и переопределять их в ходе обучения;

умеет составлять целостную образовательную программу: соотносит происходящую реальность с составленной программой, корректирует образовательный процесс;

наделен способностями видеть индивидуальные способности учеников и выстраивать их обучение в соответствии с индивидуальностью каждого;

владеет формами и методами сопровождающего обучения: использует личный опыт и мотивы учеников, помогает им поставить цель, учит соотносить свою цель с результатом, применяет доступные детям формы рефлексии и самооценки;

способен изменять задачи урока в соответствии с изменяющейся реальностью;

умеет подготовить качественную характеристику образовательных изменений ученика, оценить многообразную палитру развития его личностных качеств;

способен к личностному творческому росту, рефлексивной деятельности, осознанию собственных изменений.

Свидетельством профессионализма педагога эвристического типа является его умение идти на пересмотр, изменение и развитие своих планов и представлений.

Эвристический тип обучения определяет учителю сопровождающую позицию по отношению к ученической деятельности, помощь ученику в постановке и достижении его образовательных целей. Сопровождающее обучение предполагает возможность выбора детьми собственного пути решения образовательных задач и продвижения по нему в соответствии со своими особенностями. Проблема организации и корректировки образовательной деятельности связана с успешностью ее осмысления. Традиционная педагогика не требует осмысления происходящего ни от учителя, ни от учеников, в ней нет места рефлексивным видам деятельности. Вместо этого применяются так называемое закрепление или обобщение полученных знаний. Собственного установления, переопределения или корректирования целей обучения, его содержания и других элементов учебного процесса от педагога не требуется. Эвристическое же обучение предлагает учителю решать проблему постановки целей обучения, разработки плана обучения, конструирования системы занятий, форм рефлексии и оценки.¹

Сопровождающий характер эвристического обучения вызывает к необходимости разработку элементов ситуативной педагогики, основанной на

¹ Хуторской А.В. Эвристическое обучение. Теория, методология, практика. - М.: Международная педагогическая академия, 1998. С. 220-221.

интуитивизме, эвристике и персонализме как со стороны учителя, так и ученика. Ситуационный метод эвристичен по своей сути, поскольку создается или рождается учителем всякий раз по-новому, в зависимости от его творческой эрудиции и возникающей образовательной ситуации. Можно сказать, что ситуационный метод – это педагогический продукт учителя, создаваемым им эвристическим путем.

Согласно видам эвристической образовательной деятельности, методы эвристического обучения можно классифицировать аналогично – на оргдеятельностные, когнитивные и креативные.

Креативные методы обучения обеспечивают ученикам возможность создания собственных образовательных продуктов. Традиционно понимаемые эвристические методы интуитивного типа относятся к креативным методам эвристического обучения: «мозговой штурм», метод эмпатии, педагогические методы ученика, находящегося в роли учителя и др. Такие методы опираются на нелогические действия учащихся, имеющие интуитивный характер.

Другой вид креативных методов обучения базируется на выполнении алгоритмических предписаний и инструкций: методы синектики, морфологического ящика. Их цель – создать логическую опору для создания учениками образовательной продукции.

Следующий вид креативных методов – эвристики, то есть приемы, позволяющие ученикам решать задачи «наведением» на возможные их решения и путём сокращения вариантов перебора таких решений.

Креативные методы – это метод придумывания, метод «Если бы...», метод образной картины, метод гиперболизации, метод агглютинации, «Мозговой штурм», метод синектики, метод инверсии.

Метод придумывания – это способ создания неизвестного ученикам ранее продукта в результате их определенных умственных действий. Метод реализуется при помощи следующих приемов: а) замещение качеств одного объекта качествами другого с целью создания нового объекта; б) отыскание свойств объекта в иной среде; в) изменение элемента изучаемого объекта и описание свойств нового, измененного.

Метод «Если бы...». Ученикам предлагается составить описание или нарисовать картину о том, что произойдет, если в мире что-либо изменится.

Метод образной картины воссоздает такое состояние ученика, когда восприятие и понимание изучаемого объекта как бы сливаются, происходит его целостное, нерасчлененное видение.

Метод гиперболизации. Увеличивается объект познания, его отдельные части или качества.

Метод агглютинации. Ученикам предлагается соединить несоединимые в реальности качества, свойства, части объектов.

«Мозговой штурм» (А.Ф. Осборн). Основная задача метода – сбор как можно большего числа идей в результате освобождения участников обсуждения от инерции мышления и стереотипов. Работа ведется в следующих группах: генерации идей, анализа проблемной ситуации и оценки идей, генерации контридей. Генерация идей происходит в группах по определенным

правилам. На этапе генерации идей любая критика запрещена. Всячески поощряются реплики, шутки, непринужденная обстановка. Затем полученные в группах идеи систематизируются, объединяются по общим принципам и подходам. Далее рассматриваются всевозможные препятствия к реализации отобранных идей. Оцениваются сделанные критические замечания. Окончательно отбираются только те идеи, которые не были отвергнуты критическими замечаниями и контридеями.

Метод синектики (Дж. Гордон) базируется на методе мозгового штурма, различного вида аналогий (словесной, образной, личной), инверсии, ассоциаций и др. Вначале обсуждаются общие признаки проблемы, выдвигаются и отсеиваются первые решения, генерируются и развиваются аналогии, использование аналогий для понимания проблемы, выбираются альтернативы, ищутся новые аналогии, возвращаются к проблеме. В синектике широко используются аналогии – прямые, субъективные, символические, фантастические (Р.М. Грановская, Ю.С. Крижанская, 1994, с. 129-130).

Метод морфологического ящика или метод многомерных матриц (Ф. Цвики). Нахождение новых, неожиданных и оригинальных идей путем составления различных комбинаций известных и неизвестных элементов. Анализ признаков и связей, получаемых из различных комбинаций элементов (устройств, процессов, идей), применяется как для выявления проблем, так и для поиска новых идей.

Метод инверсий или метод обращений. Когда стереотипные приемы оказываются бесплодными, применяется принципиально противоположная альтернатива решения.

Творчество является глубочайшей потребностью нашей психики. Превосходство возможностей над жизнью, остаток неосуществленного поведения всегда существует в человеке, как это было выявлено в учении о борьбе за общее двигательное поле, и всегда должен найти для себя какой-либо выход.¹

Творчество важно не только потому, что оно приводит к созданию нового, но и потому, что это космологический процесс, духовный, центрирующий и насыщающий.

Человек богаче своей жизни...²

К ВОПРОСУ О СТАНОВЛЕНИИ ЖИЗНЕННЫХ ПЛАНОВ СТУДЕНТОВ...

Мулюкова Е.Э. – ст. преподаватель кафедры иностранных языков, к.п.н.

Современное общество как никогда нуждается в личности, способной к принятию самостоятельных, социально зрелых решений. Быть личностью - значит иметь активную жизненную позицию, о которой можно сказать: «На

¹ Выготский Л.С. Педагогическая психология. Под ред. В.В. Давыдова. - М.: Педагогика-Пресс, 1999. С. 235.

² Там же. С. 236.

этом стою и не могу иначе». Быть личностью - значит осуществлять выборы, возникшие в силу внутренней необходимости, уметь оценить последствия принятого решения и держать за них ответ перед собой и обществом. Быть личностью - значит обладать свободой выбора и нести через всю жизнь бремя выбора (В.В. Сериков).

Перед педагогами сегодня ставится задача формирования такой личности. Развитию личностной сферы студента способствует его включение в творческие исследовательские виды учебной деятельности, однако механизмы влияния методов на смыслообразование в учебной деятельности еще не полностью исследованы. В результате этого возникла необходимость исследования условий становления у студента личностных смыслов, жизненных планов в ситуации применения эвристических методов обучения с целью формирования и развития личностного опыта студента в сфере его жизненных планов.

Рассматривая личность с позиции сторонников *деятельностного* подхода в психологии (А.Н. Леонтьев, А.Г. Асмолов, Б.С. Братусь, Е.В. Субботский, С.Л. Рубинштейн, В.И. Слободчиков и т.д.) как особое социальное качество индивида, не сводящееся к простой совокупности его прошлого опыта или индивидуальных особенностей; согласно концепции личностно-ориентированного образования (Е.В. Бондаревская, О.С. Газман, Э.Н. Гусинский, В.В. Сериков, Ю.И. Турчанинова, И.С. Якиманская) мы определились с пониманием того, что одним из факторов развития личности и частью сознания, пронизывающей и определяющей ее поведение во всех жизненных ситуациях является ее опыт, как биологический, так и социальный.

Мы рассматриваем *личностный опыт* как опыт самоконструирования своего внутреннего мира: смыслов, впечатлений, выводов из пережитого, формирование которого происходит сугубо индивидуально в процессе саморазвития личности. Овладение данным видом опыта выражается в форме личностных мировоззренческих диспозиций, ценностных ориентаций, в известной мере, выстраданных личностью жизненных смыслов, ставших неотъемлемой сутью Я-концепции.

Личностный опыт - понятие всеобъемлющее, оно требует актуализации какого-нибудь одного аспекта. В настоящее время существуют исследования по личностному опыту как опыту самоорганизации, опыту самоконструирования жизненных смыслов. Мы выбрали сферу становления жизненных планов, учитывая затруднения, которые испытывают студенты в этой области.

Личностный опыт как специфический элемент содержания образования не может быть опредмечен или представлен в виде какого-либо текста. Это сугубо индивидуальное, более того, субъективное образование. Личность в отличие от разработчиков стандартов не принимает лишнюю информацию, но в то же время ей нужно помочь усвоить действительно необходимое. В этом суть педагогического руководства личностным развитием ребенка. Личностный опыт и социален (человек изначально ценит то, что, в конечном счете, ценится и другими людьми, и всегда желал бы представить другим «свое лучшее»), и индивидуален (личность не приспособливается к социальному миру, а создает

свой собственный мир).

С учетом концепции личностно-ориентированного образования в личностном опыте студента можно выделить содержательный («строительный материал» личностных функций) и процессуальный (смена «переживаний», субъектная активность обучаемого) аспекты. В содержательный включаются знания, умения и навыки, уже имеющиеся у студента, а в процессуальный - происходит непосредственное включение всех содержательных знаний в деятельность по приобретению новых.

В качестве форм личностного опыта мы выделяем фиксированные, оперативные и потенциальные (М.А. Холодная, Д.Н. Завалишина, Ю.М. Шилков)

Деление форм личностного опыта на фиксированные, оперативные и потенциальные обусловлено изменением состояния личностного опыта во времени. *Прошлый опыт (фиксированные формы)* включает в себя важную информацию, результат серьезного анализа событий, их оценки, это объективная ценность, ставшая субъективной установкой, взглядом, убеждением, собственным выводом из происходящего. Это общий опыт, однако очень важно, как люди осознают свой личностный опыт, так как прошлый опыт является содержательным аспектом личностного опыта, его «строительным материалом» (В.В. Сериков). Прошлый опыт студента, наравне с индивидуальными чертами и генотипом человека представляет собой условия становления и развития личности.

Настоящий опыт (оперативные формы) - это активизированные формы прошлого опыта, это применение ценностных ориентаций, смыслов, убеждений личности в конкретной жизненной ситуации. Он крайне актуален на данный момент жизни. Оперативные и фиксированные формы являются источником процесса развития личностного опыта.

Потенциальные формы личностного опыта представляют собой новые, обогащенные ценности, смыслы, убеждения.

В структуру личностного опыта в сфере жизненных планов мы включаем содержательный, мотивационный и операциональный компоненты.

В содержательный компонент мы включаем проблему самоопределения будущей профессии, учебной успешности и ее признания, а также проблему становления жизненных планов; знания о природе своей личности, о рефлексии; опыт рефлексии собственной жизни; представления о смысле своей жизни. Ведущим элементом является опыт личностной рефлексии.

Мотивационный компонент личностного опыта студента представлен убеждениями в необходимости планирования своей жизни, осознанным и ответственным отношением к своей жизни и своему будущему, направленностью на поиск и определение собственных личностных смыслов, жизненных планов, ценностным отношением к осознанию необходимости смыслообразования. Ведущим элементом выступает опыт самоорганизации.

Операциональный компонент личностного опыта включает умение рефлексивной деятельности; умение оценивать события и в зависимости от этого выработать оптимальную линию своего поведения; умение осознавать

и интегрировать свой личностный опыт; умение самостоятельно мыслить, выделять главное, анализировать, обобщать, составлять план; умение планировать свою деятельность на ближайшее и отдаленное будущее.

Ведущий элемент - опыт конструирования собственных убеждений.

На основе представленных компонентов в качестве критериев сформированности личностного опыта студента мы выделяем следующие:

1. Рефлексивные знания о собственной личностной сфере.

2. Содержание и личностно-развивающая значимость проблем, волнующих студента; понимание значимости и смысла планирования своих жизненных перспектив.

3. Умения рефлексии, самооценки, самостоятельного вывода и создания жизненных планов.

Рефлексивные знания о собственной личностной сфере (личностных качествах, смыслах, ценностных ориентациях) - важный критерий сформированности личностного опыта студента. Знания о рефлексии включают в себя понимание способов своего учения, механизмов познания и мыследеятельности. Без этого студенты не смогут присвоить те знания, которые они добыли. Рефлексия является источником внутреннего опыта, способом самопознания и необходимым инструментом мышления.

В исследованиях современных философов (А.В. Архангельский, Л.П. Буева, А.Г. Здравомыслов, М.С. Каган, В.Н. Сагатовский и др.) дается глубокий анализ теории ценностей, позволяющей раскрыть новые стороны действительности и человеческих отношений, связанные с выбором людьми их жизненных ориентиров. Ценностью может быть не только то, что существует, но и то, что еще надо осуществить. Ценности, следовательно, могут быть и существующими, и желаемыми, и идеальными. Ценность есть единство объективного и субъективного, абсолютного и относительного, прошлого, настоящего и будущего. В ее содержании подчеркивается, что нужно, полезно, важно и необходимо для дальнейшего развития человека.

Исследователи-психологи (М.Ш. Бобнева, О.И. Зотова и др.) считают, что ценностные ориентации представляют собой важнейший компонент структуры личности, который определяет ее поведение и отношение к окружающему миру. Личность человека создают ценностные ориентации, которые складываются в ее жизненном опыте и которые он проецирует на свое будущее (В.С. Мухина).

Объективные ценности мира должны стать предметом осознания, переживания как особых потребностей личности, стать субъективно значимыми, устойчивыми жизненными ориентирами личности, ее ценностными ориентациями (А.В. Кирьякова).

Понимание значимости планирования своих жизненных перспектив способствует познавательной направленности студента и направленности на поиск и определение новых жизненных ориентиров и ценностных ориентаций.

Под познавательной направленностью мы понимаем его отношение к деятельности на уроке, ее содержанию и, прежде всего, наличие познавательных склонностей и интересов; наличие потребностей и желание

проникнуть в сущность явлений, предметов, процессов.

Определение значимости проблем, волнующих студента важно для понимания уровня развития его личности. Перефразируя известную поговорку - скажи мне, что тебя волнует, и я скажу, кто ты. Одного волнуют проблемы текущего дня, озабоченность по приобретению материальных ценностей, другого, кроме этого, волнует его успешность в учебе, как его оценивают в обществе, как добиться успеха в жизни. Третьего - проблемы самореализации его личности в профессии, творчестве, проблемы самопознания, смысла его жизни.

Владение умениями рефлексивной деятельности позволяет студенту осознать свою индивидуальность, уникальность и предназначение, которые «высвечиваются» из анализа его предметной деятельности и ее продуктов, поскольку обучающийся проявляет себя в тех приоритетных для него областях бытия и способах деятельности, которые присущи его индивидуальности.

Мы выделяем три уровня сформированности личностного опыта студента в сфере становления его жизненных планов: высокий, средний, низкий.

Методами, актуализирующими личностные искания студента, его когнитивные и жизненные проблемы, направляющие рефлексивный поиск их решения, выступают эвристические методы.

Эвристические методы - это система эвристических правил деятельности педагога (методы преподавания) и деятельности обучающегося (методы учения), разработанные с учетом закономерностей и принципов педагогического управления и самоуправления в целях развития интуитивных процедур деятельности студентов в решении творческих задач.

Мы выявили, что эвристические методы обучения обладают педагогическим потенциалом для развития личностного опыта студента: когнитивные методы эвристического обучения воздействуют на развитие представления о путях самореализации в будущей профессиональной сфере (содержательный компонент личностного опыта студента); оргдеятельностные способствуют развитию потребности в творческой самореализации (мотивационный компонент личностного опыта); креативные – развитию умений рефлексии и самоорганизации в учебной деятельности (операциональный компонент личностного опыта студента).

С помощью различных методик (анкета на определение личностных качеств; анкета по определению уровня сформированности личностного опыта студента в сфере его жизненных планов; анкета на определение содержания и личностно-развивающей значимости проблем, волнующих студента; опрос; беседа; тест смысложизненных ориентаций Леонтьева) мы изучили уровень развития личностного опыта студентов, что позволило выявить проблемы в их личностной сфере: недостаточно сформированные умения студентов ставить цели, планировать ближайшее и отдаленное будущее, оценивать результаты своей деятельности, не готовность к диалогу, не понимание значимости и смысла планирования своих жизненных перспектив.

Используя знания о личностных качествах студента, опираясь на его хорошо сформированные умения, мы смогли организовывать ситуации

развития личностного опыта студента, что являлось вторым условием.

Мы разработали ситуации развития личностного опыта студента: осознания ценности профессиональной деятельности, самореализации в учебной деятельности, создания жизненных планов, установок и перспектив.

Последовательная организация ситуаций была продиктована тем, что первоначально студент должен осознать причины, побудившие его поступить в университет, осознать важность своего выбора, понять ценность профессионально-педагогической деятельности и, наконец, значимость планирования своих жизненных перспектив.

При организации ситуаций первого типа студенты получили представления о своей будущей профессии, о категориях педагогической этики.

Вторая ситуация способствовала реализации студентов в учебной деятельности, активизации проблем самовоспитания и саморазвития. Целью на данном этапе выступало 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 превращались в смыслообразующие мотивы личности. В предложенных ситуациях студенты конструировали свои жизненные планы и перспективы.

Эвристические методы обучения применялись на каждом этапе развития личностного опыта студента (проблемно-поисковом, рефлексивно-смысловом, ценностно-мотивационном) для актуализации ситуаций осознания ценности профессионально-педагогической деятельности, самореализации в учебной деятельности, создания жизненных установок, планов, перспектив.

Проведя контрольный срез в конце эксперимента, мы получили определенные результаты и получили доказательство динамики процесса развития личностного опыта студента на основе применения эвристических методов обучения.

Перспективными направлениями дальнейших научных поисков в области развития личностного опыта может стать: организация психолого-педагогического сопровождения формирования и развития личностного опыта обучающихся различных возрастных категорий.

ИНФРАСТРУКТУРА ОБЩЕГО ОБРАЗОВАНИЯ: ОСОБЕННОСТИ ОРЕНБУРГСКОГО РЕГИОНА

Попов Е.Б. – доцент кафедры иностранных языков, к.п.н.

Качественная характеристика образования и его динамические показатели в той или иной степени предопределяются провозглашаемой и реализуемой в обществе образовательной политикой, которая выступает как совокупность педагогических ориентиров и средств достижения определенных политических целей. В современной России, наряду с органами

государственной власти, естественными факторами формирования образовательной политики все более активно начинают выступать институты рыночной экономики и создаваемые на местах различные формы самоорганизации гражданского общества. Рассмотрим специфику взаимовлияния этих факторов.

Рынок, как один из факторов формирования образовательной политики, предполагает переход на договорные отношения менеджера, педагога и обучаемого, где договор выступает культурным механизмом, регулирующим отношения, возникающие между людьми (их установками, взглядами, предпочтениями, желаниями и возможностями) на принципах согласования прав и ответственности. В то же время 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». Подобный потребительский подход к общему образованию 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; спонсирование (дополнительное финансирование) образовательных учреждений и педагогов, добивающихся успехов в повышении качества образования; содействие специализации и дифференцированию образования; содействие развитию системы дополнительных образовательных услуг профессиональной направленности и рекреации. Тем самым, рынок сам заставляет учиться, при этом создавая все новые формы и виды образовательных услуг. Однако движущим фактором всех этих изменений выступает отнюдь не ориентация на «саморазвитие обучаемого», а коммерческая выгода и рациональный расчет.

Что касается возможностей становления гражданского общества, то, в отличие от государства, которое заинтересовано в управляемости общества за счет жесткой регламентации отношений, институты гражданского общества, напротив, выступают как сфера проявления свободы частных лиц в отношениях друг с другом, в которой люди реализуют свои личные интересы и осуществляют свой собственный выбор. В современных условиях меняющейся России можно констатировать, что управленческие решения властных органов уже не могут выступать в качестве оптимальной оперативной реакции, адекватной реальной ситуации, которая складывается в образовании на местах. Подобное состояние вызвано целым рядом обстоятельств, среди которых можно назвать то, что в реальной ситуации возникает много непредвиденных «директивой» нюансов, а также то, что актуальным становится «регионализм» в определении образовательной политики со своей этнокультурной, политико-экономической и кадровой спецификой.

Основным мотивом возрождения идеи гражданского общества в

современной России выступает протест против чрезмерного влияния и разрастания роли государства в общественной системе. 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. 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.

Подобная природа гражданского общества позволяет утверждать, что именно самоорганизующиеся институты гражданского общества способны сыграть роль источников инноваций в сфере образования, создавая условия, благодаря которым отдельные люди или объединения, формально не облеченные властными полномочиями, способны взять на себя ответственность выражать интересы других людей из своего ближайшего окружения; при этом и у общества появляется новая ответственность – вознаграждать конструктивные инициативы своих наиболее активных членов.

Подобную структуру, в которой сочеталась бы деятельность субъектов управления государственной и общественной природы, принято называть государственно-общественным управлением. Очевидно, что государственно-общественное управление в сфере образования не составляет арифметическую сумму государственных и общественных структур управления, а представляет собой систему, основанную на добровольном принятии государством и гражданами определенных обязательств в управлении образованием.

Содержание государственно-общественного управления составляет деятельность его субъектов по двум направлениям:

- обеспечение функционирования образовательной сферы: участие в подготовке, принятии и реализации нормативно-правовой базы; взаимодействие государственных органов и общественных объединений и организаций, способствующих гармонизации, гуманизации и гражданско-правовому закреплению разнообразных организационных и организационно-правовых форм взаимоотношений участников образовательного процесса; привлечение в образование сил и средств юридических и физических лиц;

- развитие системы образования; разработка и реализация соответствующих программ, в том числе направленных на его модернизацию; совершенствование содержания, форм и методов образовательной деятельности; подготовка, принятие и введение в действие нормативных документов по мерам стимулирования деятельности учреждений образования и органов управления им.

В организационную структуру государственно-общественного управления образованием, наряду с властными органами, входят общественно-педагогические движения, неправительственные фонды, политические объединения, а также крупный, средний и малый бизнес.

В ситуации частичного делегирования своих полномочий властным органам приходится упрощать те формальные преграды, которые ранее блокировали любое несанкционированное проявления педагогического поиска и инициативы. При этом следует отчетливо представлять, что государству несвойственно руководить инновационными процессами (это противоречит самой природе инноваций), так как оно не в силах тотально контролировать и определять их результативность – это дело независимой экспертизы. Поэтому многие управленческие функции в сфере образования государство вынуждено разделять с институтами гражданского общества и соотносить с потребностями рыночной экономики.

Таблица. Разделение сфер компетентности и ответственности в определении образовательной политики.

Государство	Гражданское общество	Рынок
<p>Сфера интересов – преимущественно стратегия образования:</p> <ul style="list-style-type: none"> - определение стратегии, общего содержания и форм образования; прогноз развития; - создание системы государственных образовательных учреждений; - обеспечение финансирования этих учреждений и их работников; - обеспечение доступности и разнообразное ресурсное обеспечение образования; - нормативно-правовое обеспечение всех типов образовательных учреждений; - разработка рекомендуемого базисного плана и примерных программ; - издание типовых учебников и пособий в соответствии с этими программами; 	<p>Сфера интересов – преимущественно тактика образования:</p> <ul style="list-style-type: none"> - организация, поддержка и развитие инновационного движения в образовании; - организация работы профессиональных союзов и ассоциаций в сфере образования; - обеспечение работы попечительских и родительских советов в образовательных учреждениях; - экспертиза и оценка качества образования, программ, учебников, образовательных учреждений; - общественный контроль системы государственных экзаменов; - разработка и апробация альтернативных нормативных документов; - реализация альтернативных проектов в организации дополнительного образования, досуга детей, 	<p>Сфера интересов – преимущественно результаты образования:</p> <ul style="list-style-type: none"> - дополнительное финансирование образовательных учреждений и педагогов, добивающихся успехов в повышении качества образования (спонсорство); - внедрение в сферу образования технократических регулятивов (быстрее, больше, эффективнее, дешевле и пр.) - переход на договорные отношения педагога и обучаемого: «клиент – исполнитель»; - содействие специализации и дифференцированию образования; - профессиональная направленность содержания учебной деятельности в рамках общего образования; - модернизация

<p>- разработка общих принципов аттестации и лицензирования образовательных учреждений;</p> <p>- организация системы единых государственных экзаменов;</p> <p>- обеспечение правовой защиты воспитанникам, образовательным учреждениям и их работникам;</p> <p>- обеспечение системы повышения квалификации работников образования.</p>	<p>их летнего отдыха и труда;</p> <p>- развитие сотрудничества с различными общественными организациями и деловыми кругами;</p> <p>- организация совместной деятельности учреждений сферы образования и культуры;</p> <p>- организация альтернативных форм повышения квалификации работников образования;</p> <p>- защита образовательных учреждений от возможного произвола и некомпетентности органов управления.</p>	<p>содержания образования в соответствии с изменяющимися условиями рынка;</p> <p>- содействие развитию системы дополнительных образовательных услуг профессиональной направленности;</p> <p>- проявление конкуренции в умышленном ограничении, искажении или утаивании информации определенного содержания, имеющей коммерческую ценность.</p>
---	---	--

Федеративное устройство нашего государства с необходимостью предполагает изучение всех выделенных выше факторов формирования образовательной политики через призму специфики региональных условий создания и реализации этой политики. Общенаучное понятие «регион» определяется как относительно самостоятельная пространственно-географическая, институционально-политическая, этническая, социальная, административно-территориальная и историко-культурная единица. Региональные особенности образовательных систем естественны, обусловлены, воспроизводимы и необходимы для эффективного функционирования этих систем в конкретных условиях образовательного пространства. Основными составляющими региональности выступают:

- ландшафтно-экологическая локализованность жизнедеятельности человека, имеющая пространственно-временную, материальную и энергетическую выраженность;
- архитектурно-планировочная среда проживания (тип поселения);
- социальная инфраструктура (место проживания и занятости, системы коммуникации, сети учреждений обслуживания и досуга);
- этнокультурная составляющая: моно- или поликультурная среда;
- историко-культурный потенциал;
- административная иерархия управления и интеграции различных составляющих региона;
- оппозиция «провинция – центр»;
- экономическая самостоятельность: регион-донор или дотационный район.

Среди социальных субъектов, способных влиять на формирование и реализацию образовательной политики в регионе, традиционно выделяют:

- профессиональные педагогические объединения и педагогические движения в регионе;
- научные школы и научно-исследовательские центры, профессиональные

педагогические институты;

- органы управления образованием;
- общественно-политические союзы и группы;
- местные средства массовой информации и издательства;
- конфессиональные объединения;
- землячества, этнические союзы, объединения и фонды;
- профессиональные (непедагогические) объединения, профсоюзы;
- ассоциации ветеранов, спортсменов и т.п.;
- ситуативные объединения (перед выборами, в ходе политических кампаний и т.п.).

Тем самым, приведенные выше аргументы позволяют утверждать, что государственные органы, гражданское общество и рынок как факторы формирования образовательной политики в реальной педагогической действительности опосредуются спецификой региональных условий.

Рассмотрим, как это осуществляется в рамках конкретного региона – в Оренбургской области - с территорией около 1% от всей площади Российской Федерации и с населением более 2 миллионов человек. Эта область с ее пограничным расположением в течение многих веков являлась той точкой, где, по словам Н.А. Бердяева, «столкнулись и смешались два потока мировой истории – восточной и западной», а посему геополитическая специфика Оренбургской области, прежде всего, сводится к следующим обстоятельствам:

- соседство с северо-западными областями Казахстана, юго-западными районами Башкортостана и Татарстана;
- транспортный и железнодорожный узел, связывающий Россию со странами Азии, ранее входившими в СССР (Узбекистан, Туркмения, Таджикистан, Киргизия);
- многонациональный и многоконфессиональный состав населения; на территории области в течение многих лет проживают представители более 80 национальностей различной этнической и религиозной принадлежности; в области действуют более 140 школ с изучением родного (не русского) языка;
- большая территория с низкой плотностью расселения;
- исторически сложившийся аграрный регион с развивающейся в последние двадцать лет нефте- и газодобывающей промышленностью;
- слабовыраженный социокультурный статус в масштабах страны, низкий уровень освоения исторического культурного фонда, накопленного в регионе.

В системе образования Оренбургской области на 1 сентября 2003 года действовали следующие образовательные учреждения: 1608 общеобразовательных учреждений, в том числе 1223 сельские школы, 60 учреждений начального профессионального образования; 45 самостоятельных средних специальных учебных заведений и 8 филиалов техникумов; 6 самостоятельных государственных высших учебных заведений, 18 филиалов государственных вузов России, 11 филиалов негосударственных вузов; 87 учреждений дополнительного образования.

Подготовка педагогических кадров в регионе осуществляется Оренбургским государственным педагогическим университетом (ОГПУ),

Оренбургским государственным университетом (ОГУ), Орским государственным технологическим институтом (ОрГТИ), педагогическими колледжами и училищами в различных городах области.

В регионе активно происходит становление научно-методических центров при Оренбургском госуниверситете, педагогическом университете, областном ИИУ; ведется работа по созданию Университетского (учебного) округа.

Как уже отмечалось, Оренбургская область исторически была и остается сельскохозяйственным краем, на развитие которого в последние десятилетия существенную роль оказывают промышленные концентры таких городов как Новотроицк, Оренбург, Орск и предприятия нефте- и газодобывающих отраслей в Бугурусланском, Бузулуцком, Оренбургском, Первомайском районах. Подобная ситуация позволяет говорить о существовании в образовательном пространстве региона двух качественных подструктур: сельского и городского компонентов системы образования области.

Рассмотрим характеристику городской подструктуры региональной системы образования на примере областного центра - города Оренбурга. Общий уровень образования населения в областном центре наиболее высокий среди городов и райцентров области. В Оренбурге на 1000 жителей приходится 138 человек с высшим и 216 человек со средне-специальным образованием.

Информальная подструктура системы образования в городе может быть описана на примере следующих институтов: многонациональный состав жителей (самые многочисленные группы: русские - более 80%, 4% - украинцы, 1,3% - казахи); разнообразие культовых зданий (более 10 православных церквей, в два раза меньше минаретов, единичные храмы католической и протестантской церквей, молельные дома различных сект); в городе действует сеть из 23 муниципальных библиотек; среди культурных центров можно назвать 4 музея, 5 театров, 7 кинотеатров, цирк, 4 стадиона; в Оренбурге действуют одиннадцать телеканалов (среди них – канал «Культура»), кроме программ государственной радиокompании жители города могут слушать передачи более десяти коммерческих радиостанций; наряду с центральными печатными изданиями в городе существуют более двадцати различных местных газет и журналов.

Теперь рассмотрим характеристику формального и неформального секторов образовательного пространства, сформировавшегося в Оренбурге. Муниципальная система образования в 2001 году была представлена всеми типами и видами ОУ: дошкольными, общеобразовательными, дополнительного образования, интернатными учреждениями. В обеспечении непрерывного образования, подготовке ребенка к школьной жизни особую роль играет сеть дошкольных учреждений. В городе 134 дошкольных учреждения, 26 детских садов.

Сеть общеобразовательных учреждений представлена 97 школами (средних - 77, основных - 11, начальных – 9). 38% учебных заведений - повышенного уровня: 5 гимназий, 5 лицеев, 2 школы 3-ей ступени, 27 школ с углубленным изучением отдельных предметов, специализированная школа-

интернат с первоначальной летной подготовкой им. И.И. Неплюева.

В городе функционируют 3 негосударственных образовательных учреждения, 3 школы предоставляют возможность изучения родного языка (татарского, еврейского), национальных традиций и культуры.

В целом сложившаяся в городе система общего образования характеризуется доминированием государственных (муниципальных) учебных учреждений, наряду с которыми существуют немногочисленные частные и негосударственные заведения, оказывающие образовательные услуги. Территориально можно говорить о существовании в городе целого ряда специфичных по своим возможностям сегментов образовательного пространства: исторический центр города (с наибольшей насыщенностью культурных и образовательных учреждений), промышленный район Степного поселка (где инфраструктура образования активно развивается), зауральный район Южного поселка и западный район поселка Маяк (со слабо развитой инфраструктурой сельского типа), район Восточного поселка (ориентированный на возможности исторического центра), «новорусский» пригород (инфраструктура этого сектора еще только в стадии становления, и это наиболее динамичная структура).

Что касается образовательных учреждений в сельских районах области, то для них характерны следующие особенности:

- малокомплектность и недоукомплектованность квалифицированными кадрами; текучесть молодых специалистов вносит нестабильность в работу школы и порождает такое явление как учитель-многопредметник;

- малочисленность учащихся сельских школ порождает психологическое однообразие жизни школьного сообщества;

- ограниченность информационно-методического обеспечения сочетается со слабой материально-технической базой;

- особые социальные условия (слабая инфраструктура, изолированность, отдаленность, безальтернативность) обуславливают необходимость выполнения школой многочисленных социально-педагогических функций, когда школа выступает инициатором социальной работы с детьми и их семьями;

- в отличие от города на селе ученик территориально прикреплен к единственному в селении образовательному учреждению, что лишает какой-либо возможности выбора, а с другой стороны, это порождает стихийную интегративность, когда в одном классе обучаются дети с разными задатками, уровнем обученности и состоянием психического и физического здоровья;

- работа сельского учителя осуществляется в условиях постоянного внешнего контроля со стороны односельчан;

- затруднения в своевременном повышении педагогами своей квалификации и, как результат, низкая формальная конкурентоспособность выпускников сельских школ, что проявляется, прежде всего, на возможностях поступления в вузы.

Спецификой сельских условий, в которых функционируют образовательные учреждения, можно считать:

- низкий уровень жизни, где натуральное хозяйство является основным источником дохода;
- удаленность от культурных центров, ограниченность социокультурной сферы, слабая ее материальная база, унификация сфер жизнедеятельности, сложные бытовые условия;
- безальтернативное функционирование государственных учреждений в сфере образовательных услуг (за исключением неформальной и неофициальной практики частного репетиторства).

Обозначенные выше социокультурные особенности двух региональных подструктур сочетаются определенным расхождением доминант в общественном сознании и приоритетах сельских жителей и горожан по вопросам образования. Так, например, результаты исследования ценностных ориентаций школьников показывают, что приоритеты городских и сельских школьников частично дистанцированы. К ментальным основам сельского ученичества относятся: соборность, «мир» как основа и предпосылка существования крестьянина; патриархат и уважение к старшим; религиозно-нравственные начала коллективной жизни; общественное мнение; земля и справедливое распределение. В то время как у городских учащихся выделяются ценности конкретные, «осязаемые», дающие результат «здесь и сейчас», доходящие до жесткого прагматизма; лидирующее положение занимают такие ценности как «крепкое здоровье», «наличие дружной семьи, домашнего уюта», «гармоничные отношения с близкими людьми», «уверенность в себе, сильная воля». При этом в городских поселениях с дифференциацией школ на «обычные общеобразовательные», «специализированные», вечерние (сменные) и «школы повышенного уровня трудности (лицей, колледжи, гимназии и т.п.) существует значительное расхождение в отношении школьников к образованию, к школе, к жизненным планам в зависимости от статуса посещаемой школы. Подобная социальная дифференциация закрепляется качеством общеобразовательной подготовки, а значит, разными возможностями молодых людей в их жизненном самоопределении.

Обозначенные выше особенности функционирования учебных заведений в городе и селе накладывают свою специфику на формирование образовательной политики в регионе. Изучением этой специфики занимаются не только работники органов управления образованием, но и представители создаваемых в области научных школ. Научные педагогические школы – это сообщества ученых, их последователей и приверженцев в сфере педагогической практики, придерживающиеся определенных воззрений на цели образования и пути их достижения. В последнее десятилетие в Оренбурге были созданы собственные институты, направляющие и аккумулирующие педагогическую научно-исследовательскую работу в регионе. Содержание и динамику этой работы можно проследить на примере деятельности диссертационных советов при ОГПУ (с 1995 года) и при ОГУ (с 1999 года). В качестве базы экспериментальной работы в большинстве исследований выступали, прежде всего, образовательные учреждения города Оренбурга и Оренбургского района (различные факультеты Оренбургского педагогического университета и

Оренбургского государственного университета, педагогические колледжи, экспериментальные и профильные школы, Областной центр детского и юношеского творчества, Объединение «Подросток», ряд дошкольных и общеобразовательных учреждений, институт усовершенствования учителей, филиал военного университета пртивовоздушной обороны РФ), некоторые исследования проведены в других крупных городских поселениях области: Орске, Бугуруслане, Гае, Медногорске, Новотроицке, а также на базе сельских районов: Акбулакского, Саракташского, Новосергиевского.

Созданные в Оренбурге научные школы поддерживают тесную связь с другими регионами страны: некоторые диссертационные исследования, представленные здесь на защиту, проведены на базе образовательных учреждений в Ханты-Мансийском округе (Сургут), в Башкирии (города Уфа, Стерлитамак, Кумертау, Бирск), в Казахстане (Актобе).

Что касается доступности информации о происходящих изменениях в сфере образования, то ход реализации педагогических проектов в регионе и анализ полученных результатов распространяются через издательскую деятельность (брошюры об итогах работы), через средства массовой информации (статьи в местной печати, интервью для местного радио и телевидения), через научные издания при высших учебных заведениях. Силами областного ИУУ подготавливаются и распространяются компакт-диски с наработками в рамках отдельных проектов. На сайтах www.ooirkro.nm.ru (региональный банк педагогической информации, разработчик – Оренбургский областной институт повышения квалификации работников образования), www.orenburg.ru (сайт Администрации Оренбургской области) представлены: информационная часть некоторых из осуществляемых в регионе проектов, итоги по этапам работы, общая итоговая информация. Результаты экспериментальной работы обсуждаются на регулярных научно-практических конференциях с участием представителей педагогического сообщества из разных районов области. Ежегодными стали областные конкурсы профессионального мастерства «Учитель Оренбуржья», «Лидер образования Оренбуржья», «Сердце отдаю детям», «Психолог года» и др.

Изучение результатов проводимых в регионе научных исследований той ситуации, которая сложилась в системе общего образования Оренбургской области, позволяет выделить основные области затруднений, с которыми приходится сталкиваться субъектам управления образованием и педагогам при изменении регионального образовательного пространства:

а) социально-экономические факторы:

- наличие объективных ограничений и «пределов роста», сдерживающих любое социальное развитие, а именно: стереотипы поведения и общественных отношений; ограниченная численность населения в конкретных населенных пунктах и районах проживания; ограниченные энергетические ресурсы; пределы информационного насыщения пространства и структурирования времени; ограниченное количество учебных заведений в рамках территории;

- сложившаяся практика безразличия со стороны местных органов власти и структур управления образованием к педагогическим инициативам как к

хаотичной «общественности», то есть отрицание за институтами гражданского общества способности к самоорганизации и целенаправленной деятельности в сфере образования;

- восприятие социальных нововведений со стороны властных структур как угрозы определенному сложившемуся общественному устройству, поскольку они противоречат авторитарному способу управления и ставят под сомнение саму необходимость существования бюрократов; стремление местных руководителей и государственных чиновников к построению вертикально-иерархических отношений с лицами и организациями, представляющими гражданские инициативы местного сообщества;

- низкий жизненный уровень абсолютного большинства населения, который не позволяет возместить затраты на повышение качества и расширение образовательных услуг; недостаточная обеспеченность жильём или плохие жилищные условия педагогов и обучаемых;

- социальная напряженность, связанная как с нестабильной экономической ситуацией, так и с постоянным нагнетанием обстановки вокруг преступности и террористических актов; ухудшение здоровья обучающихся и обучающихся, связанное с общей неблагоприятной экологической обстановкой;

- отечественный рынок формируется с опорой на крупный бизнес, который, как правило, связан с сырьевой сферой, и в то же время малый и средний бизнес не приобрел еще того значения, который позволил бы им обеспечивать в регионе противодействие социально-экономическим монополиям за счет создания благоприятных условий для многообразия социального поведения.

б) факторы организационного обеспечения образовательного пространства:

- ведомственный подход к управлению в сфере образования, что порождает местничество и ведомственную разобщенность;

- отсутствие у функционеров от образования побудительных мотивов к реальным изменениям;

- отток социально активной интеллигенции из учреждений образования и как результат – текучесть кадров;

- незначительные правовые полномочия и финансовые возможности общественных институтов по координации и управлению в сфере отечественного общего образования;

- экспансия развлекательных программ и каналов на телевидении, радио, в сети Интернет; замещение ими других источников получения информации и структурирования человеком свободного времени;

- отсутствие региональной политики в области общего образования взрослых, проявляющееся в несогласованной деятельности государственных и неправительственных организаций, политических объединений, работодателей и профсоюзов, средств массовой информации, местных органов по проблемам образования;

- недооценка роли образования на протяжении всей жизни человека, что порождает фрагментарное изучение педагогических проблем и ограничивает

возможности науки в изучении феноменов индивидуального развития человека на разных этапах его жизни;

- отсутствие сколь-нибудь действенной формы организации и консолидации педагогической общественности на местах; что касается объединений родителей, играющих весьма важную роль во многих странах Европы, то все попытки создать их в конкретных условиях регионов, в лучшем случае, оборачиваются созданием спонсорских групп поддержки на местном уровне;

- остаточный принцип финансирования образования;

- отсутствие доступных для населения централизованных институтов сбора и предоставления достоверной информации об образовательных учреждениях в регионе.

в) факторы на уровне профессионального педагогического образования:

- дефицит профессионалов, имеющих практический опыт в сфере нововведений;

- отсутствие механизмов профессионального сопровождения выпускников педагогических вузов и училищ в их первые годы самостоятельной работы.

г) факторы на уровне педагогического сознания:

- для педагогического сознания характерно мифотворчество, которое предполагает, что лишь определенный подход или технология является единственно верным, «оптимальным». Мифологизация основывается на совокупности некритично воспринятых идей и ценностей (мифологем) из сферы идеологии и общественной психологии, из установок восприятия (мифем), основанных на иррационально мистическом принципе познания мира, коллективных стереотипах поведения и на обыденном уровне сознания. Основная опасность мифологизации связана с тем, что подобное явление ведет к созданию унифицированного единого нормативного поля на всех уровнях педагогической действительности: в педагогической теории как системе педагогических идей; в педагогическом сознании как событийном осмыслении практики воспитания; в педагогической практике как осознанном действии субъектов образовательного процесса; в педагогических обычаях как неосознанных практических действиях, стереотипах взаимодействия и отношений воспитанников и воспитателей. Механизм фетишизации и мифологизации сколь-нибудь эффективных методик задействуется для решения «благих целей», когда их пытаются в приказном порядке «внедрить» и «сделать достоянием» массовой практики. Однако жажда «большого скачка» рано или поздно превращается в имитацию скачка - возникают образцовые ситуации, праздники, клубы, открытые уроки, которые никак или почти никак не связаны с общим положением дел, создавая ложный образ учебного заведения, прежде всего, у самих педагогов. Само это движение превращается в некий неправдоподобный, выдуманный процесс, по дескредитации изначальной сути происходящего. И в результате задействованными оказываются лишь механизмы мимикрии, когда в педагогическом сознании срабатывает защитная установка: «Знаю, согласен, это просто замечательно, но

сам не могу и не хочу».

- неадекватное материальное вознаграждение педагогического труда так же имеет негативное влияние на восприятие педагогом своего труда и его востребованность обществом.

Представленные в статье основные характеристики образовательного пространства Оренбургской области позволяют перейти к прогнозированию возможных сценариев развития ситуации в данном регионе с обозначением тех пределов роста и рисков, с которыми связан каждый из сценариев.

Сценарий 1. Доминирование квази-гражданской формы самоорганизации регионального сообщества в виде довольно жестких социальных «кланов», основанных на родственных, этнических и профессиональных связях, может привести к следующим последствиям:

- создание элитарных учебных заведений формального сектора, недоступных для абсолютного большинства населения, с жесткими требованиями отбора, которые явно или негласно ориентированы на принадлежность к определенным социальным группам в регионе;

- возникновение учебных заведений, ориентированных на сохранение этнического своеобразия культуры малых народностей, проживающих в социуме;

- усиление процессов разделения всей инфраструктуры общего образования на городской (неоднородный изнутри) и сельский тип образовательного пространства.

Тактические риски, которые возможны в ходе реализации Сценария 1:

- в силу сложившейся в стране «вертикали власти» процесс формирования образовательной политики в субъектах Федерации может полностью перейти в руки должностных лиц, представляющих интересы крупных городских поселений и, прежде всего, столицы региона, что в свою очередь связано с пренебрежением или недооценкой интересов и специфики работы в сельских поселениях;

- фактическое нарушение принципов равенства возможностей граждан в сфере образования;

- рост неприязни сельских жителей к горожанам, усиливаемый различиями в возможностях и качестве образовательных услуг в крупных и малых населенных пунктах;

- возникновение радикально направленных национальных школ, цели и содержание обучения в которых направлено на жесткое отмежевание от официальных критериев образования, может сопровождаться нагнетанием атмосферы межэтнической розни и нетерпимости между представителями различных этнических групп и религиозных конфессий в самом малом социуме.

Сценарий 2. Усиление специализации в формальном образовании за счет сокращения финансирования общеобразовательных и просветительских проектов; и как результат – просветительская и воспитательная работы вытесняется из целей и содержания работы средней школы и искусственно переводится в сферу дополнительного образования.

«Тактические» риски, возникновение которых возможно в Сценарии 2:

- искусственное допрофессиональное разделение учащихся средней школы, во многом предопределяющее дальнейшую судьбу обучаемых;
- превращение общеобразовательных школ в учреждения с узкими учебными целями по углубленной подготовке обучаемых в определенной предметной сфере может повлечь за собой снижение уровня общей культуры в социуме, так как услугами учреждений дополнительного образования пользуется лишь наиболее социально активная часть населения;
- специализация предполагает наличие серьезной учебной базы и коллектива высококвалифицированных преподавателей, что возможно лишь в крупных населенных пунктах, а следовательно, возрастет число сторонников кампании по «оптимизации» системы образования в сельских районах через закрытие ряда «неперспективных» сельских школ.

Среди возможных способов снятия этих рисков можно назвать следующие действия:

- представление на конкурсной основе дополнительных источников финансирования проектов в виде системы грантов, распределяемых независимыми экспертами;
- создание доступной сети услуг дополнительного образования, что позволит в той или иной степени компенсировать недостатки узкой специализации базового образования.

Сценарий 3. Сокращение бюджетного финансирования образования, сочетаемое с коммерциализацией всей инфраструктуры общего образования, позволит властным структурам переложить бремя денежного субсидирования с государства непосредственно на обучаемого или на его представителей.

Риски, возникновение которых возможно в ходе реализации Сценария 3:

- коммерциализация общего образования может привести к формальной легализации «покупаемости образования» в виде желаемого формального результата, будь то аттестат, диплом или другой документ, подтверждающий «уровень обученности», тем самым рынок образовательных услуг может превратиться в элементарную «торговлю сертификатами» по договорной цене;
- многие образовательные учреждения могут лишиться базы и зданий, в которых они размещаются, так как их вытеснят с «полезной площади» другие коммерческие структуры, способные приносить больший экономический доход для «хозяев» данной территориально-административной единицы.

Возможным способом снятия подобных рисков может служить реальное разделение полномочий между государством, общественными институтами и рынком в формировании и осуществлении образовательной политики.

Сценарий 4. Создание разветвленной маркетинговой системы по предоставлению образовательных услуг, нацеленных на «доводку» уровня обученности и «добивание огрехов» государственного сектора образования в интересах тех, кому нужен высокий балл успеваемости для продолжения образования в формальном секторе.

Предполагаемые тактические риски:

- риск ухудшения ситуации в системе формального образования за счет создания эффекта «чем хуже, тем лучше», когда одни и те же люди получают оплату за учебную нагрузку в учебном заведении, а затем требуют дополнительного финансового поощрения за «дополнительное» индивидуальное консультирование своих же обучаемых во «внеурочное время»;

- риск расширения эгоистически-корпоративных интересов у некоторых руководителей образовательных учреждений и потребности их осуществления за счет «клиентов», других членов малого социума, других учебных заведений, а то и за счет сообщества в целом;

- риск появления псевдо-проектов, возникающих на короткий промежуток времени, технологично создаваемых с помощью PR-кампаний, критикующих традиционные формы обучения и рекламирующих некий новый «супер-метод», но в конечном итоге нацеленных на элементарное «выкачивание» денег из населения.

Сценарий 5. Самодостаточное создание и развитие «педагогических концепций» на уровне научных школ, вызванные растущей потребностью в количестве «остепененных» специалистов, но не обеспеченные ни материальной базой для создания долгосрочных экспериментальных площадок, ни реальными механизмами и полномочиями осуществления разрабатываемых концепций. В такой ситуации педагогическая практика начинает существовать в «другом измерении» от логично выстраиваемых теоретических построений в форме авторских лекций, учебных пособий по педагогике, системе квалификационных экзаменов по предлагаемому курсу, когда спекулятивные построения не претендуют на какое-либо последствие в реальной педагогической практике.

Такой сценарий может быть связан с риском искусственного создание фильтра «элитарного доступа» к диссертационному фонду, так как представленные и защищенные результаты научного поиска становятся, скорее, «книгами для специального пользования» в качестве источника и базы для написания диссертационных работ другими соискателями научных степеней, при этом возможно создание ситуации «двойного стандарта» с расхождением между «литературой для практикующих педагогов» (в виде инструкций, подборки «мудрых наставлений и советов», авторских описаний отдельно взятых примеров из их педагогической практики) и «научной литературой» (в виде статистических подборок, глобальных обобщений, умозрительных построений, оформленных в терминах «высокой науки»).

Среди возможных способов снятия подобного риска можно назвать, во-первых, поиск источников дополнительного финансирования научной работы, что позволило бы создать и поддерживать достойную материальную базу для научных исследований, во-вторых, создание в регионе нескольких самостоятельных научно-педагогических центров, выступающих друг для друга в роли своеобразных оппонентов и составляющих друг другу определенную альтернативу.

ПСИХОЛОГО-ПЕДАГОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО САМОВОСПИТАНИЯ СТУДЕНЧЕСКОЙ МОЛОДЕЖИ

Тухватуллин М.К. – зав. курсом физической культуры, к.п.н.

I. Профессиональное самовоспитание студенческой молодежи как социально-педагогическая проблема.

Под самовоспитанием в широком смысле слова ученые понимают сознательную и целенаправленную работу личности по формированию и совершенствованию у себя положительных и устранению отрицательных качеств (Б.А. Бенедиктов, С.Б. Бенедиктов).

Для студенческой молодежи работа над собой имеет особое значение, так как будущий специалист скорее становится, чем он есть. Однако такое возможно, как отмечают психологи, если деятельность, которую выполняет человек, всегда контролируется сознанием. Причем, контролер должен обладать высоким уровнем профессионального самосознания, иметь истинные знания о себе, правильную самооценку (А.И. Донцов).

Самовоспитание обусловлено рядом объективных и субъективных причин: стремлением стать одним из лучших специалистов в районе, городе, а также требованиями работодателя к выпускникам учебных заведений, их качествам личности. Под влиянием этих причин создаются внутренние предпосылки для самовоспитания, формируются потребности, убеждения, уточняются жизненные цели и идеалы. Самовоспитуемый, как через сито, их пропускает. Цели ставятся все осознаннее. Ученые считают, что самовоспитание складывается из следующих компонентов:

- самоанализ личностного развития;
- самоотчет;
- самоконтроль.

Для того, чтобы успешно осуществить процесс самовоспитания, необходимо овладеть такими приемами, как самоободрение, самосуждение, самовнушение, самоубеждение и самоанализ. Самовоспитание связано с возрастом личности. Оно чаще всего возникает в подростковом возрасте. Но его можно, по мнению ученых, наблюдать и в поведении людей более раннего и более позднего возрастов. В студенческие годы, например, важным мотивом становится недовольство собой, своими результатами, рейтингом среди сокурсников.¹

Заслуга постановки проблемы студенчества принадлежит, прежде всего, психологам (А.А. Вербицкий, И.А. Зимняя и др.).

Б.Г. Аканьев, А.А. Вербицкий, Е.М. Никереев, Н.В. Кузьмина, Ю.Н. Кулюткин, П.А. Просецкий, А.А. Реан, В.А. Сластенин, Е.К. Степанова и другие ученые накопили большой эмпирический материал наблюдений, результаты опытно-экспериментальной работы. По мнению ученых, студенчество – это особая социальная категория, специфическая общность

¹ Студент от лат. «studens» - усердно работающий, прилежно занимающийся, тот, который старается, добивается чего-то.

людей, организационно объединенных институтом высшего образования. Со времен первых университетов (XI-XII век) эта социально-профессиональная категория привлекает внимание многих исследователей. Студенчество включает людей, целенаправленно, систематически овладевающих знаниями и профессиональными умениями, занятых, как предполагается, усердным учебным трудом. Формально таких молодых людей в России много, фактически только единицы и десятки в каждом вузе. Дело в том, что студенты - это социальная группа, которая характеризуется определенным отношением к будущей профессии.

Студент должен иметь адекватное представление об избранной профессии, глубоко знать требования, которые она предъявляет, условия, плюсы и минусы, перспективы профессиональной деятельности. Исследования показывают, что уровень представлений студентов о профессии непосредственно соотносится с уровнем его отношения к учебе (И.А. Зимняя): чем меньше студент знает о профессии, тем ниже у него положительное отношение к учебе. Студенчество отличает более высокий образовательный уровень, наиболее активное потребление культуры и высокий уровень познавательной мотивации.¹

С точки зрения избранного нами личностно-деятельностного подхода к исследованию студент рассматривается как активный самостоятельно организующий свою деятельность субъект педагогического взаимодействия. Ему присуща специальная направленность познавательной и коммуникативной активности на решения конкретных профессионально-ориентированных задач. Основным направлением обучения для студенчества по мнению И.А. Зимней, является контекстное, которое ввел в науку А.А. Вербицкий. Согласно теории контекстного обучения, высшая школа строит так образовательный процесс, чтобы он способствовал преобразованию усвоенных в обучении знаний, умений, навыков в средства профессиональной деятельности (А.А. Вербицкий).

Студенчество – центральный период становления человека, личности в целом, проявления самых разнообразных интересов. Особую роль для личности студента играет его интеллектуальные возможности, которые позволяют ему занять соответствующее место в обществе. Он в соответствии с оценкой собственного интеллекта от общего строит свою учебную деятельность в вузе, распределяет свое время на подготовку к учебным занятиям, экзаменам и т.п. Студент, выступая субъектом учебной деятельности в соответствии с поставленными целями, их усваивает. Степень освоения определяется мотивами, которые связаны с процессами достижения поставленных целей и познания.

Познавательные мотивы, с точки зрения ученых, - основа учебно-познавательной деятельности студента, соответствующей природе его мыслительной деятельности. Она возникает, как правило, в проблемной ситуации и развивается в процессе решения различного рода профессиональных задач.

Результаты опроса, произведенного А.А. Вербицким и Т.А. Платоновой

¹ Речь идет о тех студентах, которые отвечают этому понятию, т.е. усердно и прилежно занимаются в вузе.

говорят о том, что в высшей школе обучают в основном тех (примерно 50% студентов), у которых нет мотива и интереса к той профессии, которую они приобретут. Из остальных сидящих в аудитории студентов более 1/3 не уверены в правильности выбора будущей профессии. То есть, только примерно 2/3 половины студентов, желающей приобрести избранную профессию, могут по-праву считать себя теми, кто адекватно выбрал вуз и хотел бы получить необходимую ему специальность.

Если говорить об учебных умениях студентов, то большинство не умеют слушать и записывать лекции, конспектировать литературу. По данным исследований, в большинстве случаев студентами записывается лишь 18-20% лекционного материала, они не умеют выступать перед аудиторией (28,8%), вести спор (18,6%), давать аналитическую оценку проблем (16,3%) (А.А. Вербинский, Т.А. Платонова).

Только 37,5% стремится хорошо учиться, 53,6% не всегда стараются, и 8% не стремится к хорошей учебе. Даже среди тех, кто стремится хорошо учиться, в 67,2% случаев учеба не идет хорошо.

Преподаватель вуза обучает студентов в довольно сложной ситуации, как правило, в аудитории вместе сидят примерно 50% тех, кто хочет учиться, и примерно 50% тех, кто не совсем нацелен на приобретение предложенных знаний. При этом трудно найти способы формирования каждого студента, или субъекта учебной деятельности. Это предполагает необходимость обучения студентов самоорганизации учебной деятельности – планированию, самоконтролю. Поэтому особую роль играет преподаватель вуза, его педагогическая культура, который призван формировать научное мировоззрение будущих студентов посредством развития его профессиональной рефлексии в процессе обучения общеобразовательным, общепрофессиональным и специальным дисциплинам.

Самовоспитание – это целенаправленная, активная деятельность студента, а не просто участие в тех процессах, которые организованы преподавателями высшей школы. Исходным моментом самовоспитания являются потребности и мотивы. Именно благодаря их сформированности создаются нравственные основы для предотвращения преступного характера поведения будущих юристов.

Поскольку это сложные и глубоко осознанные внутренние побуждения к систематической и активной работе над собой, то важно спроектировать такую жизнедеятельность студентов, которая позволит студентам актуализировать необходимые потребности и возникающие интересы, либо с составлением программы по самовоспитанию, которые предусматривают целенаправленное развитие интеллектуальной, волевой, эмоционально-чувствительной сфер личности.

Ученые считают, что самовоспитание - это внутренний процесс, реализующий веление свободной воли, или личностно значимый процесс. То есть, ученые чаще всего рассматривают самовоспитание как процесс самоусовершенствования уединенной личности. Однако нельзя игнорировать влияние общества на личность. Без общества, совместного труда человек просто

не сможет выжить. Полностью самостоятельно человек может действовать только в том случае, если он овладел определенным уровнем зрелости личности, приобрел необходимые знания, умения, навыки, какой-либо профессиональный опыт.

А.Г. Ковалев под самовоспитанием понимает сознательную, планомерную работу над собой, направленную на формирование таких свойств личности, которые отвечают требованиям общества и личной программе развития.

Самовоспитанием может заниматься не каждый человек, а только тот, который приобрел развитое самосознание, стал сознавать себя личностью, почувствовал потребность самопроектирования. Поэтому нужно помочь человеку заниматься самовоспитанием. Он должен созреть сам или ему до этого момента нужно дорасти.

Можно говорить и о стихийно возникших процессах самовоспитания, связанных с неудовлетворительностью личности собой. Однако попытки изменить в себе намеченное иногда заканчиваются неудачей при недостатке развития, например, у человека силы воли. Таким образом, внешние обстоятельства, случаи и воспитание во многом определяет потребность человека в самовоспитании. Именно потребность в самовоспитании - это такое состояние человека, которое создается испытываемой нуждой в саморазвитии.

Саморазвитие - это объективный процесс, присущий всему живому, основа жизненных явлений в онтогенезе и филогенезе, способ адекватного приспособления к среде, постоянное улучшение саморегуляции посредством совершенствования всех систем организма.

Исследования показывают, что чаще всего обучаемые ориентируются на своих друзей, меньше на родителей, еще меньше на педагогических работников.

Другой формой саморазвития является приспособление - существенный признак всего живого. Высшей формой приспособления является социализация личности - процесс и результат усвоения и активного воспроизводства социального опыта.

Подражание - одна из известных форм саморазвития, а высшая ее форма - самовоспитание. Ученые считают, что под самовоспитанием следует понимать управляемое личностью саморазвитие.

Саморазвитие и самовоспитание - не одно и то же. Саморазвитие - процесс объективный. Самовоспитание - процесс изменения человеком самого себя под влиянием сознания и воли. Саморазвитие - первично. С возрастом саморазвитие переходит в самовоспитание. Это происходит тогда, когда оно, по мнению ученых, «становится под контролем сознания».

Самовоспитание - сознательная деятельность, направленная на возможно более полную реализацию человеком себя как личности. Самовоспитание - относительно позднее приобретение онтогенеза, связанное с определенным уровнем самосознания, рефлексии, способности и готовности к самоопределению, самовыражению, самораскрытию, самосовершенствованию.

Необходимыми компонентами самовоспитания являются (см. рис.1):
самоанализ личностного развития;
самоотчет;
самоконтроль.

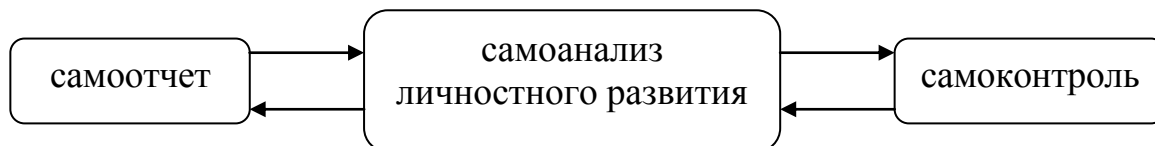


Рис.1 Базовые компоненты самовоспитания личности и их взаимосвязь.

Самоанализ личностного развития связан с интроспективной психологией, в систематическом наблюдении человека за внутренним планом собственной психической жизни, позволяющим фиксировать ее проявления - переживания, мысли, чувства и др. Для процесса самоанализа личностного развития необходимо общение с другими людьми, усвоения социального опыта и средств его осмысления.

Самоотчет - это результат самонаблюдения, самоанализа личностного развития. Это описание человеком самого себя в относительной целостности психических и личностных проявлений. Самоотчету, как отмечают ученые, бывают свойственны систематические ошибки, важнейшая из которых состоит в том, что значительная часть испытуемых склонна, давая его, представлять себя в возможно более выгодном свете.

Самоконтроль - осознание и оценка субъектом собственных действий, психических процессов и состояний. Он предполагает наличие эталона и возможности получения сведений о контролируемых действиях и состояниях. Известно, что волевая регуляция основана на самоконтроле человека как компоненте саморегуляции, в то же время самоконтроль может быть объектом волевой регуляции, например, в стрессовых ситуациях.

Самовоспитание представляет собой динамический процесс. Дело в том, что с развитием личности, например, студента изменяются как цели, так и способы самовоспитания. Цели становятся все более осознанными. Более разумными становятся и способы самовоспитания. Важно, чтобы сам человек к моменту осуществления целей самовоспитания был собран, целеустремлен, укрепил свою волю, нервы.

Главное - какие планы себе построил студент, имеет ли он собственные взгляды на ближайшее будущее или не способен его спрогнозировать. То есть, наличие у студента планов на будущее - это один из признаков того, что он себя воспитывает и знает зачем.

В высшей школе, особенно на первых курсах, в первом семестре студенты хотят почувствовать преимущества студенческой жизни (возможность не работать физически, спать столько, сколько нужно и когда это хочется и т.п.).

В годы социально-экономического преобразования в России, в период

возможности приобретения любых по размерам финансовых средств студенты могут попасть под влияние преступных группировок, использовать способности не так, как этого требует высшая школа.

Серьезное значение самовоспитанию уделял известный педагог А.С. Макаренко. Он рассматривал его как естественный результат развития личности в коллективе. В понимании великого педагога самовоспитание - это не уединенный процесс, а совместная деятельность всего коллектива.

Большую роль в самовоспитании играет ведение¹ дневника. Человек воспитывает сам процесс ведения дневника как индивидуальную деятельность, как бы «разговор с собой», определенная мыслительная медитация. Именно в дневнике самовоспитуемый систематически, а не эпизодически отмечает свои недостатки, намечает планы самовоспитания и самообразования на разумные сроки, дает отчеты о ходе работы над собой, анализирует ошибки и намечает новые общие и частные планы воспитания (Л.Н. Толстой).

Если в студенческие годы будущий специалист не сможет преодолеть такие отрицательные качества как: лень, чрезмерное тщеславие, рвачество, распутство, преступный характер поведения, лживость и пассивность, то в период самостоятельной работы он будет ощущать всю их пагубность.

Большую роль играет умение самовоспитуемого распределять время, наличие у него чувства рабочего времени², а также сильная воля, твердый характер.

Борьба с собой в хорошем плане имеет огромное социальное значение. Человек, который сам себя воспитал, может лучше проявит себя, может быть более полезен людям (П.Я. Когина).

В последнее время в вузах стали говорить о концепциях воспитания студенческой молодежи, после особых форм и методов организации внеаудиторной деятельности студентов.

Однако в практике работы высшей школы трудно обнаружить серьезный опыт организации и руководства самовоспитуемым, особенно профессиональным.

Анализ психолого-педагогических исследований, посвященных руководству профессиональным самовоспитанием студентов, показывает, что у многих из них переход от позиции учащегося школы на позицию будущего специалиста происходит со значительной задержкой. По-прежнему, вплоть до 3 курса они учатся, «чтобы учиться», сдавать зачеты и экзамены.

Профессиональное самовоспитание означает, по мнению ученых, не только развитие специальных знаний, умений и качеств. Оно предполагает, с точки зрения С.Б. Елкакова, «совершенствование многих других, неспецифичных для знаний профессии, но профессионально значимых качеств личности (идейно-политических, нравственно-эстетических особенностей психических процессов - эмоциональность, живость воображения) и протекает более экономно, если студент уже накопил определенный опыт самовоспитания

¹ Ведение - деятельность самовоспитуемого, которая носит **сугубо** индивидуальный характер.

² Речь идет о времени, которое используется на процесс создания или достижения чего-либо, реализации какой-либо конкретной цели, задачи.

в школьные годы. К сожалению, таких студентов немного.

Приведем пример обследования нравственного самовоспитания студентов одного из известных университетов России. Опросы выявили, что ни один студент 1-2 курсов не занимается осознанным воспитанием у себя нравственно-педагогических качеств. Неудивительно поэтому, что, получая лишь крохи информации по проблеме этики, и студент-практикант, и молодой учитель испытывают трудности в ситуациях, когда необходимо совершить выбор нравственно верного варианта поступка.

Для юридического вуза, готовящего прокуроров, адвокатов и следователей и т.п., большую роль играют нравственно-юридические качества личности юриста. К ним можно отнести:

нравственный выбор и отношение юриста к своей профессии;
нравственное отношение юриста к истцам, свидетелям, подозреваемым и т.п.;

нравственное отношение юриста к социальной среде и общественной жизни.

Проведенное анкетирование среди первокурсников юридической академии показало, что нравственные аспекты выбора юридической профессии многими студентами еще не осознаны в должной мере.

Анализ исследования профессиональных установок и намерений студентов ряда вузов показывает неоднозначность мотивов выбора профессии и вуза.

Ученые выделяют три таких мотива:

- любовь к профессии, специальности;
- любовь к конкретной специальности, например, следователя, прокурора и т.п.
- потребность получить любое высшее образование.

Можно найти еще один мотив - высокая заработная плата и перспективность профессии в обществе.

В последние годы с этим мотивом связаны личные планы абитуриентов, в ряде случаев - большинства.

Будущую профессиональную деятельность многие студенты рассматривают как возможность показать себя, реализоваться в профессии, использовать свои возможности и приобретенные способности.

В основе мотивации самовоспитания студента, по мнению ученых, лежит определенная совокупность побуждений, которые возникают только в специально создаваемых условиях. Для того, чтобы их выделить, нужно проанализировать факторы, механизмы и ведущие принципы самовоспитания студентов.

Рассматривая в данном параграфе профессиональное самовоспитание студенческой молодежи как социально-педагогическую проблему, следует обратить внимание на следующее. Во-первых, поскольку государство заинтересовано в организации воспитания студенческой молодежи, то вполне понятно, что успешное решение этой проблемы без решения вышеуказанных задач исследования невозможно. Во-вторых, процесс самовоспитания

перманентный. И неизвестно, в каком возрасте важнее воспитывать себя, тем более в профессиональном плане. В-третьих, организация профессионального самовоспитания будущих юристов - это социально-педагогическая проблема, а не психологическая или философская. Дело в том, что именно в юридических вузах, по нашему мнению, должны быть организованы структуры воспитательного характера, имеющие цель управлять процессом воспитания будущих специалистов. Центры, отделы, клубы, имеющие своей целью воспитание студентов, соединенное с их обучением и развитием, должны решать в регионе социальную роль, снижать не только количество правонарушений в студенческой среде, но и научнообоснованно управлять процессом профессионального самовоспитания будущих юристов.

Профессиональное самовоспитание студенческой молодежи представляет собой сложнейший феномен. Представим себе молодого следователя, только что закончившего юридический вуз и пришедшего на работу в систему МВД. Он знает, как проводить допрос, вести порученное дело, имеет собственные версии раскрытия преступления. Однако на душе у него тревожно: как-то его примут коллеги, сумеет ли он наладить нужные ему отношения, добьется ли необходимых результатов.

Обычно в первые дни самостоятельной работы возникает масса проблем. Оказывается, знания, полученные в вузе, не всегда могут помочь в конкретной ситуации. В одном случае успех не достигнут потому, что он не учел обстоятельств, в другом - не мог наладить контакты, в третьем - не так выразился, в четвертом - не знал, как поступить, и ошибся, в пятом - поторопился с принятием решения.

Профессиональное самовоспитание тесно связано с общим самовоспитанием. Не овладев предварительно навыками самоорганизации самоуправления, не развив в себе способности к рефлексии, человек не может заняться профессиональным самовоспитанием. Оно, по мнению ученых, является продолжением и дополнением общего. Для нашего исследования важно выделить те социально значимые качества личности, которые могут быть и неспецифическими для будущего юриста. Должна происходить как бы профессионализация всех личностных свойств. Важнее всего развить такие психические свойства, от которых зависит успех юридического труда (смелость, решительность, настойчивость, живость воображения и т.п.). То, что приобретает первостепенную важность для успешной деятельности следователя, и важно развивать в период обучения в вузе. Например, память или умение быстро внушить другим доверие к себе и т.п.

Таким образом, в нашем исследовании речь идет о формировании таких профессионально значимых качеств личности будущего юриста, которые приобретают первостепенную важность для успеха и следователя, и адвоката, и прокурора, и судьи.

Важно, чтобы организаторы профессионального самовоспитания студентов изучали опыт общего самовоспитания, особенно у первокурсников, так как опыт общего самовоспитания - не только важное, но и обязательное условие успеха профессионального самовоспитания. А если в высшей школе не

смогут сформировать у студентов привычку систематически работать над собой, постоянно тренировать себя, то наступает состояние неудовлетворенности собой, ленность выполнения работы по привычным канонам, отсутствие внутренних противоречий. Это основная причина того, что после окончания юридического вуза выпускники мало изменяются, и прежде всего в личностном плане.

II. Факторы, способствующие организации профессионального самовоспитания студентов.

Известно, что под фактором - (лат. factor - деятель, творец) понимают движущую силу совершающегося процесса или одно из основных его условий. То есть, необходимо определить, во-первых, то, что процесс профессионального самовоспитания уже осуществляется, во-вторых, понять, посредством чего он происходит. Анализ психологических исследований, посвященных изучению процесса самовоспитания личности, показывает, что в любом возрасте (младший школьник, подросток, старшеклассник, студент, специалист, повышающий свою квалификацию, взрослый, работающий по профессии) происходит данный процесс. Только каждый взрослый вносит в него свою специфику, определяет характер и динамику этого процесса за счет особенностей движущей его силы.

Общая логика процесса самовоспитания связана с выполнением следующих его этапов:

I этап - понимание особенностей своей личности;

II этап - понимание задач самоизменения и саморазвития;

III этап - средства и способы воздействия на себя.

Исходя из психологических особенностей студента, реализация вышеуказанных этапов позволяет нам выделить основную движущую силу процесса профессионального самовоспитания будущего юриста. Она связана с опытом общего самовоспитания будущего специалиста, а именно выработанными до поступления в вуз умениями пользоваться конкретными приемами работы над собой.

Студент как бы автоматически экономит свою деятельность по профессиональному самовоспитанию посредством освобождения от формальных атрибутов, например, записывания планов, принятия соцобязательств и т.д. Опыт общего самовоспитания студенческой молодежи как основной фактор, способствующий организации профессионального самовоспитания студентов, - не только важное, но и обязательное условие успеха профессионального самовоспитания.

Для того, чтобы в процессе обучения в вузе каждый студент систематически занимался профессиональным самовоспитанием, нужно затратить определенные усилия, связанные с целенаправленной организацией этого процесса. Таким образом, вторым важнейшим фактором является управление процессом профессионального самовоспитания студентов, его целенаправленная организация - внешнее по отношению к студенту явление, основанное на психологических принципах. Однако заставить студента

заниматься профессиональным самовоспитанием нельзя и невозможно. Ибо первопричина лежит в развитии его личности. Таким образом, опыт общего воспитания студента с одной стороны и организация процесса профессионального самовоспитания будущих юристов выступают важнейшими факторами, способствующие улучшенному осуществлению этого процесса.

Третьим фактором, способствующим успеху профессионального самовоспитания будущих юристов, является наличие средств и способов профессионального самовоспитания у тех, кто решил, чтобы им помогли осуществить их планы, индивидуальные программы личностного развития. Внутри этого фактора находится четвертый, связанный с наличием положительной мотивацией желанием систематической работы над развитием своих профессиональных знаний, умений и способностей.

Раскроем подробно процесс самосовершенствования тех, которые хотели бы поднять свой профессиональный уровень, но не знают, как достигнуть значительного успеха.

Для того, чтобы выяснить средства и способы организации профессионального самовоспитания будущими юристами, важно было проанализировать философские, психологические и педагогические исследования, посвященные природе самовоспитания личности.

В условиях снижения интереса педагогической науки к вопросу воспитания студенческой молодежи возникает вопрос о диалектике перехода воспитания в самовоспитание, о превращении студента в субъект воспитания, о становлении самостоятельной активной личности.

Профессиональное самовоспитание, отвечающее требованиям высшей школы к личности, задачам воспитания, значительно облегчает, по мнению ученых процесс формирования вдумчивого, ответственно относящегося к делу, не успокаивающегося на достигнутом будущем специалисте. Оно способствует подготовке к активному участию в решении профессиональных задач.

Профессиональное самовоспитание возникает как необходимое явление в процессе взаимодействия студента с сокурсниками, преподавателями, администрацией факультета, кафедры. С точки зрения ученых-физиологов, человек, как писал И.П. Павлов, «представляет собой систему единственную по высочайшему саморегулированию». Наша система - в высочайшей степени саморегулирующая, сама себя поддерживающая, восстанавливающая, направляющая и даже совершенствующаяся ... ничто не остается неподвижным, а все всегда может быть достигнуто, изменяться к лучшему, лишь бы были осуществлены соответствующие условия.

Однако эти условия нужно выявить, определить, какой они природы - педагогической, психологической, физиологической, и только в этом случае можно будет управлять процессом профессиональным самовоспитания студентов. Притом, саморегуляция еще далеко не является самовоспитанием. Ученые считают, что надо различать самовоспитание как потребность и саморегулирование, как процесс удовлетворения потребности в самовоспитании.

Самовоспитание - это сознательная, планомерная, систематическая

работа над собой в целях совершенствования или формирования новых качеств собственной личности, необходимых для плодотворной деятельности в настоящем и будущем. Потребность в самовоспитании возникает на определенном этапе развития личности при определенных условиях организации воспитания. Это пятый важнейший фактор, способствующий успеху в профессиональном самовоспитании студентов.

Понятие «условие» в философии определяется как категория, выражающая отношение предмета к окружающим его явлениям, без которых он существовать не может.

По мнению психологов, самовоспитание как потребность возникает только тогда, когда студент будет сознательно относиться к избранной профессии и учебной деятельности в вузе, и самое главное то обстоятельство, что будущий специалист начинает проектировать свое ближайшее и далекое будущее, составлять жизненные и профессиональные планы, писать дневник. Для этого он должен обладать аналитическими умениями, рефлексивными способностями. Более того, важно фиксировать тот момент в развитии личности студента, когда он становится способен анализировать собственные качества и определенным образом оценивать их. Таким образом, два вида деятельности студента становятся ведущими при организации процесса профессионального самовоспитания студентов - аналитическая и оценочная. И та, и другая требует высокого уровня развития профессионального самосознания, профессиональной культуры будущего специалиста.

Отечественные ученые придавали большое значение самовоспитанию в развитии личности. Они считали, что, во-первых, основной фактор, способствующий самовоспитанию личности, - социальный. Именно обстоятельства жизнедеятельности, изменившие в социально-экономических отношениях России заставляли молодых людей обратить внимание на себя, сформировать у себя представление о профессионале. Во-вторых, демографическая ситуация в области, изменение отношения работодателя к выпускникам вузов, появление конкуренции среди молодых людей потребовало от них систематической работы над собой прежде всего в контексте выживания.

В развитии личности студента, как и любого человека, по мнению ученых, особую роль играют еще два фактора - шестой и седьмой:

1) обстоятельства, сопровождающие учебную деятельность студента (размер учебных помещений, оснащенность оборудованием и средствами обучения, наличие высококвалифицированных преподавателей - докторов и кандидатов наук; наличие возможности пройти добротную производственную практику и т.п.);

2) наличие научно обоснованной концепции воспитания студенческой молодежи и степень ее реализации в вузе.

Молодой человек может изменять эти обстоятельства, а тем самым и изменять себя и свою собственную природу. Только для этого ему нужно активизировать такую учебную деятельность, которая бы развивала личность студента. А.С. Выготский писал: «Только то обучение является хорошим,

которое забегает вперед развитию личности». Именно активная учебная деятельность в вузе - это основной источник, ведущее средство развития личности студента. Однако такую деятельность необходимо соотносить с обстоятельствами. Важно выяснить, в каких учебных действиях деятельность студентов протекает. Стихийно ли они создаются или образовательный процесс в вузе управляем, организован.

Материальные и культурные условия жизнедеятельности студентов, отношения: администратор - студент, преподаватель - студент, студент - студент, вспомогательный педагог - студент, отношение студентов к содержанию учебной деятельности, качеству образовательного процесса - это то, что составляет как бы внутреннее устройство студенческой образовательной среды.

Воспитание студенческой молодежи - это то, что, по мнению ученых, является основным условием возникновения потребности в процессе самовоспитания. То есть, важно найти возможности превращения внешнего воспитания во внутренний процесс самовоспитания. Для вуза этот процесс во многом является стихийным. Традиционно считают, что высшая школа имеет дело с молодыми людьми, у которых якобы сформирована потребность в самовоспитании. На практике дело обстоит иначе. Воспитательный уровень высшей школы таков, что чаще всего процесс воспитания подменяют учебным или связывают его с организацией студенческих научных обществ, студий, художественной самодеятельности, различных клубов (типа КВН) и др. Таким образом, важно процесс воспитания, а значит, и самовоспитания в высшей школе организовать, применив существующие концепции, используя выводы ряда исследований, теории тектологии.

Теорию организации - тектологии в России создал известный ученый А.А.Богданов. Он при изучении социальных явлений обратил еще в 20-е годы 20 века особое внимание на те ресурсы, которые кроются в организационной науке. Так, в книге «Всеобщая организационная наука (тектология)», изданной в издательстве «Книга» в 1925 году, он писал: «Всякая человеческая деятельность объективно является организацией или дезорганизацией. То есть, важно деятельность по воспитанию себя рассматривать как некоторый материал организаторского опыта».

Другими словами, без нескольких организационных усилий со стороны администрации вуза процесс самовоспитания будущих юристов, видимо, невозможен. В противном случае обязательно, по мнению А.А. Богданова, появляется разрушительная деятельность, выполняющая дезорганизационную функцию. Поэтому, если деятельность по целенаправленной работе над собой следует признать организационной, то есть рассматривать ее с организационной точки зрения, важно изучать индивидуальный организационный опыт каждого будущего юриста.

Исходным пунктом тектологии - всеобщей организационной науки - является признание необходимости подхода к изучению любого явления с точки зрения его организации (А.А. Богданов). Поэтому важно выяснить, насколько процесс самовоспитательной деятельности студентов в университете

организован?

Можно вполне обосновательно утверждать, что среди средств организованного самовоспитания студентов большая роль принадлежит профессиональному самообразованию. Ученые установили, что успех в профессиональном самовоспитании студентов во многом зависит от качества его познавательной деятельности, а также от осознания будущим специалистом персональной необходимости в приобретении дополнительных знаний как средства самообеспечения, возможности переквалификации и придания этому личностного смысла, обладания им необходимым умственным развитием, умение мобилизовать, актуализировать профессиональные знания, способы деятельности из числа уже усвоенных. Анализ психолого-педагогических исследований позволяет нам установить, что в процессе самовоспитания многое определяется степенью желания студента решать возникшую проблему, а иногда и волею случайности, резко возникшей необходимости изменить что-то в себе.

Однако преодоление возникающих затруднений резкой природы требует обязательного приобретения новых способностей. Процесс дооспособления - это есть процесс приобретения дополнительного потенциала через «выращивания», например, профессиональной рефлексии.

Известный ученый П.Ф. Каптерев с этой целью предлагал еще в конце 19 века дать возможность студентам «побыть наедине с собой», чтобы у них был постоянный досуг для самостоятельной работы. С точки зрения Е.А. Шукменой, становление любого образования определяется качеством не столько формального образования, сколько неформального.

Психологами установлено, что концепция самовоспитания может исходить из понимания природы развития психики, взаимосвязи общества и личности. Однако наибольшую роль играет воспитание студентов в вузе. Оно создает внутренние предпосылки для самовоспитания. Вне определенного воспитания не может быть нормального развития личности. То есть, никак нельзя разрывать эти два процесса, а особенно их противопоставлять. Это два взаимозависящих явления.

Таким образом, условия самовоспитания можно условно представить в виде рис. 2:

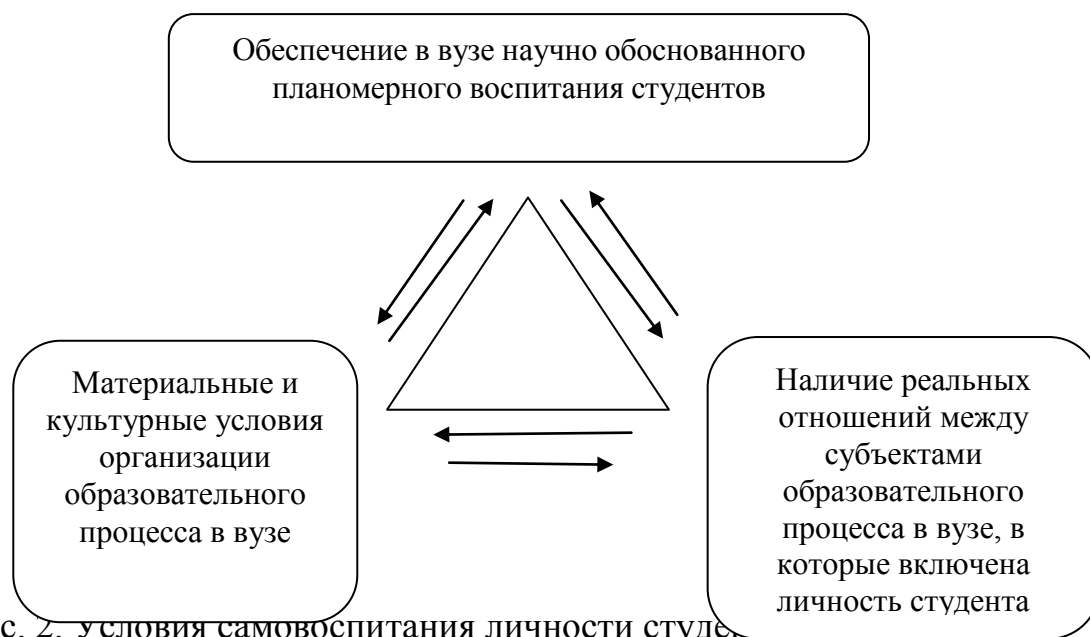


Рис. 2. условия самовоспитания личности студента

Для успешного протекания процесса самовоспитания обязательно нужна совместная деятельность в коллективе, например, студенческой группы. Требования учебной группы и оценка деятельности коллективом являются мощным стимулом самовоспитания. Однако для того, чтобы эти требования использовать, необходимо наличие психологической культуры у каждого студента. Без нее будущий специалист не сможет правильно оценить себя, ориентироваться в собственных качествах и возможностях. И только тогда эти требования учебной студенческой группы могут становиться требованиями от себя - это восьмой фактор, способствующий успеху в профессиональном самовоспитании будущего специалиста.

Поэтому, организаторы процесса профессионального самовоспитания студентов должны обратить особое внимание на процесс развития коллектива как развития требований. (А.С. Макаренко). Очень важно, чтобы каждый студент стал интересоваться собственным поведением и предъявлять требования, прежде всего, к себе.

Подготовка себя к будущей деятельности - это проект приложения собственных усилий по преобразованию себя. Будущий специалист должен четко представлять, кем он будет, кем хотел бы быть после окончания вуза, самовоспитание возникает только в процессе деятельности и может быть, по мнению психологов, успешно осуществлено не в созерцании внутреннего мира, или в «волшебном» самоприказе, а в процессе практической тренировочной деятельности. Девятый фактор обеспечивает не только формирование потребности в самовоспитании, но вместе с тем, является непосредственным побудителем самого процесса самовоспитания.

В студенческой жизни можно наблюдать случаи, когда будущему специалисту предъявляются определенные требования и даже создаются благоприятные условия для их реализации, но эти требования вовсе не

применяются субъектом, т.к. они не отвечают его внутренней позиции. И тогда внешние воздействия не могут повлиять на процесс самопреобразования будущего специалиста.

Психологами было установлено, что даже тогда, когда, например, студент сознает недостаточность развития тех или иных качеств своей личности, понимает необходимость выполнения требований учебной группы, сознает важность самовоспитания, он, однако, не занимается самовоспитанием по нескольким причинам. Во-первых, не знает своих возможностей. Во-вторых, не верит в них. В-третьих, имеет очень слабую волю. В-четвертых, не знает средств самовоспитания. В-пятых, не знает психологии личности, без которой сознательно управлять процессом самовоспитания невозможно.

Таким образом, вышеперечисленные внутренние предпосылки самовоспитания должны быть созданы. Это десятый фактор организации профессионального самовоспитания студентов (рис. 3).

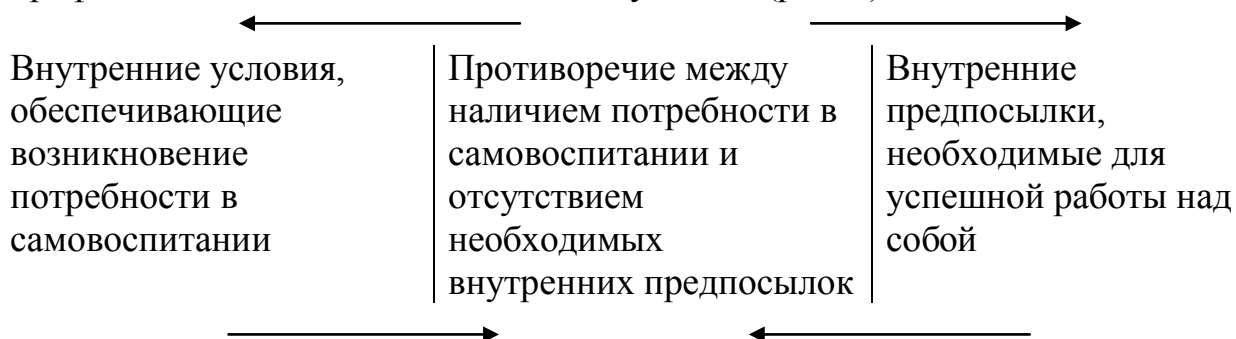


Рис. 3. Механизм самовоспитания личности как преодоление данного противоречия.

Анализ психологических исследований, посвященных изучению процесса самовоспитания личности, показывает, что в зависимости от возраста общим и основным условием возникновения потребности в самовоспитании является становление самостоятельности, которая состоит в том, что, например, будущий специалист начинает сам определять свое место в жизни, заниматься самопроектированием, основываясь на изученных собственных интересах и потребностях, способностях и склонностях. Это является одиннадцатым фактором, способствующим успеху в самосовершенствовании.

О появлении самостоятельности студентов можно судить по следующим причинам:

1. У студентов формируется идеал, притом он представляется понятным и ясным до мелочей.
2. У студентов появляется привычка наблюдения за собой без указаний на то со стороны других.
3. Студент начинает хотя бы несколько минут в день работать над собой, с тем, чтобы идеальное претворить в реальное.

Таким образом, стремление работать над собой - это признак становления самостоятельности человека.

От уровня самоорганизации, управления процессом активного сознательного саморегулирования, от уровня развития воли во многом зависит

осуществление потребности к самовоспитанию, а поскольку самовоспитание, по мнению ученых, представляет собой динамический процесс, то важно отслеживать, как меняются, например, цели, задачи и способы работы над собой, какие результаты получаются и почему? То есть, самовоспитание - это бесконечный процесс наблюдения за своими успехами и неудачами, постоянная борьба с собой, поиск новых способов работы над собой. Поэтому важнейшим двенадцатым фактором, способствующим успеху в профессиональном самовоспитании студентов, является наличие в вузе структуры, которая бы профессионально занималась отслеживанием, мониторингом управления различных профессионально значимых качеств будущих юристов.

ВОЗМОЖНОСТИ УЧЕБНОЙ ОПОРЫ В РЕЧЕВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Феоктистова Е.М. – ст. преподаватель кафедры иностранных языков, к.п.н.

Основой содержания обучения в вузе является система общенаучных и профессиональных знаний, умений и навыков. Процесс обучения должен так проводиться, чтобы избежать формализма в усвоении знаний и сделать эти знания основой для формирования у студентов личностных взглядов и убеждений, целостного научного мировоззрения.

Формируемые в процессе обучения знания и умения должны быть основой для решения практических и профессиональных задач. Для этого процесс обучения должен быть направлен на развитие у студентов таких качеств личности, которые в первую очередь характеризуют их самостоятельную познавательность.

В процессе обучения студенты должны не только получить знания об объектах действительности, явлениях и процессах, об отношениях и законах, но также знания о способах действия в различных ситуациях. В процессе организации учебной деятельности студентов преподаватели больше акцентируют внимание на усвоении готовых знаний, то есть дают определения и требуют их воспроизведения, но не учат способам определения данных понятий: строят логические умозаключения, но не показывают, как это делается.

Исследование современной педагогической науки и потребностей практики высшей школы подводит к необходимости разработки и использования комплексных средств, которые бы в свое содержание включали адекватную систему педагогических условий для развития мыслительных, речевых возможностей студентов. Решению проблемы развития речевой, познавательной деятельности студентов способствуют учебные опоры.

Учебная опора – это минимум графических средств при максимуме заложенного в них теоретического материала, поэтому при декодировании звучит развернутое, глубокое по содержанию монологическое высказывание в научном стиле. Опора может вызывать ассоциации, переводить их в абстракцию, в логику, и, в конечном счете, в словесное изложение того, что

вызвало ассоциативный план. Опора фиксирует ход рассуждений, заставляет осмысливать информацию. Доступность опоры позволяет студентам с разным уровнем развития познавательной и речевой деятельности видеть учебный материал во взаимосвязях и строить свои ответы системно, доказательно, убедительно. Таким образом, опора служит формированию языковых умений и навыков, помогает обогащать словарный запас студентов терминами, развивает умение правильно и уместно использовать слова в речи.

Опора выполняет функцию ориентира и стимулятора творческого мышления, а активная мыслительная деятельность вызывает активизацию познавательной деятельности, далее активизацию речевой деятельности; далее – экономию учебного времени, которое можно использовать для решения новых познавательных задач.

Составление опорных пунктов высказывания, выделение главного, существенного активизирует мыслительную деятельность, вынуждает вникать в текст, добиваться более глубокого понимания, а процесс развертывания суждения, то есть озвучивание опоры, потребует активизации речевой деятельности. Полное овладение активной речевой деятельностью всегда означало достаточно высокий уровень речевого общения, предполагало наличие достаточно развитой языковой интуиции.

Опора является элементом программированного обучения, но не следует противопоставлять его проблемному, так как развитие творческой инициативы можно наблюдать при озвучивании опоры. Умения дешифровать опору – важные навыки творческого процесса. Преподаватель иногда предлагает серию вопросов, на которые надо ответить и в процессе составления опоры, и при ее озвучивании. На занятии сначала предъявляется устное описание всей опоры в качестве минимального исходного знания, а затем начинается беседа по вопросам, и на опоре может быть определено место той темы, к изучению которой необходимо приступить сегодня. При ознакомлении с совершенно новым, ранее не изучавшимся материалом можно использовать параллельно объяснение преподавателя и обращение к опоре. Или предложить студентам излагать учебный материал, используя опору. Это может не только активизировать речевую деятельность, но и совершенствовать ее, так как опора будет выстраивать логику высказывания, не позволит опустить информацию, а значит, гарантируется структурная точность и четкость.

Работа на занятии с использованием опоры может проводиться по одной из схем: 1) восприятие теории (объяснение преподавателя + опора) – аналитические упражнения – конструктивные упражнения – речевые задания; 2) актуализация имеющихся знаний – их обобщение и углубление по опоре – конструктивные упражнения – речевые задания.

Теоретической основой для обоснования сущности опоры в педагогике является, с одной стороны, положение о необходимости выделения главного, существенного в процессе познания, а с другой стороны - об использовании наглядных образов с целью более глубокого проникновения в сущность проблемы, развития познавательной самостоятельности студента. Учебная опора предполагает разработку логических схем методов познания,

позволяющих субъекту самостоятельно, под руководством преподавателя, приобретать и использовать знания, передавать их посредством речевой деятельности, воздействуя на студентов логичным и глубоким изложением.

Понятие учебной опоры: 1) позволяет расчленить сложный вопрос на ряд детальных пунктов, выразить их в концентрированном виде с тем, чтобы сфокусировать внимание студентов на существе проблемы; 2) дает синтетическое представление об изучаемой категории; 3) охватывает все выделенные моменты в их целостности, что облегчает усвоение наиболее трудных вопросов.

Мыслительные операции можно целенаправленно формировать путем постепенного перехода от развернутых внешних действий, заранее заданных в определенной последовательности, к все более свернутым действиям. Это хорошо прослеживается при выделении главного, существенного на основе опоры. Ценным является то, что иногда заложенная в учебной опоре информация выходит за пределы учебной программы. Это способствует обогащению языковых знаний и расширяет возможности познавательной деятельности.

Понятие учебной опоры содержит в себе два существенных компонента: выделение главного, существенного из учебного материала; свертывание его в небольшие размеры для лучшего восприятия как доступное наглядное средство.

Введение дифференцированных учебных опор происходит при постоянном усложнении познавательной деятельности, взаимообусловленности всех ее структурных компонентов.

Поэтапность развития умений использовать учебную опору соотносится с уровнями развития познавательной деятельности студентов от репродуктивной к собственно творческой, преобразующей. В этой связи определенную важность приобретает вопрос о соотношении репродуктивного и творческого в процессе организации познавательной деятельности студентов. Воспроизводящая и творческая деятельность, являясь противоположными видами познавательной деятельности, не исключают, а, наоборот, взаимно дополняют друг друга. Знания, умения и навыки, приобретаемые студентом при работе с вербальными опорами в процессе усвоения программного материала, питают его творческую деятельность, в то время как творческая деятельность способствует более вдумчивому, сознательному и глубокому усвоению учебного материала. Соответственно, оба вида деятельности находятся в единстве. Учебная опора реализует гармоничное единство репродуктивной, продуктивной и творческой деятельности. При усложнении уровней познавательной деятельности путем введения заданий с дифференцированными учебными опорами происходит изменение содержания компонентов деятельности, характера ее связей, при этом структура деятельности изменяется, возникает новая система, изменяется психологическая организация личности. На начальном этапе развития познавательной деятельности с использованием вербальных опор наиболее активно формируются способы, прежде всего, контроль и оценка. Учебная опора реализует гармоничное развитие репродуктивного и продуктивного мышления, обеспечивает сочетание

внешнего контроля за ходом и его оценкой с самоконтролем и самооценкой, что способствует формированию устойчивого интереса студентов к познанию. Создаются условия для формирования активной познавательной деятельности.

Для выделения главного, существенного можно использовать различные учебные опоры. В психолого-педагогической науке названы различные виды учебных опор. Выделим основные из них:

Графы – разветвленные схемы, устанавливающие системную классификацию свойств, явлений, различных характеристик. Они позволяют выявить содержание и структуру информации, граф нагляден, компактен, что позволяет ему быть эффективной опорой в обучении, кроме того, с помощью графа рационализируется внутрипредметная и межпредметная связь. Графы, в свою очередь, подразделяются на структурные – подробный классификационный конспект-схема, а также графы-модели – конспект-схемы, дающие легко обозримое представление об учебной теме.

Опорные сигналы – относятся к знако-символическим опорам с использованием ассоциаций, обеспечивающие сжатие полной информации в очень малые размеры. Здесь смысловое значение, вербальная информация заменяются символом, знаком с использованием ассоциаций, что позволяет быстро восстановить в памяти нужную информацию, либо облегчает понимание, осмысление и запоминание его.

Алгоритм, т.е. логическое предписание порядка действий и достижения цели.

Таблица-предписание называет алгоритм исследования, это «консультант», помогающий студенту провести анализ метода решения задачи, найти более рациональный способ выполнения упражнения.

Опорный конспект - система опорных сигналов, имеющих структурную связь и представляющих собой наглядную инструкцию, замещающую систему значений, понятий, идей, как взаимосвязанных элементов.

Компакт – разновидность опорного сигнала при большом сжатии учебной информации за счет более рационального введения ассоциаций, цвета и пиктограмм.

Логико-графическая схема – представляет собой невербальное алгоритмическое изображение информации, она устанавливает логическую схематическую взаимосвязь между важнейшими структурными элементами учебного материала, подлежащему усвоению, знаково-схематическая модель.

Памятки – рекомендации студентам, разработанные на основе главных, существенных критериев психолого-педагогических и методических требований с учетом возраста и вида деятельности.

Пиктограмма – «графическое изображение», раскрывающее суть явления, физический или иной смысл его, чертеж, рисунок и т.п.

Вербальные опоры - словесные ориентиры различного уровня сложности: слово, словосочетание, фраза, ряд слов, словосочетаний, фраз, текст, а также сочетания вышперечисленных ориентиров.

Любой вид опоры позволяет использовать самостоятельность студентов,

индивидуализировать и дифференцировать процесс обучения, активизировать разные виды деятельности, является специфической формой наглядности, в которой отражены единицы информации и связи между этими единицами.

Учитывая все вышеизложенное, можно сделать вывод, что учебная опора:

- позволяет укрупнить дидактическую дозу изучаемого материала;
- способствует реализации принципа прочности знаний, так как позволяет держать в памяти не развернутый текст всего материала, а лишь основные положения его, факты и логические связи между ними;
- является своеобразным показателем глубины осмысления и понимания учебного материала;
- реализует гармоничное единство развития репродуктивного и продуктивного мышления, стимулирует развитие творческого мышления;
- обеспечивает сочетание постоянного контроля за ходом учения, самоконтроля и самооценки;
- рационализирует организацию обучения студентов и овладение ими приемами мыслительной деятельности;
- обеспечивает логически последовательное раскрытие темы при всех видах устных ответов;
- предполагает вариативные устные ответы: чем больше речевых образований при дешифровке опор, тем выше уровень развития речевой деятельности;
- выстраивает логику высказывания.

ВЛИЯНИЕ ТЕХНОЛОГИИ РАЗВИТИЯ КРИТИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ НА СУБЪЕКТНУЮ ПОЗИЦИЮ СТУДЕНТОВ

Халюшева Г.Р. – ст. преподаватель кафедры иностранных языков

В последнее время все чаще звучит беспокойство философов, культурологов, социологов, педагогов, широкой общественности кризисным состоянием образования, и не только в России. Л. Буева, Т. Воронина, М. Мамардашвили, Ю. Сенько, В. Франкл говорят о кризисе образования прежде всего как о кризисе «образования человека», связывая его с проблемой существования, становления человека в современном быстро меняющемся мире, с проблемой предупреждения надвигающейся антропологической катастрофы, а значит, и с проблемой поиска гармонии человека с миром, ценностей и смыслов в нем.

При сравнении сегодняшних программ и учебников с программами и учебниками двадцатилетней давности, можно отметить резкое увеличение информационной насыщенности. При этом сохраняются методы и средства, характерные для репродуктивного обучения.

Одну из причин сложившейся ситуации Ю.В. Сенько видит в распространенном в педагогике представлении об образовании как «наполнении» кого-то (образующегося) чем-то (педагогически переработанным

социальным опытом).

В своей монографии «Образовательная технология: от приема до философии» В.В. Гузеев отмечает, что система обучения в вузах сегодня по большей части сохраняется в том виде, как она была создана для первых средневековых университетов. Эта система исходит из незыблемых постулатов, которые в несколько утрированном виде при переложении выглядят так:

- Контингент обучаемых (студенты) высокомотивирован.
- Студенты отобраны через вступительные процедуры, и поэтому контингент относительно ровный по уровню стартовой подготовки.
- Студент не имеет лица.
- Преподаватели являются уникальными носителями знаний и культуры, светочами мысли.
- Конспект – единственный источник мудрости, и точность его воспроизведения – единственный критерий оценки.
- Высокая мотивация студентов становится еще выше от осознания мощности карательных мер, применяемых к нерадивым.

Действительно, как показывают многочисленные исследования, в вузах России сохраняются традиционные подходы к организации и осуществлению процесса обучения, заключающиеся в значительной степени в репродуктивности лекционно-семинарской системы занятий при явном их преобладании над исследовательскими формами организации учебного процесса.

В результате студенты ориентированы на фиксацию и воспроизведение информации, а многие преподаватели ориентированы на то, чтобы «успеть изложить то, что они запланировали». Слишком мало внимания уделяется развитию субъектной позиции студентов, их умениям самостоятельно мыслить, принимать решения, управлять собой на основе самоориентации, саморегуляции и самооценки.

Достаточно интересными в данном контексте явились результаты опросов, проводившихся нами среди студентов и преподавателей различных вузов города Оренбурга. Так, большинство студентов не смогли дать ясного ответа на вопрос «Для чего Вы учитесь?». Они лишь ограничились общими фразами типа: «Чтобы быть образованным человеком», «Чтобы занять свое время» и т.д. Более 2/3 опрошенных сомневаются в том, будут ли они после окончания вуза работать по специальности.

Среди первокурсников 70% студентов не умеют самостоятельно работать. Хотя на самостоятельную работу по учебным планам отводится до 50% времени, данные показывают, что реально самостоятельная деятельность не превышает 10%.

Между тем М. Монтень в своих «Опытах» писал: «Постоянно кричат ученику в уши, как будто льют в воронку, а обязанность ученика состоит только в повторении сказанного. Мне хотелось бы, чтобы учитель исправил эту сторону дела, чтобы он с самого начала сообразно со способностями воспитанника давал ему возможность высказаться, развивая в нем вкус к вещам, заставляя его производить между ними выбор и различать их, чтобы

иногда он указывал ученику путь, а иногда предоставлял ему и самому находить его».

В связи с этим необходимо отойти от рассмотрения студента как объекта массового воспроизводства кадров и признать его как субъекта психического и профессионального развития. Особенно важным нам видится создание условий для его самоидентификации, осознания себя как субъекта своего личностного и профессионального развития, условий, побуждающих его к поиску личностно-значимых смыслов, к самоанализу и рефлексии.

В психолого-педагогической литературе субъект определяется как носитель предметно-практической деятельности и познания, источник активности, направленной на объект. Понимание субъекта связывается с наделением человеческого индивида качествами быть активным, самостоятельным, способным, умелым в осуществлении специфически человеческих форм жизнедеятельности. Стать субъектом определенной деятельности - значит освоить эту деятельность, овладеть ею, быть способным к ее осуществлению и творческому преобразованию. Одновременно субъектность предполагает способность человека превращать собственную жизнедеятельность в предмет практического преобразования, позволяющего личности управлять собой на основе развития процесса самоориентации, саморегуляции и самооценки.

«Чтобы человек стал человеком, - писал Я.А. Коменский, - он должен получить образование». Метафорически образование можно определить как творение образа Человека в индивиде, осуществляемое в процессе освоения ценностей культуры. Это важнейшее условие саморазвития личности. Низкий уровень образования обедняет субъектные возможности индивида. Вот почему сегодня столь важно пересмотреть подходы к вузовскому образованию. Необходимо создать условия для того, чтобы деятельность студентов (субъектов учебного процесса) была направлена не только на удовлетворение познавательной потребности, но и на удовлетворение целого ряда других: в самоутверждении, в самовыражении, в самоактуализации, в саморазвитии.

Е.С. Полат в учебном пособии «Новые педагогические и информационные технологии в системе образования» отмечает: «... Главное стратегическое направление развития системы образования находится в решении проблемы личностно-ориентированного образования, такого образования, в котором личность ученика, студента была бы в центре внимания педагога, психолога, в котором деятельность учения – познавательная деятельность, а не преподавание – была бы ведущей в тандеме учитель-ученик, чтобы традиционная парадигма образования – учитель-ученик-учебник была со всей решительностью заменена на новую парадигму – ученик-учебник-учитель. Именно так построена система образования в лидирующих странах мира. Она отражает гуманистическое направление в философии, психологии и педагогике».

Ставя перед собой цели, определяя содержание, средства и методы высшего образования, следует, прежде всего, помнить о личности современного студента – не просто как будущего специалиста, но как

гражданина. Какими гражданами, какими родственниками и соседями станут наши студенты в будущем? Какую личность мы хотим вырастить? В чем будет состоять их профессионализм? Именно в университетские годы молодые люди задаются фундаментальными вопросами о себе и мире. Для студентов эти вопросы самоидентификации наиболее актуальны, они задаются ими постоянно – дома и в стенах университета, они решают их прямо и опосредованно, обсуждая с друзьями, родными, однокурсниками и преподавателями различные проблемы. Так, постепенно, формируется образ того взрослого, того гражданина, которым они станут в будущем.

Мы выдвинули гипотезу: поскольку выражение собственной точки зрения, обмен мнениями, оценка позиции других невозможны без включения в речевую деятельность, не стоит ли уделять больше внимания ее роли в развитии субъектной позиции студентов? Это могло бы в свою очередь помочь в решении многих проблем современного образования, в частности, таких важных как учение без внешнего принуждения, нравственное воспитание, самоопределение.

Вот почему столь важно, чтобы в университетских аудиториях звучали разные мнения, чтобы они были открыты для споров и дебатов, чтобы в них шел постоянный поиск – тогда все эти вопросы личного и общественного самоопределения естественным образом станут частью интеллектуального развития студентов. Намеренно связывая учебные курсы с жизнью, мы можем обрести большее влияние не только на интеллектуальное развитие наших студентов, но также и на их социальное, психологическое и общественное становление.

Следовательно, приоритетными в сфере образования должны быть такие формы и средства, которые сближают процесс познания с реальным поведением человека, где он сам принимает решения и эмоционально переживает результат; которые способствуют тому, чтобы студент овладел методами самостоятельного поиска решений в различных областях науки и культуры, теории и практики.

Так, говоря о технологиях обучения в высшей школе, Е.С. Заир-Бек и Б.В. Авво подчеркивают, что они должны выполнять следующие функции:

- инициирование активности студентов;
- оснащение способами продуктивной деятельности, работы с разнообразными формами текстов;
- стимулирование индивидуального выбора и мотивации творчества;
- обеспечение развития критического мышления, обмена ценностными суждениями;
- активизация сотрудничества в коллективной работе;
- тренинг моделей этических педагогических стратегий поведения и коммуникативных умений;
- помощь в самоуправлении исследовательской деятельностью; получение «Я-сообщений».

Очевидно, что решение этих задач с помощью традиционных способов обучения сегодня проблематично. Нам видится, что новые педагогические

технологии предоставляют для этого более широкие возможности. Особенно эффективной для развития субъектной позиции студентов нам представляется педагогическая технология развития критического мышления.

Прежде всего, определим для себя, что же подразумевается под термином «критическое мышление». В литературе встречается много определений этого понятия, и отнюдь не все они пребывают в согласии друг с другом. Дать определение этого термина весьма непросто: слишком много различных параметров – умений, видов деятельности, ценностей – он в себя включает. Между тем явление это должно быть одинаково понятно всем – от учительницы начальных классов до преподавателя университета, представителям самых различных этносов и культур, поэтому его определение должно быть достаточно гибким.

В толковом словаре дается следующее определение КМ: «Критическое мышление - способность анализировать информацию с позиций логики, умение выносить обоснованные суждения, решения и применять полученные результаты как к стандартным, так и нестандартным ситуациям, вопросам и проблемам. Этому процессу присуща открытость новым идеям. Формирование КМ - одна из актуальнейших задач современного обучения».

В американских учебниках по курсу КМ можно найти следующее:

«Критическое мышление – это особый вид мышления, имеющий целью оценку идей. Более узко оно связано с проверкой точности утверждений и обоснованностью рассуждений».

Критическое мышление можно понимать и как систематическую оценку аргументов, основанную на ясных рациональных критериях.

Профессор Ралф Х. Джонсон из Канады определяет критическое мышление как «особый вид умственной деятельности, позволяющий человеку вынести здравое суждение о предложенной ему точке зрения или модели поведения». (Определение Джонсона подчеркивает роль критического мышления в решении вопросов и проблем.)

Роберт Эннис определяет критическое мышление как «принятие обдуманных решений о том, как следует поступать и во что верить».

Ричард Пауль называет КМ «мышлением, влекущим самоусовершенствование».

Российские педагоги рассматривают критическое мышление как способность ставить новые вопросы, вырабатывать разнообразные аргументы, принимать независимые продуманные решения.

Определение, предлагаемое Дэвидом Клустером, профессором, преподавателем американской литературы Хоуп-колледжа (Холланд, штат Мичиган, США), состоит из пяти пунктов:

- Во-первых, критическое мышление есть мышление самостоятельное. Когда занятие строится на принципах критического мышления, каждый формулирует свои идеи, оценки и убеждения независимо от остальных. Никто не может думать критически за нас, мы делаем это исключительно для самих себя. Следовательно, мышление может быть критическим только тогда, когда оно носит индивидуальный характер. Студенты должны иметь достаточно

свободы, чтобы думать собственной головой и самостоятельно решать даже самые сложные вопросы.

Критическое мышление не обязано быть совершенно оригинальным: мы вправе принять идею или убеждение другого человека как свои собственные. Нам даже приятно соглашаться с чужим мнением – это словно подтверждает нашу правоту. Критически мыслящий человек не так уж редко разделяет чью-то точку зрения. Но главное – каждый при этом сам решает, что ему думать. Самостоятельность, таким образом, есть первая и, возможно, важнейшая характеристика критического мышления.

- Во-вторых, информация является отправным, а отнюдь не конечным пунктом критического мышления. Знание создает мотивировку, без которой человек не может мыслить критически. Как иногда говорят, «трудно думать с пустой головой». Чтобы породить сложную мысль, нужно переработать гору «сырья» – фактов, идей, текстов, теорий, данных, концепций. Конечно же, не стоит приравнивать критическое мышление к традиционному изучению фактов – ясно, что фактические знания отнюдь его не исчерпывают. Однако и преподавательская работа не сводится к одному только обучению критическому мышлению: мы учим своих студентов воспринимать самые сложные понятия и удерживать в памяти самые разнообразные сведения. Обучение критическому мышлению – это лишь часть многогранной работы преподавателя.

- В-третьих, критическое мышление начинается с постановки вопросов и уяснения проблем, которые нужно решить. Человеческие существа любопытны по своей природе. Мы замечаем что-то новое – и хотим узнать, что это такое. Мы видим некую достопримечательность – и нам уже хочется проникнуть внутрь. «Во всем животном мире, – отмечает химик и философ Микаел Поланый, – начиная от таких простейших форм, как черви и, возможно, даже амёбы, мы наблюдаем вечное настороженное копошение, чисто исследовательскую активность, не связанную с прямым удовлетворением потребностей: стремление всякого живого существа к интеллектуальному контролю над своим окружением». Любопытство, таким образом, есть неотъемлемое свойство всего живого. К сожалению, у студентов подобное качество рассмотреть становится все сложнее, – увы, зачастую таково воздействие школьного образования на детские умы. Однако подлинный познавательный процесс на любом его этапе характеризуется стремлением познающего решать проблемы и отвечать на вопросы, возникающие из его собственных интересов и потребностей. «Следовательно, – заключает Джон Бин, – сложность обучения критическому мышлению состоит отчасти в том, чтобы помочь студентам разглядеть бесконечное многообразие окружающих нас проблем».

Бразильский педагог Пауло Фрейре придерживается мнения, что надо заменить традиционное «накопительное» образование – когда головы учащихся служат своеобразными «счетами», на которые учителя и преподаватели «кладут» знания, – на образование «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 предоставляет ему вуз. Особенно много внимания Фрейре уделяет вопросам подавления личности. Он уверен, что правильно организованное образование способно освободить учащихся от этого подавления, поэтому его образовательная концепция называется «освободительной педагогикой».

Американский философ и педагог Джон Дьюи считает, что критическое мышление возникает тогда, когда учащиеся 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 учащихся и побуждает их к критическому мышлению. «Только сражаясь с конкретной проблемой, отыскивая собственный выход из сложной ситуации, [ученик/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 учащихся 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 мотивации, так называемое образование превращается в шараду и пародию. У Дьюи не было сомнений в том, что происходящее в учебной аудитории не должно быть ничем иным, как мышлением, – независимым, с воображением, изобретательным. Предложенный им путь, и в этом ряд последователей едины с ним, заключается в том, что в качестве образца образовательный процесс в классе должен ориентироваться на процесс научного исследования.

Благодаря критическому мышлению учение из рутинной «школярской» работы превращается в целенаправленную, содержательную деятельность, в ходе которой ученики 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.

- В-четвертых, критическое мышление стремится к убедительной аргументации. Критически мыслящий человек находит собственное решение проблемы и подкрепляет это решение разумными, обоснованными доводами. Он также сознает, что возможны иные решения той же проблемы, и старается доказать, что выбранное им решение логичнее и рациональнее прочих.

Всякая аргументация содержит в себе три основных элемента. Центром аргументации, главным ее содержанием является утверждение (называемое также тезисом, основной идеей или положением). Утверждение поддерживается рядом доводов. Каждый из доводов, в свою очередь, подкрепляется доказательствами. В качестве доказательств могут использоваться статистические данные, выдержки из текста, личный опыт и вообще все, что говорит в пользу данной аргументации и может быть признано другими участниками обсуждения. Под всеми названными элементами аргументации – утверждением, доводами и доказательствами – лежит элемент четвертый: основание. Основание – это некая общая посылка, точка отсчета, которая является общей для оратора или писателя и его аудитории и которая дает обоснование всей аргументации. К примеру, автор заявляет, что уличные художники вправе помещать свои граффити на общественных зданиях (утверждение), поскольку эти рисунки выражают их личные убеждения (довод) и порой представляют собой художественную ценность (еще один довод). Затем автор приводит доказательства – допустим, выдержку из Конституции страны о праве на свободу слова или цитату из работы политического философа, который утверждает, что каждый человек имеет право на самовыражение. Кроме того, автор может привести примеры граффити, имеющих художественную ценность. Основанием или посылкой выстроенной им аргументации служит идея о свободе слова как особо важном праве человека.

Аргументация выигрывает, если учитывает существование возможных контраргументов, которые либо оспариваются, либо признаются допустимыми. Признание иных точек зрения только усиливает аргументацию. К примеру, наш защитник прав уличных художников укрепит свои позиции, если признает, что у владельцев зданий тоже есть права, которые необходимо оберегать, и следует найти компромисс между правами художника и правами владельца здания, стену которого превращают в «холст». Критически мыслящий человек, вооруженный сильными аргументами, способен противостоять даже таким авторитетам как печатное слово, сила традиции и мнение большинства, им практически невозможно манипулировать. Именно разумный, взвешенный подход к принятию сложных решений о поступках или ценностях лежит в основе большинства определений критического мышления.

- И, наконец, в-пятых, критическое мышление есть мышление социальное. Всякая мысль проверяется и оттачивается, когда ею делятся с другими, – или, как пишет философ Ханна Арендт, «совершенство может быть достигнуто только в чьем-то присутствии». Когда мы спорим, читаем, обсуждаем, возражаем и обмениваемся мнениями с другими людьми, мы уточняем и углубляем свою собственную позицию. Поэтому педагоги, работающие в русле критического мышления, всегда стараются использовать на своих занятиях всевозможные виды парной и групповой работы, включая проведение дебатов и дискуссий, а также различные виды публикаций письменных работ учащихся. И нет никакого противоречия в том, что первый пункт данного определения критического мышления говорит о его

независимости, а этот последний пункт подчеркивает социальные параметры критического мышления. В конечном итоге любой критический мыслитель работает в некоем сообществе и решает более широкие задачи, нежели только конструирование собственной личности.

Поэтому педагоги, работающие в русле критического мышления, уделяют большое внимание выработке качеств, необходимых для продуктивного обмена мнениями: терпимости, умению слушать других, ответственности за собственную точку зрения. Таким образом, педагогам удается значительно приблизить учебный процесс к реальной жизни, протекающей за стенами учебной аудитории.

При всем многообразии этих и других определений критического мышления можно увидеть в них близкий смысл. Критическое мышление означает мышление оценочное, рефлексивное. Это открытое мышление, не принимающее догм, развивающееся путем наложения новой информации на личный жизненный опыт.

Для нас как преподавателей проблема во всем этом одна: как претворить определение критического мышления в ежедневную практику? Как перейти от традиционной педагогики, от обучения «по программе» к педагогике прогрессивной, удовлетворяющей потребностям студентов и общества?

Для этого стоит обратиться к опыту тех стран, для которых развитие КМ не только футуристическая стратегия, но и достаточно глубоко и детально разработанное поле педагогической практики. Многообразные курсы КМ получили широкое распространение в учебных заведениях США, Канады и ряда других стран Запада.

В США критическое мышление приобрело актуальность в начале Второй мировой войны после суровой экономической депрессии. Изложенный в документе 1938 года «Перспективы образования в условиях американской демократии» аргумент в пользу введения критического мышления в образовательную систему США звучал так: критическое мышление – часть подготовки граждан, вовсе не искушенных в политических манипуляциях диктаторской власти, к жизни в лояльном и демократичном обществе.

В 80-е годы развитие критического мышления было специально выделено в перечнях декларируемых образовательных целей в большинстве штатов и школьных систем страны.

В середине 80-х годов национальное сообщество профессиональных философов и работников системы образования США определило КМ как существенный элемент современного образования. Был ясно признан его новаторский характер. КМ получило официальное признание как учебная дисциплина.

Известные представители педагогического сообщества по всей стране начали проявлять растущий интерес к обучению критическому мышлению (*critical thinking*) как цели образования. Поскольку философия предоставляет ресурсы, существенные для развития как методик, так и содержания обучения навыкам критического мышления, то было важно, чтобы профессиональные философы помогли разработать учебные планы и соответствующие формы

контроля по этой дисциплине. Американская философская ассоциация призывает своих членов помочь учебным заведениям выявить кафедры и отдельных философов, которые могли бы поддержать усилия по формированию новых учебных программ и тестов в области критического мышления.

В 90-е годы развитие критического мышления стало одной из основных образовательных целей в подавляющем большинстве европейских стран.

В свободном демократическом обществе на первое место выходит способность и готовность оценивать ситуацию критически, но без предубеждения, отделять истину от лжи, самостоятельно находить решение и защищать истину в споре.

Поскольку цивилизованный спор – естественный способ отношения двух или большего числа свободных личностей касательно вопросов из области пересечения их интересов, постольку критическое мышление оказывается необходимым условием достижения успеха в свободном демократическом обществе. Нет ничего удивительного в том, что критическое мышление, включая его преподавание в разных учебных заведениях, находит заметное развитие и распространение именно в демократически ориентированных странах. Вместе с тем, оно является не только следствием демократического образа жизни, но и фактором его формирования.

На сегодняшний день практика развития критического мышления в США осуществляется по двум направлениям, каждое из которых характеризуется своими методами и теоретическим фундаментом.

Первое направление занимается преподаванием КМ как самостоятельной дисциплины, где на вводных занятиях студентам объясняют, что КМ – это один из наиболее важных предметов, которые они будут изучать в колледже, независимо от области специализации.

Другое направление утверждает КМ в качестве методического стержня преподавания ряда академических дисциплин. В этом смысле КМ является не просто еще одним предметом, а системообразующим фактором образования, позволяющим повысить его эффективность и приблизить к потребностям практической деятельности специалиста.

Таким образом, «развитие критического мышления» - это современная образовательная технология, разработанная американскими специалистами по педагогике на основе обобщения опыта мировой педагогики и исходя из актуальных потребностей системы образования. Эта технология апробирована педагогами различных стран мира, и с 1997-1998 года успешно развивается в России.

Сторонников развития критического мышления учащихся среди российских педагогов достаточно много. Так, М.О. Чошанов, разрабатывая технологию проблемно-модульного обучения, пришел к выводу, что она продуктивна лишь тогда, когда учащиеся обладают критическим мышлением.

Критическое мышление означает не негативность суждений или критику, а разумное рассмотрение разнообразия подходов с тем, чтобы выносить обоснованные суждения и решения. Ориентация на критическое мышление

предполагает, что ничто не принимается на веру. Каждый учащийся, невзирая на авторитеты, вырабатывает свое мнение в контексте учебной программы.

Целью данной технологии является обеспечение развития критического мышления посредством интерактивного включения учащихся в образовательный процесс.

По признанию самих американцев, в основу технологии РКМ были положены идеи развивающего обучения великих психологов и педагогов от Жана Пиаже, Лоуренса Колберга до Льва Выготского.

Технология развития КМ исходит из положения о том, что критическое мышление способствует взаимоуважению партнеров, пониманию и продуктивному взаимодействию между людьми; облегчает понимание различных «взглядов на мир»; позволяет учащимся использовать свои знания для наполнения смыслом ситуаций с высоким уровнем неопределенности, создавать базу для новых типов человеческой деятельности.

Технология развития КМ позволяет четко организовать учебный процесс и решить важнейшие образовательные и воспитательные задачи:

- существенно повысить интерес студентов как к изучаемому материалу, так и к самому процессу обучения;
- развить у них умение самостоятельно обрабатывать информацию и осуществлять осознанный выбор во всех сферах деятельности;
- существенно повысить эффективность восприятия информации студентами;
- сформировать навыки работы в коллективе.

В замысле технологии развития КМ можно выделить социокультурный, технологический и методический аспекты.

В социокультурном аспекте основной является идея воспитания граждан открытого общества. Чтобы подготовить учащихся к жизни в нем, учебный процесс тесно увязывается с жизненными ситуациями, решением тех задач, с которыми они сталкиваются в реальной жизни. В технологическом аспекте основу составляет модель из трех стадий: 1) вызов – актуализация знаний учащихся перед изучением новой темы, которая призвана заинтересовать (показать предметную и жизненную важность изучаемой темы); 2) осмысление – поиск информации для решения поставленной задачи на стадии вызова; 3) рефлексия – размышление о том, что студенты узнали в процессе поиска изучения нового материала. В методическом аспекте технология представляет совокупность методик, включающих приемы по видам учебной деятельности независимо от предметного содержания. Триединая основа технологии (вызов – осмысление – размышление) задает последовательную структуру занятий и определенное сочетание конкретных методических приемов.

Технология развития критического мышления предлагает набор конкретных методических приемов, которые предназначены для использования на различных уровнях образования (от детского сада до ВУЗа), в различных предметных областях, видах и формах работы.

Большинство приемов, представленных в технологии, существовали разрозненно в рамках традиционной отечественной методики (маркировка

текста, систематизация материала, работа в группах и др.). Объединение и структурирование таких приемов для формирования и развития критического мышления, как это представлено в данной технологии, дает, безусловно, высокие результаты в процессе обучения.

Отечественные методики и технологии развивающего обучения также учат учиться, добывать знания, работать в группах, тем самым усваивать прочные знания. Авторы технологии развития КМ, придерживаясь этих принципов, акцент делают на самый важный, на наш взгляд, аспект в воспитании – социализацию учащихся, привитие им доброжелательного отношения к окружающим, ощущения собственной значимости в обществе.

Наиболее благоприятные возможности для использования технологии РКМ с целью развития субъектной позиции студентов вуза предоставляются на практических занятиях. Небольшая аудитория слушателей позволяет преподавателю видеть каждого в процессе практической деятельности, способствует возникновению устойчивых связей между всеми присутствующими, стимулирует процессы глубокого осмысления деятельности, облегчает диагностику результативности процесса.

Именно практические и семинарские занятия активизируют мыслительную и речевую деятельность студентов, вовлекая их в различные ее формы, которые и способствуют развитию их критического мышления и субъектной позиции в целом.

Как отмечает В.И. Андреев, «ценнейший элемент любого семинара - дискуссия». Мы можем говорить о том, что хотя дискуссия и не обязательно имеет место на каждом семинарском занятии, тем не менее, она занимает в них достаточное место.

М.В. Кларин отмечает, что учебной дискуссии среди современных дидактических поисков принадлежит одно из заметных мест. Она диалогична по своей сути – и как форма организации обучения, и как способ работы с содержанием учебного материала. Ее применение содействует развитию критического мышления, приобщению граждан к культуре демократического общества.

Для организации продуктивной дискуссии, способствующей развитию критического мышления, важно помнить об определенных условиях и правилах. А.М. Матюшкин подчеркивает, что в дискуссии важным фактором выступает общение с равноинформированными партнерами – членами студенческой группы – в отличие от общения с разноинформированным партнером – преподавателем. Это раскрепощает интеллектуальные возможности студентов, резко снижая барьеры общения, повышая его продуктивность.

Четко проведенная результативная дискуссия есть результат сформированности критического мышления ее участников. С другой стороны, процесс дискуссии – есть процесс его развития. Поэтому дискуссия в режиме технологии развития критического мышления важна не только с точки зрения решения содержательных предметных задач, но и как сам процесс, где студенты отслеживают развитие собственных представлений, способностей к

деловому и культурному взаимодействию.

В учебной литературе выделяются различные виды и модели дискуссий: проблемные дискуссии, дискуссии в сочетании с игровым моделированием, полемика, дебаты, перекрестная дискуссия.

Дж. Стил и ее коллеги – авторы педагогической технологии критического мышления - отмечают, что живой обмен идеями и мнениями между студентами дает возможность расширить свой выразительный словарь, а также познакомиться с различными возможностями учета этих идей.

Вопросы, возникающие в ходе дискуссии и обмена мнениями, стимулируют рефлексию. При этом 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.

Наряду с устными формами рефлексии, большинство ученых-психологов и педагогов отмечают, что важной для развития критического мышления является письменная рефлексия.

К сожалению, мы знаем, что письменной рефлексии в вузе уделяется недостаточное внимание. А между тем на письме процесс мышления становится видимым и, следовательно, доступным для преподавателя. Пишущий всегда активен. Он всегда мыслит самостоятельно и пользуется при этом всем имеющимся у него багажом знаний. Он выстраивает достойную аргументацию для подкрепления своего мнения. Хорошая письменная работа содержит в себе поиск решения некоей проблемы и предлагает найденный ответ читателям. Кроме того, она по природе своей носит социальный характер, так как пишущий всегда ориентируется на читателя.

Для студентов письмо – трудная, точнее, самая трудная часть учебного процесса. Естественно, что, давая письменное задание, преподаватель прибавляет хлопот и себе самому. Однако многие педагоги, понимая важность письма, все же добровольно идут на увеличение своей нагрузки. В ходе работы, которая может включать в себя мозговую атаку, собственно написание, доработку, редактирование и «публикацию», то есть обнародование получившегося текста, преподаватель может обучать своих студентов, помогая им справиться с трудной задачей. Для студентов же ценно, что преподаватель относится к их работе с интересом и уважением, и что сами они получили возможность поделиться своими мыслями с сокурсниками, другими преподавателями, родителями и даже с людьми, которых они совсем не знают. По всем этим причинам существует точка зрения, что письмо – наиболее эффективное средство обучения критическому мышлению.

Ученые, исследующие теорию и практику рефлексивного обучения, формулируют следующие принципы использования преподавателем в учебном процессе механизмов письменной рефлексии:

- Поощрение исследовательского письма. Важно поощрять студентов к ведению дневников и написанию различных отзывов, причем упор делается на умение зафиксировать идеи для последующего размышления и обсуждения, а не для обнародования в некоей законченной форме.

- Поощрение личного авторства студентов. Изначально важна позиция, заключающаяся в том, что каждый является экспертом хотя бы в узкой области собственного опыта.

- Поощрение самого процесса письма. Знакомство с совершенными по форме и написанными талантливыми авторами текстами не должно привести студентов к мысли о невозможности написания ими самими хороших текстов. В этом случае важным является знакомство учащихся с процессом писательского творчества: дневниками, записными книжками писателей с целью показа всех трудностей создания писателями их творений.

- Содержание должно быть выше формы. Форма не должна ограничивать желание студентов передавать свои мысли в письменном виде.

Как часто в рамках традиционного подхода преподаватели на занятиях хотят, чтобы студенты пришли к определенному выводу, подразумевая, что этот вывод должен быть одинаковым у всех и совпадать с их собственным. В результате, преподаватель не оставляет своим студентам шанса на собственные размышления. Как следствие, мы можем прочитать длинную лекцию, эмоционально рассказывать интересные, на наш взгляд, вещи, можем показать фильм или играть целый урок, но результат подчас оказывается плачевным - проходит некоторое время, и в памяти студентов практически ничего не остается.

Это может произойти потому, что ребята не задумываются о том, что они делают, для чего, выполняя предписания преподавателя. Преимущества технологии развития критического мышления особенно ярко проявляются при сравнении вышеизложенных примеров с высказываниями студентов, обучающихся по данной технологии:

- «Мы почувствовали раскрепощенность на занятии. Нам уже не стыдно задать самый глупый вопрос».

- «Пробуждается интерес к изучаемому. Запоминается любой, даже не очень интересный материал».

- «Приходится задуматься, когда ты сделаешь 20 пометок «не знаю», а однокурсник – всего 6».

- «По ходу обсуждения иногда выдвигают «дурацкие» идеи, безумные сочетания или понятия, которые некоторых смущают. Но преподаватель всегда находит успокаивающие слова, объясняя нам, что это – естественная часть учебного процесса. Он говорит, что издевательство над идеями не допустимо, поскольку «удушает» мышление».

То есть, педагогическая технология развития критического мышления представляется нам особенно эффективной для развития субъектной позиции студентов, для стимулирования и реализации их потребностей в самоутверждении, в самовыражении, в самоактуализации, в саморазвитии.

Раздел восьмой

Информационные технологии

РЕЖИМ КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЫ, КАК СОСТАВЛЯЮЩЕЙ СИСТЕМЫ ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Беляков Д.В. – доцент курса правовой информатики, кандидат военных наук

Данная работа посвящена анализу правового режима коммерческой тайны в законодательстве Российской Федерации.

Предметом правового регулирования в режиме коммерческой тайны является некоторый набор сведений. Объектом регулирования и правовой охраны являются интересы собственника или обладателя указанного набора сведений. Процедуру доступа к сведениям устанавливает собственник или обладатель. Цель законодательного регулирования режима коммерческой тайны состоит в том, чтобы защитить право обладателя данного набора сведений на индивидуализацию способа использования последних. Содержание режима коммерческой тайны можно представить как право обладателя информации на защиту от постороннего вмешательства в ее использование. По юридической принадлежности режим коммерческой тайны можно отнести к категории гражданских прав, связанных с защитой личной свободы, и прав на невмешательство в творческую деятельность и частную жизнь гражданина.

Понятие «коммерческая тайна», как объект правового регулирования имеет своим юридическим основанием время, место, вид деятельности и иные обстоятельства. Другими словами, правовая квалификация информации, представляемой как объект правового регулирования и обозначаемый как «коммерческая тайна», может меняться в различных обстоятельствах. Нормативное регулирование правоотношений в режиме коммерческой тайны не абсолютно по отношению к субъекту деятельности, профессиональной принадлежности и обычаям делового оборота. Например, одна и та же по форме представления информация одновременно может являться коммерческой тайной для предпринимателя, банковской тайной для банка, биржевой тайной, для акционеров, служебной тайной для налоговых инспекторов, и следственной тайной для правоохранительных органов.

Разглашение сведений, представляющих коммерческую тайну, в большинстве случаев связано с упущенной выгодой или с оценкой морального вреда. Поэтому ответственность за нарушение коммерческой тайны чаще всего будет гражданско-правовой, а в случаях причинения ущерба в крупном размере – уголовной.

Руководствуясь сказанным выше, можно предположить, что предмет правового регулирования, обозначаемый термином «коммерческая тайна», многозначен в своих проявлениях. Рассматриваемая в качестве объекта

правового регулирования, «коммерческая тайна» может быть представлена как многофункциональная правовая конструкция, находящая свое проявление в различных отраслях права.

ИСТОРИЧЕСКАЯ СПРАВКА

Правителями государств в различные эпохи создавались специальные законы, защищавшие интересы производителей, их хозяев и государств от возможной утечки секретов. Например, в Древнем Риме был принят закон, предусматривавший наказание в виде штрафа (который был равен удвоенной величине причиненных убытков) за принуждение чужих рабов к выдаче тайн своего хозяина. В античном мире родилась идея вести торговые книги, тайна которых являлась разновидностью коммерческой тайны. Промышленники, торговцы и банкиры обязаны были вести названные книги, отражавшие их деятельность и материальное положение. Ведение таких книг гарантировало защиту тайны на законном основании. Данные торговых книг могли быть сообщены только для целей правосудия, по фискальным соображениям (для уточнения налогов), по делам о наследовании имущества, в случаях прекращения существования товарищества или наступления банкротства¹.

В мировой практике законодательного регулирования коммерчески ценной информации употреблялись различные термины, обозначавшие суть данного понятия и использовавшие ключевое слово «тайна». Под *промысловой тайной* понимались индивидуальные особенности производства и купечески организованного предприятия, включавшие сведения, составлявшие промышленную, фабричную или торговую тайну. *Производственной тайной* считалось привнесение чего-либо нового в процесс создания благ. Под *фабричной тайной* понимался не только предмет патента, который первыми ввели Англия, Франция и Германия, но и любая особенность производства (речь идет о современном понятии «ноу-хау»). *Торговую тайну* составляли элементы индивидуальности, например, знание мест закупки товаров, списки покупателей и иное. *Коммерческая тайна* включала особенности коммерческой деятельности предприятия. Тайной становились любые сведения, представлявшие для собственника коммерческую ценность в современном понимании.

В законах Российской империи имелись нормы, предусматривавшие охрану фабричного секрета, торговой тайны и тайны кредитных установлений, которые являлись средством закрепления определенного положения предприятия в ряду конкурентов, удержания благоприятного сбыта. Режим промысловой тайны основан на принципе свободы конкуренции как на соревновании сил, способностей и труда каждого конкурента, но не на использовании работы соперника, потому что в противном случае речь идет о недобросовестной конкуренции. Чтобы не допустить разглашения промысловой тайны, предусматривалось правовое воздействие

¹ Коломиец А. Коммерческая тайна как объект гражданского оборота. - М.: Хозяйство и право, 2001. 48 с. (Прил. к журн. Хозяйство и право; № 6, июнь 2001 г.).

предохранительного (недопущение посторонних к торговым книгам, запрещение служащим оглашать известные им тайны предприятия и иное) и восстановительного характера (применение уголовных наказаний или взыскание убытков по гражданским искам).

Налаженная в правовом отношении система защиты производственной и коммерческой тайны царской России и обеспечивавшие ее законы были отменены в ноябре 1917 года в связи с принятием Советской властью Декрета о рабочем контроле. Однако новая власть весьма быстро осознала, что предприятие должно иметь право на защиту информации, обладающей экономической ценностью. На первых порах защите подлежали только сведения, касающиеся разработок и производства военного характера. В 1926 году ВЦИК утвердил перечень секретов, который позволял предприятиям защищать производственную и коммерческую тайну. В СССР отношение к коммерческой тайне на государственном уровне длительное время было негативным и основывалось на представлении о ней как об инструменте капиталистических фирм, используемом для утаивания части прибыли от налогообложения и иных правонарушений¹.

Правовая природа коммерческой тайны такова, что последняя может существовать в различных формах. Впервые о коммерческой тайне и праве на ее защиту упоминалось в статье 33 Закона СССР «О предприятиях в СССР» и в статье 28 Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Вопросы защиты коммерческой тайны нашли отражение в статьях 10 и 15 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». В мае 1991 года были приняты Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, в статье 151 которых устанавливался порядок правовой охраны секретов производства, действующий в настоящее время и регулирующий защиту «ноу-хау».

С 1 января 2005 года вступила в действие часть первая Гражданского Кодекса РФ, предусматривающая особую роль информации в гражданских правоотношениях. Согласно ст. 128 ГК РФ, информация становится объектом гражданских прав. В ст. 139 ГК РФ определены признаки коммерческой тайны как особого объекта гражданских прав, а также основания и формы ее защиты. Однако ГК РФ не раскрывал понятия «коммерческая тайна», не указывал перечень сведений, составляющих коммерческую тайну, а также сведения, которые не могут являться таковой. ГК РФ не определял права и обязанности лиц по неразглашению сведений, не устанавливал режим коммерческой тайны.

С течением времени в производственной сфере явно стала недостаточной защита интеллектуальных прав. Ведь одной только защиты прав собственника на изобретение, произведение и т.д. с помощью патента не достаточно. На получение патента уходит время, за которое скрываемая в тайне информация может стать явю для лиц, желающих ею обладать. Следовательно, назрела необходимость создания закона, обеспечивающего на государственном уровне

¹ Коломиец А. Коммерческая тайна как объект гражданского оборота. - М.: Хозяйство и право, 2001. 48 с. (Прил. к журн. Хозяйство и право; № 6, июнь 2001 г.).

защиту прав собственников от несанкционированного доступа и разглашения информации не только через патент, но и через придания информации определенного статуса.

По истечении восьми лет в России был принят Федеральный закон «О коммерческой тайне» от 29 июля 2004 года № 98-ФЗ¹. С 5 августа 2005 года закон вступил в действие. Данный закон регулирует отношения, связанные с отнесением информации к коммерческой тайне, передачей такой информации, охраной ее конфиденциальности в целях обеспечения баланса интересов обладателей информации, составляющей коммерческую тайну, и других участников регулируемых отношений, в том числе государства, на рынке товаров, работ, услуг и предупреждения недобросовестной конкуренции, а также определяет сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну (ст. 1 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»).

ЗАРУБЕЖНАЯ ПРАКТИКА

В большинстве зарубежных стран в настоящее время отсутствует единый нормативный общегосударственный акт, определяющий понятие «коммерческая тайна» и раскрывающий соответствующий механизм правового регулирования. Исключение составляют, пожалуй, только США. Правовые нормы, касающиеся регулирования коммерческой тайны, содержатся в различных нормативных актах, например, в Уголовном кодексе, законах о недобросовестной конкуренции, о свободе доступа к информации².

В Чехии и Югославии коммерческая тайна отнесена к сведениям, составляющим хозяйственную или деловую тайну. В законодательстве ФРГ под понятие «коммерческая тайна» подпадает любая информация, связанная с деятельностью фирмы, которая, по мнению ее владельца, должна храниться в тайне. Более определенно этот вопрос решен в Финляндии. Тайной там признаются сведения, которые при получении конкурентом могут содействовать его успеху или причинить ущерб фирме. Сущность понятия коммерческой тайны наиболее четко сформулирована в американском Законе о коммерческой тайне 1979 года: коммерческой тайной является информация (включая состав, формулу, комбинацию, программу, приспособление, метод, технику или процесс), имеющая экономическую стоимость, поскольку она не является общеизвестной или доступной лицам, могущим использовать ее в коммерческих целях, и являющаяся объектом разумных усилий по защите³.

В отдельных странах законодательно определены сведения, которые не могут являться коммерческой тайной: научные теории, математические методы и иное. Зарубежная фирма, совершив определенные действия, обеспечивает себя соответствующими доказательствами, имеющими юридическую силу. Например, практика защиты коммерческой тайны в США предусматривает

¹ Российская газета от 5 августа 2004 г. № 166.

² Практика защиты коммерческой тайны в США: Руководство по защите Вашей деловой информации. - М., 1992. 247 с.

³ Куликов А. О коммерческой и служебной тайне // Хозяйство и право. 1996. № 11. 99-103 с.

заклучение соглашения о сохранении коммерческой тайны, подписываемого в ходе оформления на работу, а также проведение специальной разъяснительной работы, которая также регламентирована соответствующими документами. Поступающему на работу может быть предложено написать заявление, касающееся посторонней частной информации, которую он получил по месту предыдущей работы. Практически речь идет о своего рода предупредительной работе, которая проводится в конкретной фирме и направлена на сохранение ее высокой репутации в деловом мире. Нанимающийся на работу сообщает, как правило, что он обязан сохранять в тайне секреты, полученные им по прежнему месту работы, и срок сохранения такой информации в тайне, а также информирует нового работодателя о том, что эту информацию он не вправе раскрывать и использовать по новому месту работы. Практика защиты коммерческой тайны в США предусматривает написание заявления увольняющегося служащего, где он фактически ставит фирму в известность относительно взятых им на себя обязательств о сохранении коммерческой тайны. В заявлении служащий сообщает, что обязательства по сохранению коммерческой тайны им выполнены и что в процессе своей работы он не участвовал в какой-либо деятельности, составляющей конкуренцию или противоречащей его обязательствам как служащего. Руководитель организации, откуда уволился работник, может поставить в известность нового работодателя в отношении информированности о коммерческой тайне организации принятого на службу работника. Кроме того, обычно руководитель организации письменно напоминает уволившемуся служащему об обязательствах по сохранению коммерческой тайны, что были подписаны им при приеме на работу¹.

В Германии сотрудник обязуется сохранить в тайне все ставшие ему известными в рамках его служебной деятельности производственные дела, в особенности деловые секреты. Обязательство неразглашения действует и после прекращения трудовых отношений. Практика защиты коммерческой тайны в Германии выработала сходную с практикой США методику, в соответствии с которой администрация работодателя предлагает работнику подписать дополнение к трудовому соглашению, где детализируются основные моменты, связанные с охраной прав обладателя коммерческой тайны, и обязательства работника на случай увольнения. Сотрудник обязуется по увольнении возвратить находившуюся у него в связи с его деятельностью документацию работодателю. Он не имеет права предъявлять какие-либо претензии на сохранение подобной документации у себя. Подобное соглашение в одном документе содержит условия, которые защищают работодателя от возможных убытков, связанных с разглашением коммерческой тайны работником. Приведенные примеры условий трудовых соглашений о сохранении информации, составляющей коммерческую тайну, фактически отражают состояние правовой урегулированности отношений, возникающих в связи с использованием информации, составляющей коммерческую тайну².

¹ Практика защиты коммерческой тайны в США. - М.: Крокус Интернэшнл, 1993.

² Лопатин В.Н. Правовая охрана и защита права на тайну // Юридический мир. 1999. № 4. С. 32-36.

ПОНЯТИЕ ТАЙНЫ И ВИДЫ «ТАЙН» В РОССИИ

В правовой обиход введены различные представления о тайне. Наряду с государственной, служебной, врачебной, коммерческой и иными вводится представление об адвокатской тайне, биржевой тайне, банковской тайне, налоговой тайне, тайне вклада и тайне договора, тайне телефонных переговоров и множества иных видов тайн.

Учитывая то, что в законодательстве часто встречается слово «тайна», следует уяснить его содержание и соотношение с термином «конфиденциальная информация». Закон, употребляя термин «тайна», часто не раскрывает его содержание. В русском языке «тайна» традиционно означает «все сокрытое, неизвестное, неведомое», а также «нечто скрытно хранимое, что скрывают от кого-либо». Таким образом, «тайна» имеет два смысловых значения: нечто абсолютно неизвестное всем и нечто относительно неизвестное для какого-либо круга лиц.

Тайна есть информация. В соответствии со ст. 2 Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации»,¹ под информацией понимаются сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления. Сведения должны быть известны или доверены узкому кругу лиц. При этом основанием известности сведений тому или иному лицу может быть профессиональная или служебная деятельность последних, семейно-брачные отношения и иное. Общим для всех видов конфиденциальных сведений является факт, что свободный доступ к ним ограничен в силу предписаний федерального законодательства. Нарушение неприкосновенности охраняемой законом тайны влечет ответственность (в том числе и уголовную). На лицах, которым доверена такая информация, лежит правовая обязанность не нарушать ее конфиденциальность.

Сведения (информация), составляющие ту или иную тайну, являются предметами права. Обычно предмет права есть вещь материального мира, имеющая определенные физические характеристики. Такими характеристиками может обладать носитель информации, но не сама информация. В Федеральном законе «Об информации, информатизации и защите информации» под информацией понимаются, в том числе, нематериализованные сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах, отраженные в образах, в том числе и вербальных. Действующее законодательство не вполне определяет юридическое существо тайны. По отношению к государственной тайне закон регулирует отношения, возникающие в связи с отнесением сведений к государственной тайне, их засекречиванием или рассекречиванием и защитой в интересах обеспечения безопасности Российской Федерации. Юридически значимая тайна лежит в основе возникающих определенных отношений. Сведения или информация, составляющие тайну, должны расцениваться как объект правоотношений, реализующийся и существующий в форме общественного отношения по его защите или использованию. Характер

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. № 8 от 20.02.1995 г.

общественных отношений должен лежать в основе видовой классификации тайны^{1,2,3}.

Личная тайна связана с обеспечением конституционных и иных прав личности. Право человека на тайну личной жизни как абсолютное правовое благо определено в Конституции Российской Федерации и Международном стандарте ООН в области защиты прав и свобод человека (статья 17 Международного Пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года) и отражено в составах Уголовного кодекса Российской Федерации. Можно говорить о разновидностях личной тайны как объекта охраны: частной жизни: личной переписки; телефонных переговоров; почтовых, телеграфных и иных сообщений. Тайна усыновления связана с интересами охраны семейной жизни. Ответственность за ее разглашение могут нести лица, которые обязаны хранить факт усыновления как служебную или профессиональную тайну (судьи, работники местных администраций, органов опеки и попечительства и прочие лица, указанные в части 1 статьи 139 Семейного кодекса Российской Федерации), а также все другие лица, если установлены их корыстные или иные низменные побуждения при разглашении этой тайны без согласия обоих усыновителей.

Коммерческая (в том числе банковская) тайна связана с интересами обеспечения законной предпринимательской деятельности (часть 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации). Содержание банковской тайны определено в статье 856 Гражданского кодекса Российской Федерации. В то же время нормативные акты регламентируют перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую (банковскую) тайну (информация об учредительных документах, регистрационном удостоверении, лицензии, патенте, о платежеспособности, об уплате налогов и обязательных платежах и иное). Необходимо отметить, что если бы банковская тайна была разновидностью коммерческой, выделять ее таким образом не было бы никакой необходимости.

Государственная тайна как вид тайны неоднократно указывается в статьях Уголовного кодекса Российской Федерации и имеет непосредственное уголовно-правовое значение, связанное с обеспечением внешней безопасности государства и государственной безопасности в целом. Государственную тайну Российской Федерации составляют защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации. На основе сохранения неприкосновенности государственной тайны обеспечивается не просто «государственная безопасность» в широком понимании, а внешняя безопасность государства. Государственная тайна в уголовно-правовом отношении находится в основе комплекса двух интересов уголовно-правовой охраны: внешней безопасности государства и безопасности

¹ Тайна: Коммерческая. Служебная. Государственная: Сб. норматив, правовых актов РФ / Сост. Коломиец А.В. - М.: Статут, 2001. 653 с.

² Лопатин В.Н. Правовая охрана и защита коммерческой тайны // Законодательство. 1998. № 11. С. 77-82.

³ Куликов А. О коммерческой и служебной тайне // Хозяйство и право. 1996. № 11. С. 99-103.

государства как таковой. Перечень сведений, отнесенных к государственной тайне, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 30 ноября 1995 года.

Служебная тайна связана с интересами государственной службы и службы в органах местного самоуправления.

Федеральное законодательство не имеет в своем списке нормативного акта, определяющего правовой статус служебной тайны. Отсутствует перечень сведений, подлежащих отнесению к служебной тайне. Очевидно, что доступ к профессиональным сведениям закрытого характера должностным лицом органа власти, которому эти сведения стали известны по службе, должен быть урегулирован соответствующим нормативным актом. При нарушении неприкосновенности информации, раскрывающей сведения о служебных интересах органа власти, страдают в первую очередь интересы службы.

Следственная тайна связана с интересами законного производства предварительного расследования по уголовным делам (ст. 310 УК РФ «Разглашение данных предварительного расследования»). В силу части 1 статьи 161 УПК РФ сведения о ходе предварительного расследования могут быть преданы гласности только с разрешения прокурора, следователя, дознавателя и только в том объеме, в каком ими будет признано это допустимым, если разглашение не противоречит интересам предварительного расследования и не связано с нарушением прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства. В законе отсутствует перечень сведений, составляющих следственную тайну. Это означает, что прокурор, следователь или лицо, производящее дознание, могут по своему усмотрению устанавливать, какая информация о предварительном расследовании может быть специально охраняемой.

Свидетельская тайна как объект уголовно-правовой охраны воплощается в институте свидетельского иммунитета от уголовной ответственности за совершение ряда преступлений против правосудия и основывается на семейно-брачных отношениях либо профессиональных (должностных) обязанностях. Свидетельский иммунитет как особый порядок наступления уголовной ответственности для определенного круга лиц при совершении ими некоторых преступлений против правосудия основан на обладании правом на свидетельскую тайну. Свидетельская тайна является, по существу, специальной разновидностью тайны и приобретает самостоятельное уголовно-правовое значение. Разновидность свидетельской тайны связана с интересами охраны сведений, составляющих служебную и должностную тайны в силу исполнения лицом профессиональных обязанностей. Защитнику принадлежит право отказа от дачи показаний об обстоятельствах, ставших известными в процессе оказания юридической помощи; священнослужитель обладает правом отказа от дачи показаний по обстоятельствам, ставшим известными ему из исповеди. В федеральном законодательстве существуют прямые указания на возможность отказа от дачи свидетельских показаний лицами, обладающими: государственной (статья 4 «О государственной тайне»), нотариальной (статья 5 Основ законодательства Российской Федерации «О

нотариате)), врачебной (статьи 35 и 61 Основ законодательства Российской Федерации «Об охране здоровья граждан») и иные.

Тайна безопасности участников правосудия составляет отдельный правовой режим. Социальная обусловленность уголовно-правовой охраны данной информации не вызывает сомнений. Система мер государственной защиты жизни, здоровья, имущества указанных лиц определена в Федеральном законе «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов». Тайна безопасности субъектов порядка управления является основанием обеспечения безопасности судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов¹.

КОММЕРЧЕСКАЯ ТАЙНА. РЕЖИМ КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЫ

Коммерческая тайна – конфиденциальность информации, позволяющая ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду (ст. 3 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»)².

Законом предусмотрен перечень сведений, составляющих коммерческую тайну, - научно-техническая, технологическая, производственная, финансово-экономическая или иная информация (в том числе, составляющая секреты производства (ноу-хау), которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к которой нет свободного доступа на законном основании в отношении которой обладателем такой информации введен режим коммерческой тайны (ст. 3 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»).

Право на отнесение информации к коммерческой тайне и на определение ее перечня и состава принадлежит обладателю такой информации с учетом положений закона (ст. 4 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»).

Сведения, которые не могут являться коммерческой тайной (ст. 5 ФЗ РФ «О коммерческой тайне», Постановление Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 года № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну»):

содержащиеся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

содержащиеся в документах, дающих право заниматься предпринимательской деятельностью (регистрационные удостоверения, лицензии, патенты);

о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств

¹ Тайна: Коммерческая. Служебная. Государственная: Сб. норматив, правовых актов РФ / Сост. Коломиец А.В. - М.: Статут, 2001. 653 с.

² Российская газета от 5 августа 2004 г. № 166.

соответствующих бюджетов;

о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, и об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости, и о наличии свободных рабочих мест;

о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;

о нарушениях законодательства РФ и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;

о размерах и структуре доходов некоммерческих организаций, о размерах и составе их имущества, об их расходах, о численности и об оплате труда их работников, об использовании безвозмездного труда граждан в деятельности некоммерческой организации;

о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;

обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена иными федеральными законами;

о нарушении антимонопольного законодательства;

об уплате налогов и обязательных платежах, об участии должностных лиц предприятия в кооперативах, малых предприятиях, товариществах, акционерных обществах, объединениях и других организациях, занимающихся предпринимательской деятельностью.

Данный перечень не является исчерпывающим с точки зрения закона. В состав отнесенного перечнем сведений может входить и другая информация, в частности установленная Постановлением Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 года № 35.

Режим коммерческой тайны устанавливается индивидуальным предпринимателем, юридическим лицом, учреждением, организацией самостоятельно на основании договора с лицами (работниками), обязанными обеспечивать реализацию мер по охране конфиденциальности информации¹.

Обязательство о неразглашении информации может быть оформлено как записью непосредственно в тексте трудового договора, так и в виде отдельного документа, являющегося приложением к трудовому договору. Форма и содержание соответствующего раздела трудового договора или отдельного приложения к нему в части, касающейся сохранения информации, составляющей коммерческую тайну, имеют большое значение. В случае разглашения работником информации, составляющей коммерческую тайну, эти

¹ Российская газета от 5 августа 2004 г. № 166.

документы составят юридическую основу для привлечения такого работника к ответственности и взыскания причиненного ущерба.

Вариант оформления обязательства о неразглашении коммерческой тайны в виде отдельного документа следует признать более предпочтительным. Не все работники организации допускаются к коммерческой тайне. Поэтому большинство из них будет свободно от обязательств по ее сохранности, если это обязательство является элементом должностной инструкции. В случае снятия грифа «коммерческая тайна» с такого рода информации обязательство не только утрачивает юридическую силу, но и может быть без особых сложностей аннулировано. Кроме того, прекращение указанного обязательства не влечет за собой необходимости вносить какие-либо отметки непосредственно в трудовой договор, что позволяет говорить о таком немаловажном факте как относительная простота юридического оформления принятия соответствующего обязательства и его прекращения.

В трудовом договоре, в рамках дополнительных (факультативных) условий законодатель предоставил сторонам возможность самим устанавливать необходимые критерии для решения вопросов, в которых стороны заинтересованы. Дополнительные (факультативные) условия трудового договора (контракта) являются тем юридически обоснованным кругом обязательств, в рамках которого и могут быть закреплены вопросы защиты информации, составляющей коммерческую тайну работодателя (обладателя охраняемой законом информации). В обязанности работника может быть включено условие о неразглашении им коммерческой тайны, к которой он будет допущен в силу его должностных обязанностей. Указанное условие может быть включено и в иные виды договоров, как договор поручительства, договор коммерческого представительства, агентский договор, договор поручения или доверенности, договор о рекламных услугах и иные информационные услуги.

Формулирование условий должно опираться на предусмотренный законодательством Российской Федерации перечень норм, посредством которых осуществляется правовое регулирование защиты информации и, в частности, коммерческой тайны. Прежде всего, здесь должен найти свое отражение смысл норм, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, Федеральным законом Российской Федерации «Об информации, информатизации и защите информации»; Гражданским кодексом Российской Федерации, ФЗ РФ «О Коммерческой тайне», иными положениями о защите коммерческой тайны, предусмотренными законодателем, уставом организации (работодателя). По своей юридической природе подобное условие в трудовом договоре является логическим завершением юридического оформления защиты информации, составляющей коммерческую тайну, на уровне хозяйствующего субъекта.

В договор работника, допускаемого к коммерческой тайне хозяйствующего субъекта (далее - организация), либо в приложение к нему могут быть включены следующие обязательства:

- не разглашать составляющую коммерческую тайну организации

информацию, которая будет ему доверена или станет известна по работе;

- не передавать третьим лицам и не раскрывать публично информацию, составляющую коммерческую тайну организации, без согласия администрации организации;

- сохранять информацию, составляющую коммерческую тайну тех организаций, с которыми имеются деловые отношения;

- выполнять относящиеся к работнику требования приказов, инструкций и положений по обеспечению сохранности коммерческой тайны организации;

- не использовать информацию, составляющую коммерческую тайну организации, для занятия другой деятельностью, которая в качестве конкурентного действия может нанести ущерб организации;

- в случае попытки посторонних лиц получить от работника информацию, составляющую коммерческую тайну организации, незамедлительно известить об этом соответствующее должностное лицо;

- незамедлительно сообщать соответствующему должностному лицу организации об утрате или недостатке носителей информации, составляющей коммерческую тайну, удостоверений, пропусков, ключей от режимных помещений, хранилищ, сейфов, личных печатей и о других фактах, которые могут привести к разглашению коммерческой тайны организации, а также о причинах и условиях возможной утечки информации, составляющей коммерческую тайну;

- в случае увольнения все носители информации, составляющей коммерческую тайну организации (документы, чертежи, рукописи, магнитные ленты, перфокарты, перфоленты, диски, дискеты, распечатки, кино- и фотоматериалы, изделия и др.), которые находились в распоряжении работника в связи с выполнением им служебных обязанностей во время работы в организации, передать соответствующему должностному лицу организации.

Помимо указанных положений в трудовом договоре может быть предусмотрено также ограничительное условие на случай увольнения работника, в соответствии с которым уволившийся работник обязан в течение определенного срока (два, три года) не разглашать и не использовать для себя или других лиц информацию, составляющую коммерческую тайну. Здесь же может быть предусмотрено и положение, предупреждающее работника о возможном наступлении гражданской, административной, уголовной либо иной ответственности в случае нарушения взятых работником обязательств¹.

Работник под расписку должен быть предупрежден об ответственности за нарушение этих положений (невыполнение взятых на себя обязательств). Кроме того, в трудовом договоре либо его неотъемлемой части (обязательстве о неразглашении информации, составляющей коммерческую тайну) следует предусмотреть порядок ознакомления работника с действующими в организации положениями и инструкциями по обеспечению сохранности коммерческой тайны.

Другой категорией субъектов коммерческой тайны является

¹ Гаврилов Э. Ответственность работников, разгласивших служебную или коммерческую тайну // Российская юстиция. № 3. 2000.

непосредственно руководитель организации. В силу своих должностных обязанностей и предоставленных ему собственником полномочий (если такой руководитель сам не является собственником организации, а значит, и обладателем коммерческой тайны) руководитель организации может быть наделен исключительными правами по организации защиты информации, составляющей коммерческую тайну (п. 1 ст. 139 ГК РФ, ст. 11 ФЗ РФ «О коммерческой тайне»)¹. Руководитель обладает также особыми возможностями в части информированности об охраняемых законом коммерческих секретах, в том числе и о коммерческой тайне руководимой им организации. На руководителя организации должны быть возложены обязанности по обеспечению сохранности коммерческой тайны организации. В связи с этим в контракт, заключаемый с руководителем при его найме, назначении или избрании, целесообразно включить соответствующие положения по данному вопросу².

При формулировании указанных положений нужно исходить из следующих критериев:

- необходимо обязать руководителя строго хранить коммерческую тайну организации и не использовать ее для занятия любой другой деятельностью в ущерб организации;

- в договоре следует отметить, что руководитель организации несет персональную ответственность за создание необходимых условий для обеспечения сохранности коммерческой тайны организации;

- руководитель организации, как и члены трудового коллектива, должен быть предупрежден об ответственности за нарушения режима коммерческой тайны и о том, что последствиями этого могут стать расторжение контракта, а также наступление предусмотренной законом юридической ответственности.

«НОУ-ХАУ», КАК ОБЪЕКТ КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЫ

Изначально понятие «ноу-хау» было введено в ст. 151 Основ гражданского законодательства. Ст. 139 ГК РФ повторяет ст. 151, но термин «ноу-хау» заменен на другой - «служебная и коммерческая тайна».

В отличие от изобретений информация, являющаяся ноу-хау, не подлежит регистрации, а охраняется путем установления запрета ее разглашения для лиц, получивших доступ к такой информации. Правовой формой передачи ноу-хау является договор о передаче ноу-хау. В отличие от лицензионного договора по договору о передаче ноу-хау передается само ноу-хау (информация), а не право на его использование. Права на ноу-хау часто передаются в комплексе исключительных прав по договору коммерческой концессии³.

Ноу-хау можно рассматривать как нематериальный актив предприятия. В

¹ Российская газета от 5 августа 2004 г. № 166.

² Гаврилов Э. Ответственность работников, разгласивших служебную или коммерческую тайну // Российская юстиция. № 3. 2000.

³ Хурматуллин В. Ноу-хау как нематериальный актив предприятия // Финансовая газета. № 19. май 1999.

соответствии с Положением по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации, утвержденным приказом Минфина России от 29.07.98 № 34н, «к нематериальным активам, используемым в хозяйственной деятельности в течение периода, превышающего 12 месяцев, и приносящим доход, относятся права, возникающие ...из прав на «ноу-хау» и др...». В терминологическом словаре «Интеллектуальная собственность» (О терминах и определениях, М., ИПКОН РАН, 1996 г.) дано достаточно широкое определение ноу-хау.

Ноу-хау - технические знания, секреты производства, опыт административный, финансовый, коммерческий или иной опыт, практически применяемые в деятельности предприятия, фирмы, компании, но которые еще не стали всеобщим достоянием. В международной практике под термином «ноу-хау» понимают как новые технические знания, так и опыт, секреты технологии, необходимые для производства продукции по лицензии. Нередко ноу-хау является самостоятельным предметом лицензионных сделок или беспатентных лицензий. Такого рода контракты весьма распространены при оказании технической помощи. Многие компании предпочитают не патентовать вновь создаваемые изобретения, а передавать их по лицензионным договорам в качестве ноу-хау. В составе передаваемого ноу-хау могут содержаться опытные образцы изделий, машины, отдельные детали, блоки, приспособления и устройства для обработки материалов. Как правило, при передаче технического ноу-хау передается техническая документация, т.е. чертежи, схемы, расчеты, формулы, технологические схемы и расчеты, инструкции по наладке, отработке, эксплуатации и т.д. Ноу-хау как объект лицензии может быть и коммерческого (или производственно-экономического) плана, например, организация и управление производством, торговлей. Адресные банки данных, банки данных клиентов-поставщиков, данные по организации сбыта и распространения продукции, методы и способы рекламы могут быть отнесены к ноу-хау коммерческого типа. При геологических работах в качестве ноу-хау могут выступать методы и способы выполнения поисковых геологических работ, геофизической и геохимической съемки, методы сбора опорной информации, методики геологической интерпретации данных съемки, информационные банки данных по геологическим разработкам и др. По закону преследуется разглашение ноу-хау, сохраняемого владельцем в тайне, завладение или самовольное его использование. Обеспечение прав владельца ноу-хау зависит, прежде всего, от правильно и четко сформулированных условий лицензионного договора (контракта), использования положений и норм о защите от недобросовестной конкуренции, других норм законодательства. В лицензионном договоре должны быть описаны права, передаваемые сведения, порядок использования и сохранности, сроки, порядок оплаты, ответственность за разглашение условий конфиденциальности¹.

¹ Соколов С.А. Стратегия и тактика ведения переговоров при торговле лицензиями и ноу-хау / Рос. агентство по патентам и товар. знакам. – М.: Информ.-издат. центр. - 2-е изд., испр. и доп. 2000. 208 с.

ВЫВОДЫ

На основании вышеизложенного можно сделать ряд выводов по совершенствованию законодательства РФ о коммерческой тайне:

1. Необходимо на законодательном уровне определить понятие служебной тайны и ее отличия от коммерческой тайны.

2. В Кодекс РФ об административных правонарушениях внести изменения в ст. 13.14, устанавливающие разграничения между административной и уголовной ответственностями.

3. На законодательном уровне определить режим правового регулирования информационных сообщений в сети Интернет с учетом того, что электронные сообщения могут быть носителями коммерческой тайны.

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ ОБНАРУЖЕНИЯ СЕТЕВЫХ АТАК

Черняев С.В. – зав. курсом правовой информатики, к.т.н., доцент

На современном этапе развития средств сетевой безопасности большое значение приобретают комплексные системы обеспечения защиты информации. В качестве компонентов такого рода систем в обязательном порядке называют межсетевые экраны, системы антивирусной защиты, средства организации виртуальных частных сетей и средства анализа уязвимостей. Однако данные средства представляют собой пассивные системы защиты, либо реагирующие на уже произошедшее нарушение, как антивирусные средства либо препятствующие подобным нарушениям. В последнее время многие специалисты в области защиты информации говорят о концепции «активной обороны», позволяющей пресекать попытки нарушения периметра безопасности в автоматическом режиме и выявлять источник и методы таких попыток. Одним из главных элементов подобных систем являются программные *средства обнаружения атак* (Intrusion detection system). Обзор подобного рода систем - основная задача данной работы.

Обнаружение аномальной деятельности. Данная технология основана на предположении, что аномальное поведение субъекта (системы, программы, пользователи), т.е., как правило, атака или какое-нибудь враждебное действие часто проявляется как отклонение от нормального поведения. Примером аномального поведения может служить большое количество соединений за короткий промежуток времени, высокая загрузка центрального процессора, коэффициент сетевой нагрузки или использование периферийных устройств, которые обычно не задействуются. Если бы можно было описать профиль нормального поведения субъекта, то любое отклонение от него можно охарактеризовать как аномальное поведение. Однако аномальное поведение не всегда является атакой. Например, таким не является прием большого числа ответов на запрос об активности станций от системы сетевого управления, хотя многие системы обнаружения атак идентифицируют данный случай как атаку

типа «отказ в обслуживании». С учетом этого факта можно заметить, что возможны две крайности при использовании системы:

- обнаружение аномального поведения, которое не является атакой, и отнесение его к классу атак (false positive);
- пропуск атаки, которая не подпадает под определение аномального поведения (false negative). Этот случай гораздо более опасен, чем ложное причисление аномального поведения к классу атак.

Поэтому при настройке и эксплуатации систем такой категории администраторы сталкиваются с двумя задачами:

- построение профиля субъекта;
- определение граничных значений характеристик поведения субъекта для снижения вероятности появления одного из двух вышеназванных крайних случаев.

Подобные системы сильно загружают центральный процессор и требуют больших объемов дискового пространства для хранения собираемых данных и, в принципе, не применимы для систем, работающих в режиме реального времени (таких как системы «Операционный день банка» или система диспетчерского управления). Например, в банке операторы выполняют однотипные действия изо дня в день. Для таких систем можно легко разработать средства обнаружения аномалий, что и реализовано в системах обнаружения мошенничества. Однако для многих сред, таких как университетские сети или Web-серверы, к которым осуществляется доступ сотен пользователей при помощи всего одной учетной записи, эти подходы не применимы.

Обычно системы обнаружения аномальной активности используют в качестве источника данных журналы регистрации и текущую деятельность пользователя, хотя существуют примеры системы обнаружения аномалий в сетевом трафике.

Обнаружение злоумышленной деятельности. Другой подход к обнаружению атак сводится к обнаружению злоупотреблений, которое заключается в описании атаки в виде шаблона (pattern) или сигнатуры (signature) и поиске данного шаблона в контролируемом пространстве (например, сетевом трафике или журнале регистрации). Эта технология очень похожа на неэвристическое сканирование на наличие вирусов (фактически антивирусные сканеры являются ярким примером системы обнаружения атак), т.е. система может обнаружить все известные атаки, но она мало приспособлена для обнаружения новых, еще неизвестных, атак.

Подход, реализованный в таких системах, очень прост, и именно на нем основаны практически все предлагаемые сегодня на рынке системы обнаружения атак. Однако администраторы сталкиваются с проблемами и при эксплуатации этих систем. Первая проблема заключается в создании механизма описания сигнатур, т.е. языка описания атак. А вторая проблема, плавно вытекающая из первой, выражается в следующем: как записать атаку, чтобы зафиксировать все возможные ее модификации?

Важно правильно выбрать контролируемые параметры для системы обнаружения атак. Малое их число или неправильно отобранные параметры

могут привести к тому, что модель описания поведения субъектов системы будет неполной, и многие атаки останутся за пределами ее рассмотрения, и наоборот, слишком большое число параметров мониторинга вызовет снижение производительности контролируемого узла за счет увеличения требований к потребляемым ресурсам (оперативной и дисковой памяти, процессора и т.д.).

И хотя статистические методы достаточно эффективны и надежны для некоторых типов атак, широкого распространения в настоящее время они не получили из-за своих недостатков. Один из основных недостатков - это трудность задания порогового значения. Слишком большое пороговое значение приведет к тому, что многие атаки не будут обнаружены, а чересчур малое - обусловит большое число ложных срабатываний. Необходимо отметить, что в некоторых системах обнаружения атак (например, RealSecure Network Sensor) можно изменять соответствующие пороговые значения для некоторых атак. Однако выбор этих значений - очень нетривиальная задача, которая требует глубоких знаний контролируемой системы.

Экспертные системы. В то время, как при обнаружении аномалий, как правило, ориентируются на мониторинг пороговой величины для определения достижения заранее установленного предела, методы обнаружения злоупотреблений часто используют подход на основе правил. Когда он применяется для выявления злоупотреблений, правила описывают сценарии атак. Механизм обнаружения идентифицирует потенциальные атаки в случае, если действия пользователя совпадают с установленными правилами. Наличие исчерпывающих баз данных таких правил является наиболее важным аспектом для экспертных систем обнаружения атак. Экспертная система - это система, которая в контексте обнаружения атак принимает решение о принадлежности того или иного события к классу атак на основании имеющихся правил. Эти правила (rules) основаны на опыте специалистов и хранятся в специальном хранилище, называемом базой знаний (knowledge base). В большинстве случаев правила экспертной системы опираются на так называемые сигнатуры, которые и ищутся в контролируемом пространстве.

Сигнатуры - это шаблоны, сопоставленные известным атакам или злоупотреблениям в системах. Они могут быть простыми (строка знаков, соответствующая поиску отдельного условия или команды) или сложными (изменение состояния защиты, выраженное как формальное математическое выражение, последовательность действий или совокупность строк журнала регистрации).

Анализ сигнатур представляет собой контроль соответствия настроек системы и активности пользователя или иного субъекта системы, а также сверку сетевого трафика с базой данных известных атак и уязвимостей. Большинство коммерческих продуктов обнаружения атак проводят анализ сигнатур в сравнении с базой данных известных атак, поставляемой продавцом. Дополнительные сигнатуры, установленные клиентом, также могут быть добавлены как часть процесса конфигурации системы обнаружения атак. Большинство продавцов осуществляют периодические обновления базы данных сигнатур как часть соглашений по проведению технического

обслуживания программного обеспечения.

Несмотря на то, что в большинстве случаев экспертные системы применяются для обнаружения злоупотреблений, есть методы, которые используют правила для обнаружения аномалий. Например, метод прогнозируемых порождаемых шаблонов (predictive pattern generation) заключается в том, что будущие события предсказываются на основе уже случившихся. Однако можно видеть, что этому подходу присущи те же недостатки, что и всем экспертным системам. Если в базе знаний не прописан какой-либо сценарий атаки, то и обнаружить его будет невозможно. К сожалению, экспертные системы нуждаются в постоянном обновлении для того, чтобы оставаться актуальными. Требуемые обновления могут либо игнорироваться, либо применяться вручную (администратором). Как минимум, это приведет к экспертной системе с недостаточными (ослабленными) возможностями. В худшем случае, отсутствие сопровождения снизит степень защищенности всей сети.

Системы на основе правил не способны обнаруживать сценарии атак, которые происходят в течение продолжительных периодов времени. Любое развитие атаки либо с течением времени, либо среди нескольких, по-видимому, не связанных между собой злоумышленников, также приносит трудности для обнаружения при помощи этих методов.

Нейросети. Искусственная нейросеть (artificial neural network) состоит из совокупности элементов, которые взаимосвязаны друг с другом и трансформируют набор входных данных к набору желаемых выходных данных. Результат преобразования определяется характеристиками элементов и весами, соответствующими взаимосвязям между ними. Путем видоизменения соединений между узлами сети можно адаптироваться к желательным выходным результатам.

В отличие от экспертных систем, которые могут дать пользователю определенный ответ, соответствуют или нет рассматриваемые характеристики заложенным в базе данных правилам, нейросеть проводит анализ информации и предоставляет возможность оценить, как данные согласуются с характеристиками, которые она научена распознавать.

В то время как степень соответствия нейросетевого представления может достигать 100%, достоверность выбора полностью зависит от качества системы в анализе примеров поставленной задачи (так называемое обучение).

Первоначально нейросеть набирается опыта путем правильной идентификации предварительно выбранных примеров предметной области. Реакция нейросети анализируется, и система настраивается таким образом, чтобы достичь удовлетворительных результатов. В дополнение к первоначальному периоду обучения нейросеть также обучается с течением времени, по мере того, как она проводит анализ данных, связанных с предметной областью.

По вопросу применения нейросетей для обнаружения компьютерных атак было проведено небольшое количество исследований. Искусственные нейросети имеют потенциал для решения большого количества проблем, охва-

тываемых другими современными подходами к обнаружению атак. Искусственные нейросети могут быть разделены на контролируемые (по типу алгоритма обучения) и неконтролируемые. В контролируемом варианте сеть «узнает» желательный выход (известный правильный отклик сети на заданный образец) для каждого данного входного шаблона. Пример этой формы структуры сети – многоуровневый перцептрон (MLP). MLP – сильно взаимосвязанный слой нейронов, размещаемых во входном уровне, уровне вывода и одном или более «скрытых» уровнях. В процессе обучения каждый узел выполняет смещенную взвешенную сумму их вводов и передает этот уровень активации по функции преобразования на выход в наслоенной топологии прямого распространения. Сеть, таким образом, осуществляет простую обработку по форме модели ввода/вывода с весами и порогами, являющимися свободными параметрами модели. В процессе обучения MLP прогрессирует итерационно, проходя стадии так называемых «эпох», временной ряд появления сигнала. На каждой «эпохе» каждый конкретный вариант циклично обрабатывается по сети – выполняется сравнение целевых и текущих значений эффективных выходных параметров с оценкой ошибки, которая вместе с градиентом по топологии пространства ошибок используется для корректировки весовых значений. Результат преобразования определяется в соответствии с характеристиками узлов и весов по их взаимосвязям. Изменяя характер связи между узлами, можно адаптировать сеть к нужному отклику. Контролируемые обучающиеся структуры настраиваются по шаблонам без требований иметь нужный отклик сети для каждого набора по входу. Самоорганизующие карты (SOM) – одна из наиболее популярных форм неконтролируемых обучающихся структур нейросети. SOMs – сети, обеспечивающие «топологическое» сражение входного пространства в кластеры, в плоскую (двумерную) сетку нейронов. SOM строит кластеры так, чтобы любые два из них, находящиеся близко друг от друга в сетке, имели близко сопряженные векторы во входном пространстве. В процессе обучения SOM представлена рядом векторов данных и итерационно проходит также через «эпохи». В каждой итерации SOM выбирает «выигрывающий» «убеждающий» нейрон, который является самым близким к входному вектору, и корректирует его, увеличивая функцию правдоподобия по входному сигналу. SOM сети предназначены для задач классификации, но не для задач распознавания. Пространственные нейросети были заявлены в качестве альтернативы компонентам статистического анализа систем выявления аномалий.

Статистический анализ включает статистическое сравнение текущих событий с предварительно определенным набором эталонных критериев. Этот метод наиболее часто используется при обнаружении отклонений от типичного режима и определяет события, аналогичные событиям, которые указывают на атаку. Нейросети были специально предложены для того, чтобы идентифицировать типичные характеристики пользователей системы и статистически значимые отклонения от установленного режима работы пользователя.

Искусственные нейросети также предлагаются для использования при обнаружении компьютерных вирусов. В некоторых работах нейросети предлагались и в качестве подходов для статистического анализа при обнаружении вирусов в компьютерных сетях. Архитектура нейросети, которая была выбрана, представляла самоорганизующуюся карту («сети Кохонена»), которая использует один слой (уровень) нейронов для представления сведений от отдельного домена в форме геометрически организованной карты. Предлагаемая сеть была предназначена для изучения характеристик деятельности обычной системы и идентификации статистических отклонений от нормы, что может указывать на вирус.

В то время, как потребность в системах, способных точно идентифицировать примеры злоупотреблений в сети, растет, в настоящее время нет приемлемой альтернативы к системам обнаружения атак на основе правил. Этот метод продемонстрировал, что он является сравнительно эффективным, если известны точные характеристики атаки. Однако сетевые атаки постоянно изменяются, поскольку хакеры используют индивидуальные подходы, а также в связи с регулярным совершенствованием программного обеспечения и аппаратных средств выбранных систем. Из-за неограниченного разнообразия атак и хакеров даже специальные постоянные обновления базы знаний экспертной системы никогда не дадут гарантии точной идентификации всего диапазона атак.

Постоянно изменяющаяся природа сетевых атак требует гибкой защитной системы, которая способна анализировать грандиозное количество сетевого трафика способом, который является менее структурированным, чем системы на основе правил. Система обнаружения злоупотреблений на основе нейросетей могла бы в перспективе решить многие из проблем, имеющих в системах на основе правил.

Первым преимуществом в использовании нейросетей при обнаружении злоупотреблений является гибкость, которую эти сети предоставляют. Нейросеть способна анализировать данные от сети, даже если эти данные являются неполными или искаженными, обладает возможностью проводить анализ данных в нелинейном режиме. Более того, способность обрабатывать данные от большого количества источников в нелинейном режиме является особенно важной, поскольку некоторые атаки могут быть проведены против сети скоординированно многочисленными хакерами. Так как защита вычислительных ресурсов требует своевременной (быстрой) идентификации атак, скорость обработки в нейросети может быть достаточной для реагирования в реальном времени на проводимые атаки до того, как в системе появятся непоправимые повреждения, что является еще одним достоинством этого подхода.

Характерно, что выходные данные нейросети выражаются в форме вероятности, то есть нейросеть предоставляет возможность прогнозирования (предсказания) дальнейших злоупотреблений. Система обнаружения злоупотреблений на основе нейронной сети идентифицирует вероятность того, что отдельное событие либо серия событий указывают, что против системы осуществляется атака. По мере того, как нейросеть «набирается опыта», она

будет улучшать свою способность определять, в каком из этих событий наиболее вероятно имеются признаки атаки. Затем собранная информация может быть использована для генерации серии событий, которые должны реализовываться, если бы действительно имела место попытка атаки. Отслеживая последовательное местонахождение этих событий, система способна улучшить анализ событий и провести защитные мероприятия прежде, чем атака станет успешной. Кроме того, механизм обучения позволяет не тратить средства на длительные исследования новых атак и алгоритмов их обнаружения.

Однако наиболее важное преимущество нейросетей при обнаружении злоупотреблений заключается в способности нейросетей «изучать» характеристики умышленных атак и идентифицировать элементы (например, трафик), которые непохожи на те, что наблюдались в сети прежде.

Нейросеть может быть обучена распознавать известные подозрительные события с высокой степенью точности. Это представляет собой очень ценную способность, поскольку злоумышленники очень часто подражают «успехам» других; сеть также в состоянии использовать эти знания для идентификации атак, которые неточно соответствуют характеристикам предыдущих вторжений. Вероятность атаки на систему может быть оценена и обозначена, независимо от того, превышает или нет вероятность установленную пороговую величину.

Есть, очевидно, две основных причины, почему нейросети не применялись ранее в задачах обнаружения злоупотреблений. Первая причина связана с требованиями к обучению нейросети. Поскольку способность искусственной нейросети идентифицировать указания на атаку полностью зависит от точности обучения системы, обучающие данные и используемые методы обучения являются наиболее важными компонентами. Порядок обучения требует большого количества данных с тем, чтобы убедиться, что результаты являются статистически значимыми. При обучении нейросети в целях обнаружения злоупотреблений, возможно, понадобится проведение тысяч индивидуальных атак, а такое количество чувствительной информации трудно получить. Однако, основное неудобство применения нейросетей для детектирования вторжения – это природа «черного ящика» нейросети. Он может принять решения об отнесении события к классу атак, но не объясняет, почему такое решение было принято. Однако справедливости ради надо сказать, что для конечного пользователя способ принятия решения и в других методах также является тайной за семью печатями. Система обнаружения атак выдает пользователю свой вердикт, а он не может проверить, так это или нет.

Есть два общих варианта реализации нейросетей в системах обнаружения злоупотреблений. Первый включает объединение их в существующих или видоизмененных экспертных системах. В отличие от предыдущих попыток использовать нейросети для обнаружения аномалий путем замещения ими существующих компонентов статистического анализа данное решение включает применение нейросетей для фильтрации входящих данных, которые могут указывать на злоупотребления, и направление этих событий к экспертной системе. Данная конфигурация должна улучшить эффективность системы обнаружения за счет снижения числа ложных

срабатываний, присущих экспертной системе. Поскольку нейросеть будет определять вероятность того, что конкретное событие указывает на атаку, пороговая величина может быть установлена там, где событие перенаправляется к экспертной системе для дополнительного анализа. Так как экспертная система только получает данные о событиях, которые рассматриваются в качестве подозрительных, чувствительность экспертной системы может возрастать (как правило, чувствительность экспертных систем должна сохраняться низкой для снижения количества ложных срабатываний). Настоящая конфигурация является выгодной для организаций, которые вложили средства в технологию экспертных систем на основе правил, за счет улучшения эффективности системы с сохранением результата от инвестиций, которые уже были сделаны в существующие системы обнаружения атак.

Недостаток описанного подхода заключается в том, что когда нейросеть улучшила свою способность идентифицировать новые атаки, экспертная система должна быть также обновлена для того, чтобы распознавать эти угрозы. Если экспертная система не была обновлена, то новые атаки, идентифицируемые нейросетью, будут в значительной степени игнорироваться экспертной системой, потому что ее собственные правила не способны распознавать новую опасность.

Второй подход заключается в реализации нейросети как отдельно взятой системы обнаружения злоупотреблений. В этой конфигурации нейросеть получает весь трафик и анализирует информацию на наличие в нем злоупотреблений. Любые случаи, которые идентифицируются с указанием на атаку, перенаправляются к администратору безопасности или используются системой автоматического реагирования на атаки. Этот подход имеет преимущество в скорости по сравнению с предыдущим принципом, так как существует только один уровень анализа. Кроме того, настоящая конфигурация должна улучшить эффективность с течением времени, поскольку сеть изучает характеристики атак. В отличие от первого подхода, эта концепция не ограничивается аналитической возможностью экспертной системы, и, как результат, она способна пойти дальше, за пределы экспертной системы на основе правил.

Примером системы, построенной по такому принципу, является AUBAD (Automated User Behavior Anomaly Detection system), разработанная в Австралии, в университете Мельбурна.

Как уже было отмечено, наиболее значительный недостаток применения нейросетей для обнаружения атак заключается в том, что по своей природе нейросеть представляет «черный ящик». В отличие от экспертных систем, которые имеют твердо установленные правила для анализа событий, нейросети адаптируют анализ данных в ответ на обучение, которое проводится в сети. Весомость (важность) соединений и функций передачи различных сетевых узлов обычно не играет особой роли после того, как сеть достигла приемлемого уровня успеха в идентификации событий. И хотя сетевой анализ достигает значительной вероятности успеха, основа этого уровня точности часто является

неизвестной. Проблема «черного ящика» досаждают нейросетям в большом количестве применений. Эта область практического использования нейросетей открыта для дальнейших исследований.

Таким образом, можно констатировать, что для современных систем обнаружения атак представляется перспективным использование комбинированных подходов на основе применения как статистических, так и экспертных методов с поддержкой распознавания атак на основе обучаемых нейросетей.