



## Реформирование правовой системы России и защита прав человека: национальный и международный контекст

VI Международная научная конференция студентов,  
аспирантов и молодых ученых  
(г. Красноярск, 5 – 6 апреля 2012 года)

*Сборник докладов*



г. Красноярск

УДК 340  
ББК 67  
Р45

- Р45 Реформирование правовой системы России и защита прав человека: национальный и международный контекст [Электронный ресурс]: сборник докладов VI Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых ученых (5–6 апреля 2012 года, г. Красноярск). – Электрон. дан. (12 Мб). – Красноярск : ЦСПТ, 2012. – 1 электрон. опт. диск (CD-ROM). – Систем. требования : Intel Pentium (или аналогичный процессор других производителей) 1 ГГц ; 512 Мб оперативной памяти; привод CD-ROM ; операц. система Windows 2000 / XP / Vista; Adobe Reader 7.0 и выше (или иной аналогичный продукт для чтения файлов формата pdf). – Загл. с диска.

В настоящем сборнике представлены тексты докладов участников VI Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Реформирование правовой системы России и защита прав человека: национальный и международный контекст», состоявшейся 5 – 6 апреля 2012 года в г. Красноярске на базе Юридического института Сибирского федерального университета, по широкому кругу вопросов реформирования правовой системы России.

Сборник предназначен для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, интересующихся проблемами правовой науки.

Сборник публикуется в авторской редакции.

Настоящий сборник подготовлен при поддержке Юридического агентства «Арбикон», ОАО «РусГидро» и АНО «Агентство правовых и психологических экспертиз».

**УДК 340**  
**ББК 67**

# СОДЕРЖАНИЕ

## *Теория государства и права*

<b>Белецкая Людмила Сергеевна</b>	
Оценочные понятия и их роль в праве	18
<b>Боровков Артем Александрович</b>	
Понятие и структура гражданского правового образования	21
<b>Верещак Дарья Дмитриевна</b>	
Юридическая сила обычного права в России	27
<b>Деменишин Андрей Витальевич</b>	
О добровольности в праве	31
<b>Дозорцев Олег Геннадьевич</b>	
Законодательство и правовая идеология: проблемы взаимодействия	35
<b>Исайкин Дмитрий Михайлович</b>	
К вопросу о праве наций на самоопределение как принципе правовой политики Российской Федерации в сфере национальных отношений	43
<b>Коркина Светлана Сергеевна</b>	
Правовое (законное) неравенство, как средство борьбы с неравенством фактическим и условным	47
<b>Лузина Надежда Николаевна</b>	
Теоретико-правовой анализ ценности интерпретационных актов Конституционного суда РФ	51
<b>Михалев Денис Валентинович</b>	
Цензура: законодательство и практика	57
<b>Подобникова Елена Васильевна</b>	
Правовой режим	60
<b>Ростовцев Евгений Геннадьевич</b>	
Законность как многоаспектное понятие	64
<b>Теплякова Анна Владимировна</b>	
Профилактика правонарушений: теоретико-правовой аспект	67
<b>Толстых Анна Степановна</b>	
К вопросу о потерпевшем в российском законодательстве	71
<b>Трофимик Александр Геннадьевич</b>	
К вопросу о функциях понятия «правовая политика»	75
<b>Ударцев Иван Олегович</b>	
Оценочные понятия в праве: проблемные вопросы	79

<b>Чашина Ирина Александровна</b>	
Запрещенные субкультуры в политической системе общества	86
<b>Шарабаев Антон Игоревич</b>	
Правовой мониторинг как средство выявления и устранения правотворческих ошибок	91
<b>Шушпанов Константин Сергеевич</b>	
Ограничения и имманентные пределы прав и свобод	96

### *История государства и права*

<b>Волошина Наталья Александровна</b>	
Некоторые проблемы правового регулирования деятельности уполномоченного по правам человека в субъектах Российской Федерации	101
<b>Лыков Андрей Юрьевич</b>	
Глобальные проблемы ноосферы как одна из предпосылок формирования мирового государства	108
<b>Неверова Елена Владимировна</b>	
«Махновская республика»: опыт государственного управления	115
<b>Самсонова Елизавета Андреевна</b>	
Развитие института собственности в римском праве	122
<b>Сухарева Ксения Сергеевна</b>	
Судебный прецедент как источник права в странах «обычного права» и в России	127
<b>Эккельман Наталья Александровна</b>	
Возраст уголовной ответственности в законодательных актах дореволюционной России (исторический аспект)	133

### *Конституционное право*

<b>Агафонова Анастасия Александровна</b>	
Перспективы реализации принципа светского государства в России	138
<b>Акунченко Евгений Андреевич</b>	
Функция Президента РФ по определению основных направлений внутренней и внешней политики государства	142
<b>Васильева Юлия Олеговна</b>	
Влияние видов индивидуальных правовых актов государственного управления на основания и процедуру их отмены	147
<b>Испенбетова Лилия Амангельдиевна</b>	
Конституционализм в Казахстане: понятие и этапы становления	157
<b>Мовродов Валентин Иванович</b>	
Лимит на легионеров как нарушение конституционного права иностранцев на труд	161

<b>Печурина Анастасия Евгеньевна</b>	
Новый критерий допустимости проведения конкретного конституционного контроля в Конституционном суде Российской Федерации	166
<b>Пугачев Александр Николаевич</b>	
Понятие, предмет и объект науки конституционного права	170
<b>Райбекас Алла Ростиславна</b>	
Особенности конституционно-правового статуса временно пребывающих иностранных граждан	173
<i>Гражданское право</i>	
<b>Алексеева Елена Ильинична</b>	
К вопросу об участии несовершеннолетних в гражданско-процессуальных правоотношениях	181
<b>Багмет Татьяна Михайловна</b>	
К вопросу о понятии государственного органа и должностного лица (ст.1069 ГК РФ)	185
<b>Голубев Антон Юрьевич</b>	
Правовая природа Интернет-сайта и некоторые аспекты его использования	191
<b>Горбунова Светлана Викторовна</b>	
К вопросу об ответственности сторон в случае неисполнения денежных обязательств	197
<b>Грак Денис Валерьевич</b>	
Проблемы гражданской ответственности за вред, причиненный гражданину правоохранительными органами	202
<b>Дабаев Бато Аюрович</b>	
Некоторые проблемы исполнения обязанностей покупателем по договору поставки	209
<b>Давыдова Полина Александровна</b>	
Некоторые проблемы привлечения к ответственности пользователей социальных сетей	213
<b>Дерменева Виктория Евгеньевна</b>	
О хозяйственных партнерствах: плюсы и минусы	217
<b>Иванчик Анастасия Михайловна</b>	
К вопросу о соотношении самовольной постройки и самовольной реконструкции	221
<b>Ким Александр Романович</b>	
Правовая природа слияний и поглощений в российском праве	226
<b>Кириллова Инга Николаевна</b>	
Некоторые вопросы признания права собственности на самовольные постройки	233
<b>Кочелорова Евгения Сергеевна</b>	
К проблеме исполнения обязательства несостоятельного должника третьим лицом	240

<b>Кротова Екатерина Владиславовна</b>	
Субсидиарная ответственность родителей и законных представителей за вред, причиненный несовершеннолетними от 14 до 18 лет	245
<b>Медяник Егор Юрьевич</b>	
Уменьшение неустойки: новеллы в правоприменении	249
<b>Мирошниченко Игорь Владимирович</b>	
Гражданско-правовые отношения в области профессионального спорта	254
<b>Мишин Никита Александрович</b>	
К вопросу о сделках с потестативными условиями	256
<b>Петрова Екатерина Юрьевна</b>	
Сравнительно-правовой анализ законодательства о вещных правах в России и Китае	260
<b>Попков Марк Сергеевич</b>	
К вопросу о понятии корпорации и корпоративных отношений	268
<b>Руднева Елена Викторовна</b>	
Способы правового регулирования поведения родителей как основа защиты прав ребенка	274
<b>Рыжова Екатерина Юрьевна</b>	
Юридическая природа реституции	279
<b>Тарасова Валентина Юрьевна</b>	
Понятие доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью	284
<b>Трубин Роман Олегович</b>	
К вопросу о переводе жилых помещений в нежилые	292
<b>Трухина Анастасия Сергеевна</b>	
Осуществление права собственности на земельный участок под многоквартирным домом	297
<b>Хаврошина Юлия Сергеевна</b>	
Фикции передачи вещи: значение в развитии гражданского оборота	304
<b>Цепцова Дарья Сергеевна</b>	
Завещательный отказ: проблемные вопросы	311
<b>Чикун Мария Александровна</b>	
К вопросу об обеспечении баланса интересов субъектов поручительства	316
<i>Коммерческое, предпринимательское, финансовое и налоговое право</i>	
<b>Абрамов Максим Петрович</b>	
Несправедливые договорные условия в торговом обороте	325
<b>Бекежанов Даурен Нуржанович</b>	
Некоторые вопросы правового регулирования системы налогов и сборов Республики Казахстан	332

<b>Кориков Иван Игоревич</b>	
Рынок юридических услуг в Российской Федерации	336
<b>Рязанцева Ольга Викторовна</b>	
Существует ли безнадежный корпоративный спор?	341
<b>Тихонова Олеся Сергеевна</b>	
Отношение предпринимателей города Барнаула к процедуре медиации	345
<b>Хайленко Владимир Борисович</b>	
Использование процедуры медиации в целях реформирования Российской правовой системы	349

### *Трудовое право*

<b>Абрамчик Максим Андреевич</b>	
Узаконенный грабеж или проблемы применения статьи 397 ТК РФ	356
<b>Брагина Людмила Александровна</b>	
Проблемы заключения трудового договора	360
<b>Высоцкая Дарья Александровна</b>	
Категории «справедливость» и «дискриминация» в трудовом праве	363
<b>Драгунов Владислав Артурович</b>	
Правовое регулирование выплаты заработной платы: национальный и международный аспект	370
<b>Елисеев Игорь Олегович</b>	
В плену у прошлого: проблемы реализации права на занятие педагогической деятельностью	373
<b>Канина Кристина Олеговна</b>	
Дискриминация женщин и лиц с семейными обязанностями в сфере труда	380
<b>Ларкина Мария Сергеевна</b>	
Прием на работу и отказ в приеме на работу как право работодателя	387
<b>Молодкин Павел Юрьевич</b>	
Правовой аспект порядка начисления заработной платы работникам, занятых на работах в местностях с особыми климатическими условиями	393
<b>Политова Ольга Андреевна</b>	
Некоторые вопросы расторжения трудового договора в связи с утратой доверия (п. 7 ч. 1 ст. 81 ТК РФ)	397
<b>Серкова Кристина Денисовна</b>	
Некоторые гарантии, обеспечивающие защиту прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя	405

### *Социальное обеспечение*

<b>Гуцко Полина Александровна</b>	
Профессиональное пенсионное страхование в Республике Беларусь	413

<b>Дабаев Бато Аюрович</b>	
Некоторые проблемные вопросы в предоставлении льгот многодетной семье	415
<b>Матвиенко Евгения Петровна</b>	
К проблеме пенсионного обеспечения Украины в контексте мирового опыта	420
<b>Мерзлякова Алена Владимировна</b>	
Развитие социального партнерства в России	427
<b>Лушкина Мария Андреевна</b>	
Меры социальной защиты лиц, пострадавших в результате аварии на ЧАЭС: сравнительно-правовой анализ законодательства России, Украины и Беларуси	431
<b>Чельтёмова Александра Геннадьевна</b>	
Принцип уважение и учет интересов сторон как принцип социального партнерства: проблемы реализации	437
<i>Уголовное право</i>	
<b>Акимов Дмитрий Андреевич</b>	
Незаконный оборот наркотиков и лица его осуществляющие	445
<b>Алахтаев Владимир Эдуардович</b>	
Некоторые уголовно-правовые аспекты судимости	449
<b>Аюшеева Елена Викторовна</b>	
Сотрудничество Российской Федерации и Китайской Народной Республики в области наркопреступлений	453
<b>Васильев Дмитрий Сергеевич</b>	
Эффективность гуманизма в профилактике преступлений	457
<b>Верещагина Ксения Олеговна</b>	
К вопросу об уточнении содержания понятия «жилище» в отечественном уголовном праве	464
<b>Волынщикова Татьяна Сергеевна</b>	
Возрастные пределы уголовной ответственности	467
<b>Данилов Николай Александрович</b>	
К вопросу об объекте неправомерного завладения автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения	472
<b>Данилов Никита Владимирович</b>	
Проблемы реформирования института понятых в уголовном судопроизводстве	477
<b>Дерменева Виктория Евгеньевна</b>	
Новеллы уголовного законодательства, касающиеся категорий преступлений	481
<b>Жилионис Борис Андреевич</b>	
Проблемы соотношения условного осуждения и наказания в виде ограничения свободы	485



<b>Копнина Алёна Владимировна</b>	
Сравнительно-правовой анализ уголовного законодательства об ответственности за возбуждение ненависти либо вражды, унижение достоинства человека по признакам расы, национальности, отношения к религии, принадлежности к какой-либо социальной группе	489
<b>Мелешко Денис Анатольевич</b>	
Противодействие легализации (отмыванию) преступных доходов: национальный и международный контекст	496
<b>Москалев Георгий Леонидович</b>	
Принудительная передача детей как форма совершения геноцида	499
<b>Молчанова Марина Сергеевна</b>	
О признаках необходимой обороны, относящихся к защите от посягательства	506
<b>Никитенко Ольга Геннадьевна</b>	
Бандитизм и терроризм: сравнительный анализ	510
<b>Николаева Екатерина Игоревна</b>	
Сравнительный анализ торговли людьми и вовлечения в занятие проституцией (ст.127.1 и ст.240 УК РФ)	513
<b>Овчарова Александра Евгеньевна</b>	
О возможности рассмотрения половой неприкосновенности детей двенадцатилетнего возраста в качестве непосредственного объекта состава преступления, предусмотренного ст. 134 УК РФ	518
<b>Полищук Илья Александрович</b>	
Субъект преступления, предусмотренного ст. 124 УК РФ	524
<b>Чебоксарова Мария Александровна</b>	
Объективное и субъективное вменение в уголовном праве	529
<b>Чеканчиков Марк Владимирович</b>	
Проблемы определения непосредственного объекта вымогательства (ст.163 УК РФ)	534
<b>Черноусова Анастасия Владимировна</b>	
Уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве: анализ доктрины уголовного права и правоприменительной практики	540
<i>Уголовный процесс</i>	
<b>Воронцов Тимофей Николаевич</b>	
Процессуальное закрепление доказательств, добытых адвокатом, на этапе предварительного расследования	545
<b>Высоцкая Дарья Александровна</b>	
Реализация права на справедливый суд в российском уголовном процессе	552
<b>Дю Марина Александровна</b>	
Роль суда в доказывании по уголовному делу на стадии судебного разбирательства	560

<b>Евсеева Полина Александровна</b> Особенности методики расследования убийств совершенных с использованием ядов	565
<b>Зайцев Василий Сергеевич</b> Причина неэффективности и несвоевременности прокурорского надзора – ч. 6 ст. 37 УПК РФ	569
<b>Зейналов Илгар Зияудинович</b> О применении к результатам оперативно-розыскной деятельности положений ст. 75 УПК РФ	574
<b>Иванова Ольга Геннадьевна</b> Пределы полномочий суда при избрании меры пресечения	578
<b>Ирбеткин Артем Евгеньевич</b> Проблемы производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц	582
<b>Исаченков Семён Борисович</b> Познавательный характер российского уголовного процесса, его влияние на роль защитника	585
<b>Катушенко Михаил Николаевич</b> Законность при производстве допроса	593
<b>Кибус Артем Игоревич</b> Значение адвокатской тайны	595
<b>Корниенко Светлана Ивановна</b> Проблемы разрешения конфликтов при взаимодействии адвоката и следователя	603
<b>Краснова Влада Юрьевна</b> Признание права на частичную реабилитацию в уголовном процессе	609
<b>Ларкина Наталья Сергеевна</b> Официальные извинения прокурора: нравственный аспект	614
<b>Лопатин Андрей Александрович</b> Исторический очерк и практика применения специальных психологических знаний в уголовном процессе	622
<b>Максимова Анна Александровна</b> Функция прокурора в российском уголовном процессе	625
<b>Мартынюк Михаил Викторович</b> Проблемы осуществления прокурорского надзор за разрешением сообщений о преступлениях, переданных в следственные органы в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ	629
<b>Меркушев Сергей Евгеньевич</b> Практические проблемы реализации доктрины плодов отравленного дерева в уголовном судопроизводстве	633

<b>Пашковский Александр Дмитриевич, Семёнов Виктор Валерьевич</b> Некоторые вопросы правового регулирования участия в уголовном судопроизводстве обвиняемых, страдающих тяжелыми заболеваниями	637
<b>Перевалова Юлия Владиславовна</b> Понятие и значение звуковых следов и их использование в криминалистических исследованиях звуковой среды	642
<b>Писаревский Илья Игоревич</b> Законодательное закрепление признаков справедливости, законности, обоснованности и мотивированности приговора, на примере ст. 297 УПК РФ	646
<b>Рудых Александра Игоревна</b> Правосудие и судебный контроль в уголовном процессе	651
<b>Сартис Антон Евгеньевич</b> Использование материалов ОРД в доказывании	655
<b>Северин Артем Русланович</b> Функции прокурора на стадии предварительного расследования	660
<b>Сорокина Инна Александровна</b> Организация прокурорского надзора в сфере защиты прав детей, усыновленных иностранными гражданами	663
<b>Тарасова Марина Сергеевна</b> Роль процессуальной самостоятельности следователя в реализации целей уголовного процесса	669
<b><i>Криминология</i></b>	
<b>Гутник Сергей Иосифович</b> К вопросу о правилах повышенной охраны, применяемых в отношении персональных данных	676
<b>Жолдошбаев Нурлан Аманбекович</b> Институт судимости в системе детерминант рецидивной преступности	681
<b>Коваль Юрий Александрович</b> О несовершенстве законодательного определения «должностное лицо» применительно к частно-публичной сфере	686
<b>Лоскутникова Марина Олеговна</b> Криминализация общественного сознания как результат латентной функции уголовно-исполнительной системы	691
<b>Моргун Олег Васильевич</b> Меры финансовой безопасности в сфере денежных расчетов	698
<b>Хлонова Наталья Валерьевна</b> Коррупциогенные факторы: проблемы нормативно-правового регулирувания и выявления	705

### *Ювенальная юстиция*

<b>Дунькова Юлия Петровна</b> Некоторые проблемы реабилитации несовершеннолетних - жертв преступных посягательств	713
<b>Дурасова Маргарита Вячеславовна</b> Ювенальная юстиция: за и против	718
<b>Дыкуха Наталья Владимировна</b> Направления совершенствования качества социальных услуг для несовершеннолетних г. Красноярска	723
<b>Мугако Анастасия Дмитриевна</b> Понятие процесса ресоциализации подростков, освободившихся из мест лишения свободы	726
<b>Муравьева Анастасия Сергеевна</b> К вопросу об оправданности снижения возраста уголовной ответственности в Российской Федерации	731
<b>Синельников Дмитрий Андреевич</b> Особенности отбывания наказания несовершеннолетними в воспитательных центрах	736
<b>Цехмистрова Наталия Павловна</b> Восстановительный подход в системе обращения с несовершеннолетними правонарушителями	741
<b>Чащина Ирина Александровна</b> Определение содержания понятия «субкультура» и его применение к сообществам несовершеннолетних, сформировавшимся в рамках пенитенциарных учреждений. Мониторинг как способ изучения субкультур	746
<b>Чернова Ирина Геннадьевна</b> Определение жестокого обращения с детьми на примере административной практики Пермского края	750
<b>Чуприков Роман Александрович</b> Процедура примирения с потерпевшим в Германии на примере проекта «Рукопожатие»	754
<b>Шайдуллина Алия Хамитовна</b> Введение в проблему социального менеджмента в ювенальной юстиции. Критерии эффективности	760

### *Международное публичное и частное право*

<b>Артёмова Евгения Владимировна</b> Использование института «добрых услуг» в предупреждении геноцида	766
<b>Белозеров Игорь Александрович</b> К вопросу о принципах международного контрактного права	773
<b>Береговая Евгения Викторовна</b> Перспективы развития корпораций в России в свете инновационной деятельности	779

<b>Бурчик Наталья Александровна</b> Неимущественные убытки юридических лиц: сравнительный анализ	787
<b>Гладких Анастасия Константиновна</b> Проблемы правового статуса транснациональных корпораций	793
<b>Зубченко Олеся Владимировна</b> Признание и установление эквивалентности иностранных документов об образовании	798
<b>Канина Кристина Олеговна</b> Проблема оговорки в праве международных договоров	803
<b>Кванталиани Ирма Элгуджевна</b> Международно-правовое обеспечение информационной безопасности	809
<b>Костюченко Яна Олеговна</b> Государство как участник внешнеэкономических сделок	812
<b>Кошляк Дмитрий Викторович</b> Понятие и признаки информации с ограниченным доступом	819
<b>Лобанова Алена Сергеева</b> Особенности понятия права собственности в правоположениях Европейского суда по правам человека и российской правовой системе	825
<b>Санникова Алина Юрьевна</b> Защита деловой репутации: сравнительный анализ	829
<b>Сашина Мария Сергеевна</b> Проблемы охраны авторских прав на произведения в электронной форме	836
<b>Сенченко Татьяна Андреевна</b> Модели медиации: сравнительный анализ	839
<b>Сметанюк Наталья Владимировна</b> Правовое регулирование СМИ в сети Интернет в законодательстве государств-членов СНГ	846
<b>Ульяюкова Дарья Юрьевна</b> К вопросу о понятии недвижимости в зарубежном законодательстве международные отношения	851
<b>Харламова Галина Ивановна</b> Проблема возврата культурных ценностей в страну их происхождения	859
<b>Чемерисова Елена Анатольевна</b> Роль таможенных союзов в регулировании международных торговых отношений	863
<b>Эрф Анастасия Викторовна</b> Трансграничные слияния и поглощения в свете вступления России во Всемирную торговую организацию	869

<b>Яровая Юлия Ивановна</b> Правовые основы деятельности филиалов иностранных банков в России	873
--	-----

*Гражданский процесс*

<b>Васильева Татьяна Андреевна</b> Проблемы персонификации органа публично - правового образования в гражданском процессе	880
<b>Дуб Кристина Васильевна</b> Нотариат: концепция превентивного правосудия	888
<b>Зименко Ольга Анатольевна</b> Досудебный порядок урегулирования споров	895
<b>Коваленко Оксана Сергеевна</b> Аудио- и видеозаписи в гражданском процессе России	902
<b>Копенков Иван Юрьевич</b> Проблемы разграничения подведомственности между арбитражными судами и судами общей юрисдикции	906
<b>Кочелорова Анна Сергеевна</b> Встречный иск в гражданском процессе	912
<b>Любченко Максим Янович</b> Отмена судебного постановления суда общей юрисдикции или арбитражного суда либо постановления государственного органа или органа местного самоуправления, послуживших основанием для принятия судебного постановления по данному делу, как основание для пересмотра судебных постановлений (актов), вступивших в законную силу, по новым обстоятельствам	917
<b>Молчанова Марина Сергеевна</b> Судебно-психиатрическая экспертиза о признании неправомерности применения недобровольных психиатрических мер	923
<b>Приходько Полина Вадимовна</b> Злоупотребление правом на обращение в суд за защитой	930
<b>Салинников Виктор Юрьевич</b> О правовой природе производства по рассмотрению дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок	935
<b>Самохвалова Ксения Васильевна</b> Производство по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов	940
<b>Сироткина Екатерина Олеговна</b> Основания для признания арбитражным судом ненормативных правовых актов недействительными, решений, действий (бездействий) органов публичной власти незаконными	947

<b>Шаймарданова Илона Шамильевна</b>	
Иски о признании: историческое развитие, зарубежный опыт, отграничение от других видов исков	952
<b>Шурякова Яна Александровна</b>	
Публичное образование как сторона цивилистического процесса	958

### *Компаративистика*

<b>Боженова Мария Владимировна</b>	
Der gutgläubige Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach deutschem Recht im Vergleich mit dem Vorschlag der Study Group on a European Civil Code für „Principles of European Law: Acquisition and Loss of Ownership of Goods“	967
<b>Бычкова Тамара Сергеевна</b>	
Schutz der Minderjährigen im Rechtsverkehr	975
<b>Григорьева Мария Григорьевна</b>	
Offshores. Analysis of functioning on the example of Republic of Cyprus	983
<b>Аня Гротеев</b>	
Сравнительный анализ соучастия в российском и немецком уголовном праве	990
<b>Гуляева Ксения Александровна</b>	
Recognition of governments: political or constitutive?	994
<b>Кареева Екатерина Олеговна</b>	
The principle of estoppel and the requirements of its application	999
<b>Качанова Анастасия Владимировна</b>	
Cultural internationalist approach in the protection of cultural property	1005
<b>Королева Ольга Евгеньевна</b>	
Formation of foreign companies and their structural subdivisions in the USA, the EU and the Russian Federation. The choice of applicable corporate law	1010
<b>Петрух Даниил Петрович</b>	
Common forms of collaboration between customs services of Russian Federation and People Republic of China	1016
<b>Талашкевич Наталья Николаевна</b>	
Special features of the parties to relationships originated from the procurement process: domestic and foreign experience	1020
<b>Якоби Герман Сергеевич</b>	
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen, die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen, im Strafrecht Deutschlands.	1024

*Международные отношения*

<b>Денисова Ксения Викторовна</b>	
Мораль и политика США	1031
<b>Матвеева Алёна Юрьевна</b>	
Международные образовательные программы как инструмент общественной дипломатии США	1037



# Теория государства и права

## Оценочные понятия и их роль в праве

Белецкая Людмила Сергеевна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Рудаков Алексей Александрович,  
к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Общеизвестно, что нормы права выражаются в языковой форме и могут состоять из логически связанных по своему содержанию понятий. Такие понятия – средства, к которым прибегает законодатель для выражения своей воли и регулирования общественных отношений.

Однако общественные отношения – сложное явление, которое находится в постоянном развитии. И зачастую практически невозможно предусмотреть на законодательном уровне все многообразие таких отношений. Вследствие этого законодатель прибегает к более приемлемым средствам – оценочным понятиям.

В юридический обиход термин «оценочное понятие» впервые ввел С.И. Вильнянский, понимая под ним те «понятия правовых норм, которые дают суду возможность свободной оценки фактов и учета индивидуальных особенностей конкретного случая при обязательном в то же время применении закона»<sup>1</sup>.

Впоследствии данный термин получил свое развитие в трудах Т.В. Кашаниной, Е.И. Астрахана, В.В. Питецкого и других. Каждый из этих авторов имеет свое представление об оценочных понятиях и соответствующую трактовку данного термина.

Е.И. Астрахан отмечает, что оценочное понятие в силу своей специфики не конкретизировано исчерпывающим образом ни в каком нормативном акте, оно конкретизируется в процессе правоприменения в каждом отдельном случае, оно дает правоприменяющему органу возможность самостоятельной оценки фактов с обязательным, однако, соблюдением тех общих критериев или признаков, которые предусмотрены в данном оценочном понятии<sup>2</sup>.

Т.В. Кашанина определяет оценочное понятие как «выраженное в нормах права положение (предписание), в котором закрепляются наиболее общие признаки, свойства, качества, связи и отношения разнообразных предметов, явлений, действий, процессов, детально не разъясняемое законодателем с тем, чтобы конкретизировалось путем оценки в процессе применения права и позволило осуществлять в пределах зафиксированной в нем общности индивидуальную поднормативную регламентацию общественных отношений»<sup>3</sup>.

1 См.: Вильнянский С.И. Применение норм советского права // Уч.записки Харьковского института. Вып.7. Харьков, 1956. С. 23.

2 См.: Астрахан Е.И. Оценочные понятия в советском законодательстве о труде и социальном обеспечении // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 30. М., 1974. С. 39.

3.Кашанина Т.В. Оценочные понятия в советском праве. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. Свердловск, 1974. С. 8.

В юридической литературе существует неоднозначное отношение к такому явлению в праве, как «оценочное понятие». Одними авторами отмечается, что оценочные понятия в праве – явление отрицательное, которое нужно искоренять. Поскольку применение оценочных понятий в конкретной ситуации во многом зависит от правового сознания, правовой культуры правоприменителя, это явление может породить множественность в толковании правовых норм.

Другие говорят, что, имея абстрактное, неконкретизированное содержание, оценочные понятия в процессе их применения дают возможность учитывать все особенности конкретной ситуации, обстоятельства рассматриваемого юридического дела, т.е. позволяют осуществлять индивидуальную регламентацию общественных отношений.

На наш взгляд, оценочные понятия необходимы в законодательстве и позволяют снять чрезмерную формализованность и сухость закона. Конечно, формальная определенность – необходимое свойство норм права. Однако, по нашему мнению, везде важна золотая середина: формальная определенность придает праву четкость, а оценочные понятия – необходимую гибкость и подвижность.

Немаловажно при рассмотрении данного вопроса обратить внимание на проблему выделения качественных, количественных и смешанных оценочных понятий.

Так, Т.В. Кашанина выделяет среди оценочных понятий в зависимости от предмета оценки качественные и количественные оценочные понятия.<sup>1</sup> В.В. Питецкий добавляет к этому списку также оценочные понятия смешанного типа<sup>2</sup>.

Количественные оценочные понятия характеризуются тем, что они выражают определенную меру отражаемых ими явлений. Уточнение содержания этих понятий производится с учетом количественных критериев, которые могут быть выражены числом, например, определенной денежной суммой.

Качественные оценочные понятия не могут быть выражены при помощи количественных критериев. Если для количественных оценочных понятий характерна преимущественно одна сторона явления, то для качественных оценочных понятий необходима совокупность нескольких признаков.

Оценочные понятия смешанного типа предполагают наличие количественной и качественной оценки. Оценочные понятия смешанного типа отличаются сложной структурой. Такие понятия, как «существенный вред», «тяжкие последствия» и др. предполагают с одной стороны, причинение материального ущерба, а с другой – нематериального характера в виде вреда, причиненного здоровью людей, нарушения нормальной деятельности предприятий, учреждений и т.п. Установление «существенности» и «тяжести» вреда в случае причинения имущественного ущерба предполагает

---

<sup>1</sup> Там же. С. 14.

<sup>2</sup> Питецкий В.В. Оценочные признаки уголовного закона (сущность, функции, перспективы использования в законодательстве). Красноярск: КГУ, 1993. С.20.

использование количественных критериев, в то время как ущерб нематериального характера требует других критериев оценки – качественных.<sup>1</sup>

Таким образом, явление оценочных понятий в праве естественно и закономерно. Более того, право не может существовать без них. Проблема в другом. Правоприменитель, учитывая отсутствие необходимых правовых традиций, в настоящее время зачастую не готов их адекватно использовать. Для разумного применения оценочных понятий необходим высокий уровень правосознания и правовой культуры как правоприменителя, так и всего общества.

---

<sup>1</sup> Питецкий В.В. Оценочные признаки уголовного закона (сущность, функции, перспективы использования в законодательстве). Красноярск: КГУ, 1993. С. 20-23.

## Понятие и структура гражданского правового образования

Боровков Артем Александрович,  
студент 2 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права Юридического  
института СФУ

Вопрос гражданского правового образования является комплексным. Это означает, что к нему нельзя подходить с одной стороны (изучать в одной плоскости), так как мы не только не разберемся в нем, но и не сможем установить границы исследуемого явления. Но может возникнуть вопрос: не преувеличена ли роль права в обществе, действительно правовое образование необходимо подавляющему большинству граждан? Ответ будет однозначным и бесповоротным. Правовые знания, навыки, умения, правовая социализация - служат необходимым критерием для совершенствования и укрепления гражданского общества и правового государства.

В ходе развития отечественной юридической науки, в различные временные промежутки поднимался вопрос о развитии правосознания и правовой культуры. Это представляется важным обстоятельством, ведь от знания и понимания права в обществе, отношения к нему людей, характера их поведения (правомерного или противоправного) в значительной мере зависит реализация содержащихся в юридических принципах и нормах прав, свобод и обязанностей человека<sup>1</sup>. В свою очередь, ГПО не входит в правовую культуру и правосознание, т.к. ГПО – это механизм формирования данных явлений. Например, в процессе ГПО обучающийся должен получить гражданское правосознание, которое отличается от иных видов правосознание (обывательского, обыденного, профессионального) тем, что именно оно дает представление о праве, связано с переживаниями и чувствами людей, которые имеют активную жизненную позицию. Правоактивный человек будет бороться за свои права, потому что право- это та ценность, без которой нельзя жить. В свою очередь, Ильин писал,- чтобы личные права были защищены, нужно верно участвовать в устройении общественной правовой жизни. Например, законодатель должен верно творить законы; судья должен толковать и применять законы, как этого требует его справедливое правосознание; а рядовой гражданин должен соблюдать действующие законы. Отсюда возникает потребность к проведению работ по воспитанию уважения к праву. «...право,- утверждал Матузов,- призвано выполнять не столько принудительные, сколько воспитательно-организующие функции...».<sup>2</sup> Воспитательному процессу необходимо, чтобы правомерное поведение не только имело место, но и чтобы

<sup>1</sup> Шафиров В.М. Обеспечение права: человекоцентристский подход: монография. Краснояр. Гос. Ун-т, Юрид. Ин-т. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2005. С. 129.

<sup>2</sup> Матузов Н.И. Социалистическое право и коммунистическая мораль в их взаимодействии. Саратов: Изд-во Саратов. Ун-та, 1969. С. 52.

оно было позитивно осознанным, чтобы оно явилось результатом глубокого внутреннего убеждения следовать правовым предписаниям.<sup>1</sup> Субъект такого правомерного поведения именуется правоуважающим и его нельзя путать с законопослушным субъектом, т.к. от второго не требуется уважительного отношения к закону, признания его справедливости, потому что его поведение может быть вызвано иными основаниями, например, страхом перед наказанием.

Для отечественной юридической науки и просвещения понятие «правовое образование» является достаточно новым. До конца 20 века в литературе разрабатывались только понятия «правовое воспитание» и «правовое обучение»<sup>2</sup>. При этом «правое воспитание» было более широким понятием, чем «правое обучение», «правое образование» и «правое просвещение». Велись споры, является ли правовое воспитание самостоятельным видом или частью нравственного, политического воспитания. Шафиров В.М. в монографии «Обеспечение права» справедливо заключает: «..в гуманитарных науках предпочтение отдается не гражданскому образованию, а гражданскому воспитанию, точнее воспитанию гражданственности.» Также : « авторы коллективной монографии «Нравственное воспитание» утверждают: Гражданственность – широкое, емкое понятие, несущее определенный конкретно-исторический смысл. Для личности оно имеет не только правовое значение (принадлежность к государству), но и нечто большее – высокосоциальное отношение к своим правам и обязанностям гражданина. Воспитание гражданственности как морального качества личности- это формирование общественно активной личности..». И.С. Самошенко и В.В. Тищенко пришли к выводу, что правовое воспитание следует понимать как процесс двоякого рода: с одной стороны на правовое сознание личности влияют социально-экономические условия, общественно-политический строй, а также непосредственно социальное окружение , а с другой- воздействуют организационно-идеологические факторы, специальная деятельность по развитию высокого уровня правосознания граждан<sup>3</sup>.

Никитина А.Е. в своей работе «Социальное воспитание детей - фактор стабилизации общества» излагает видение целей правового воспитания. Где одни авторы считают, что правовое воспитание призвано распространять правовые знания, формировать правовые убеждения и правовую культуру, воспитывать чувство уважения к нормам права и убежденность в необходимости их исполнения. Другие полагают, что целями правового воспитания являются еще и привитие навыков правомерного поведения; выработка привычки соблюдать и исполнять законы, отстаивать требования права; воспитание социально-правовой активности. И все же, на сегодняшний день в рамках ГПО правовое воспитание занимает строго установленное место. В ФЗ «Об Образовании» под образованием понимается целенаправленный процесс воспитания и обучения в интересах человека, общества, государства... Таким образом, мы видим, что

---

<sup>1</sup> Галимов М.М., Мураметс О.Ф. Правовое воспитание трудящихся и роль закона в его осуществлении. Казань: Изд-во Казань. Ун-та, 1976. С.109-110.

<sup>2</sup> Сафронов В. В. Правовое образование: монография. Красноярск: СибГАУ, 2009. С 180.

<sup>3</sup> См.: Самошенко И.С. и Тищенко В.В. Юридическая наука и правовое воспитание // Сов.юстиция. №23. С. 1-2.

образовательный процесс имеет в своем основании такие категории как «воспитание» и «обучение».

Взгляд на различие обучения и воспитания получил обстоятельное обоснование в конце 20 века в отечественной педагогической науке. В частности, категории «воспитание» и «обучение» освещаются как взаимосвязанные, взаимодополняющие, но относительно самостоятельные, не сводимые друг к другу подсистемы целенаправленно организованного процесса образования личности<sup>1</sup>. Считается, что обучение предполагает усвоение знаний, умений и навыков, как итог участники образовательного процесса способны говорить на одном языке, а воспитание предполагает усвоение ценностей, формирующих личность. Ряд авторов придерживаются точки зрения, предполагающей наиболее комфортный для образовательного процесса порядок действий. Так в образовании вначале должно быть обучение и только потом воспитание. Думается, что воспитание может быть успешным тогда, когда оно опирается на определенный багаж знаний. Так, например, в статье К.Д. Ушинского «О преступности в Англии и во Франции» говорится о причинах преступлений и о влиянии грамотности на сокращение их числа. К.Д. Ушинский, основываясь на статистическом материале преступлений, приходит к выводу: «... образованность, цивилизация на той ступени и в том виде, как она ныне существует, не уничтожает зерна преступления; оно только изменяет, обуславливает формы, в которых оно проявляется»<sup>2</sup>. Таким образом, Ушинским была высказана мысль о том, что одного только знания, полученного в процессе обучения, для формирования правового сознания и правового поведения человека недостаточно, а необходим целенаправленный процесс воспитания. В другой своей работе «О нравственном элементе в русском воспитании» Ушинский пишет: «... чаще всего мы очень хорошо понимаем, что закон полезен, что исполнение его необходимо для пользы общества, но понимаем также очень хорошо, что неисполнение законов очень полезно для нас самих»<sup>3</sup> - другими словами – знание закона и его значимости не дает гарантий исполнения его человеком, если же у него не воспитаны нравственные качества.

Правовое образование - это один из видов образования вообще. В соответствии с действующим законодательством право на образование - это неотъемлемое право каждой личности, поэтому любой гражданин имеет возможность получить юридическое образование. Правовой мир, окружающий гражданина, широк и разнообразен, имеет свои ценности и приоритеты. Предназначение ГПО - ввести человека в этот мир, но не в качестве винтика, пассивного наблюдателя, а как активного творца своей личной и общественной жизни, жизни по праву, закону. Гражданское правовое образование имеет своей целью помочь гражданину ощутить себя свободной личностью, знающей, уважающей свои права и права других людей, а также способной добровольно соблюдать и исполнять обязанности. Без ГПО обучение и воспитание гражданина будет не полным, односторонним, неразвитым. Возникает вопрос:

1 Шафиров В.М. Обеспечение права: человекоцентристский подход: монография. Краснояр. Гос. Ун-т, юрид. Ин-т. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2005. С. 136.

2 Ушинский К.Д. Собрание сочинений: в 11 т. М.; Л.: Изд-во Акад. пед. наук РСФСР, 1948. Т.1. С. 723.

3 Ушинский К.Д. Педагогические сочинения: в 6 т. М.: Педагогика, 1988. Т.2. С. 496

за счет чего можно достичь необходимого уровня правовой культуры и правового сознания в обществе?! Ответом является правовое воспитание и правовое обучение, как две стороны одного процесса, взаимосвязанные и взаимодополняющие элементы, где воспитание едва ли может происходить без обучения, как и обучение не должно быть не воспитывающим.

Правовое обучение обладает рядом характерных признаков, которые вытекают из определения, а именно,- целенаправленность; планомерность; организованность; направлено на формирование и развитие систематизированных правовых знаний, навыков, умений и активной правомерной деятельности. Главное в правовом обучении – это формирование и развитие правовых знаний, навыков, умений правомерной деятельности(т.е. развитие интеллектуально-деятельной стороны личности). Правовое обучение протекает поэтапно. Начинается с формирования правовых знаний у субъекта обучения, путем передаче ему правовой информации. Затем происходит осмысление этих знаний, в результате чего формируются правовые навыки и умения. Мы не должны равнять правовое обучение с деятельностью по правовому информированию, т.к. правовое информирование населения не обладает теми признаками правового образования, которые указаны в определении выше.

Как было уже сказано ранее, правовое обучение тесно связано с правовым воспитанием. Ведь порой обученный человек не всегда может вести себя правомерно, например, правовые знания могут быть проигнорированы или использованы для обхода установленных законом норм. В связи с чем, возникает потребность в правовом воспитании.

Правовое воспитание - это целенаправленный, планомерный и организованный процесс формирования и развития системы социально-правовых ценностей, убеждений, внутренней готовности к активной правомерной деятельности. Главная цель- развитие эмоционально-ценностной стороны личности. Воспитатель, опираясь на знания личности, помогает ей увидеть, уяснить, оценить право, правовые явления с другой- ценностной стороны, раскрыть не только «букву», но и «дух» права, правовых явлений, показать их действительную миссию, предназначение для человека и общества. Воспитательное воздействие имеет целью формирование субъективного видения конкретной правовой ситуации, правовых отношений. В процессе правового воспитания у обучаемого должна возникнуть положительная первичная реакция на правовые явления, ведь именно с правовых чувств начинается восприятие права и очень важно, чтобы эти чувства были положительными. Таким образом, право из внешнего абстрактного образца превращается во внутренний ориентир поведения. Это возможно только тогда, когда знания переросли в убеждения, стали неотъемлемым элементом психологической структуры личности<sup>1</sup>.

Как должен выглядеть процесс правового воспитания?! Этот вопрос достаточно проблемный и мало разработанный. Например, для правового

---

<sup>1</sup> Шафиров В.М. Обеспечение права: человекоцентристский подход: монография. Краснояр. Гос. Ун-т, юрид. Ин-т. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2005. С. 138-143.



обучения разработаны различные программы, чего нельзя сказать о правовом воспитании. Если взять ФЗ «Об Образовании» , то можно заметить, что о воспитательному процессу безусловно уделяется внимание, но указываются лишь общие черты, конкретики достаточно мало. В юридической литературе существует мнение о необходимости выделения в законе отдельной главы о правовом воспитании »<sup>1</sup>. На сегодняшний день, существует много моментов, которые нужно доработать. Многие граждане, закончив то или иное учебное заведение, под час не имеют четкого представления об основном законе Российской Федерации и тем более не имеют правовых навыков и умений, без которых в сегодняшнем мире очень трудно. Сформировать социально компетентную, мобильную личность, умеющую делать социальный выбор, сознающую и способную отстаивать свою гражданскую позицию, гражданские права и нести за это ответственность, невозможно без гражданского правового образования<sup>2</sup>.

ГПО имеет комплекс методов, при помощи которых осуществляется правовое обучение и воспитание, причем эти методы применяются к различным слоям населения в зависимости от возраста, уровня интеллекта и нравственного развития. Считается, что большее место следует отводить индивидуальным и личностно-ориентированным методам воздействия на сознание и мышление. Все используемые методы, должны согласовываться с основными педагогическими функциями, выделяемыми в современной литературе: Образовательно, организационно-стимулирующей, воспитательной, социализирующей, ориентационной, трансляционной, интегрирующей<sup>3</sup>.

Существуют разнообразные формы ГПО, которые условно можно разделить на несколько групп:

1) всеобщее правовое обучение и воспитание-осуществляются при помощи чтения публичных лекция, трансляции телепередач правовой тематики и др.

2) общее правовое обучение и воспитание в средних образовательных школах, гимназиях, лицеях, высших неюридических учебных заведениях и др.

3) правовое обучение и воспитание подростков-правонарушителей в рамках специализированных учреждений, профилактических бесед и др.

В заключении хотелось бы заметить,- сегодня определенные шаги к развитию правового образовательного процесса сделаны: фрагменты правовых знаний включены в обязательный минимум содержания основного и среднего (полного) общего образования; издаются пособия по праву; проблемы государства и права, прав человека находят отражение в учебниках по обществоведению. Осуществлен ряд проектов в области гражданского образования и формирования правового пространства в школе, в ходе которых проведены интересные исследования, созданы учебные материалы и методики. Положительной оценки заслуживает опыт ряда субъектов Российской

---

1 Комментарий к Закону РФ «Об Образовании»/ отв. Ред. В.И. Шкатулла. 2е изд., перераб., и дом. М., 2001. С. 23.

2 Шафиров В.М. Обеспечение права: человекоцентристский подход: монография. Краснояр. гос. ун-т, Юрид. ин-т. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2005. С. 148.

3См: Левитан К.М. Юридическая педагогика. М., 2008. С. 188.

Федерации, муниципальных образований, отдельных школ, уделяющих большое внимание правовому обучению и воспитанию в школах<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Фокин Ю. Г. Преподавание и воспитание в высшей школе. М., 2002.

## Юридическая сила обычного права в России

Верещак Дарья Дмитриевна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Петров Александр Александрович,  
к.ю.н., ст. преподаватель кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

В формировании обычного права важную роль играют и общество, и государство. Обычай зарождается и получает своё развитие в недрах общества, а государство, в свою очередь, санкционирует его, применяя обычай в качестве регулятора постоянно развивающихся общественных отношений. Таким образом, получается замкнутый круг: общественные отношения, развиваясь, порождают новые обычаи, которые выстраивают взаимосвязь внутри общества, а также между обществом и государством, а государство, принимая или отвергая их, влияет определенным образом на это взаимодействие, переводя те или иные отношения в нужное русло. Из этого мы видим, что обычай выступает посредником между обществом и государством, побуждая эти два субъекта к определенным действиям для развития отношений в том или ином направлении.

Право получает закрепление в форме определенных установлений, которые, будучи не только зафиксированными в письменных источниках, передаются от поколения к поколению в преданиях и стереотипах поведения и становятся обязательными для исполнения всеми членами общества. Национальный уклад жизни, традиции, сложившиеся с течением долгого времени, формы поведения, а также этническое самосознание – всё это стихийно формирует обычное право – основу для нормативного регулирования, не навязанного со стороны государства.

В правовой системе Российской Федерации обычай встречается в виде понятия «обычай делового оборота». Данное понятие раскрывается в статье 5 Гражданского Кодекса РФ.<sup>1</sup>

Наряду с обычаями делового оборота существуют обычаи морского порта ст.3 ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>2</sup>. Они представляют собой правила поведения, сложившиеся и широко применяемые при оказании услуг в морском порту и не предусмотренные законодательством Российской

---

<sup>1</sup> 1. Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

<sup>2</sup> Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются. [Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3301.]

<sup>2</sup> О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: ФЗ РФ от 08.11.2007 N 261-ФЗ (ред. от 19.07.2011) // СПС «Консультант Плюс».

Федерации, которые не должны противоречить Конституции РФ и иным нормативно-правовым актам.

Законодатель не воспроизводит текстуально содержание соответствующего обычая, а делает на него ссылку в нормативном акте, тем самым возводя его в разряд правового.

Например, ст. 427 ГК РФ «Примерные условия договора»<sup>1</sup> п. 2 содержит в себе ссылку на обычаи делового оборота:

«В случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота, если они отвечают требованиям, установленным статьей 5 и пунктом 5 статьи 421 настоящего Кодекса».

Это раскрывает многократно повторяющийся характер обычая, утверждая его, как правило поведения, вошедшее в привычку, которое используется определенной локальной группой или всем обществом в целом.

Большое внимание обычаю уделяется в международном праве. Это обусловлено тем, что нет такого нормативно-правового акта, который бы утверждал правила заключения договоров и сделок между различными государствами, и, в связи с этим стороны вынуждены договариваться об обычаях, которые они будут использовать при заключении сделки.

Например, ст. 1.8 «Обычай и практика» «Принципы международных коммерческих договоров»<sup>2</sup> гласит:

1. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

2. Стороны связаны обычаем, который широко известен и постоянно соблюдается в международной торговле сторонами в соответствующей области торговли, кроме случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным.

Обычное право существует там, где нет никаких других регулирующих норм, тем самым восполняя пробелы в законодательной базе страны и регулируя определенную сторону отношений, которые законодатель не ограничил рамками права. Это обычаи «в дополнение закону» (*secundum legem*), они играют существенную роль в регулировании общественно-правовых отношений, без таких обычаев нормативно-правовой акт законодательства без труда может утратить своё содержание. Здесь обычай помогает объяснить закон, передать его смысл. «Нельзя, например, не прибегая к обычаю, иногда точно сказать, когда «поведение определенного лица ошибочно», является ли данный знак подписью, является ли определенное имущество семейным сувениром и т.п. Все попытки устранить в подобных случаях роль обычая неизбежно приведут к казуистике».<sup>3</sup>

Примером обычая «в дополнение закону» является статья 134 КТМ РФ, которая устанавливает, что «срок, в течение которого груз должен быть

1 Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

2 Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)". 1994 // СПС «Консультант Плюс».

3 Марченко М.Н. Источники права. М.: Проспект, 2005. С. 500.

погружен на судно, определяется соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения – сроками, обычно принятыми в порту погрузки».<sup>1</sup>

Обычаи «кроме закона» (*consuetudo praeter legem*) также не противоречат действующему законодательству и являются самостоятельно функционирующими источниками права, то есть не «связанными» с применением того или иного нормативно-правового акта. «Область применения таких обычаев «очень ограничена процессом кодификации и признанным первенством закона в демократических режимах современного политического общества».<sup>2</sup> Это связано также с тем, что юристы в большей степени стремятся подтвердить свою правоту, основываясь на нормативные правовые акты, прописанные в законодательстве, а не на нормы обычного права.

Обычаи «против закона» (*consuetude adversus legem*) имеют место быть и в российской правовой системе, хоть и существенно ограничены в существующем праве, так как противоречат законодательству. В ст. 28 ГК РФ законодатель утверждает, что несовершеннолетние граждане, не достигшие возраста шести лет, являются полностью недееспособными. Но на практике, вопреки формальным требованиям норм гражданского законодательства, они совершают достаточно множество гражданско-правовых сделок, таких как покупка хлеба, мороженого, жевательной резинки, конфет и иных подобных товаров в предприятиях розничной торговли, обмен равноценными игрушками (марками, открытками, фантиками, вкладышами и др.), получение и дарение подарков, в том числе и тех, стоимость которых не позволяет подвести сделку под категорию мелких бытовых, получение и сдача игрушек в безвозмездное пользование, участие в играх и пари.<sup>3</sup>

Такое поведение обусловлено необходимостью расти и развиваться молодому организму, адаптируясь постепенно к социальной среде и пробуя себя в качестве участника различных социальных отношений. Но тем не менее, данный обычай противоречит законодательству, несмотря на его позитивное влияние в отношении развития полноценного человека.

На сегодняшний день обычное право, несомненно, сохраняет свой мощный потенциал. Чтобы понять, например, чем руководствовался судья при вынесении того или иного приговора, необходимо «чувствовать и осознавать дух закона», а не только видеть его буквы. Обычай, в свою очередь, помогает нам прочесть между строк, уловить контекст и выстроить логическую цепочку между действиями субъекта. Ведь закон в формально-юридических источниках может быть закреплен одинаково, но суть, которую законодатель вкладывал в него может существенно различаться.

Таким образом, практическое значение обычного права в конечном счете сводится к двум аспектам: с одной стороны обычай облегчает понимание закона, а с другой – восполняет и дополняет его содержание. Государственно-нормативное регулирование не в силах охватить все общественные отношения, подлежащие такому регулированию, и в связи с этим нельзя пренебрегать

1 Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 N 81-ФЗ (ред. от 07.11.2011, с изм. от 21.11.2011) // СПС «КонсультантПлюс».

2 Давид Р., Жоффе-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. С. 141.

3 Белов В.А. Занимательная цивилистика: Очерки по небольшим, но небезынтересным вопросам гражданского права. М.: Центр ЮрИнфоР, 2006. С. 10-11.

юридической силой обычного права, которое проникает во все сферы жизни общества.

Обычное право во многом может способствовать развитию в современном российском обществе правовой культуры, которая, в свою очередь, воспринимает идеи, ценности и нормы обычного права.

## **О добровольности в праве**

Деменишин Андрей Витальевич,  
аспирант кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Одним из важнейших вопросов для современной юридической теории и практики является вопрос о добровольности или обязательности следования определенным правилам поведения в правоотношениях.

Научный интерес вызывает богатая законодательная практика, накопленный доктринальный опыт, в соответствии с которыми какие-то нормативные предписания приобретают свойство обязательности, а какие-то нормы построены в соответствии с принципом добровольности.

В современном российском законодательстве попарно представлены добровольное и обязательное страхование, добровольное или обязательное предложение о выкупе акций, добровольная или обязательная сертификация, и прочее.

Несмотря на столь богатую правотворческую практику, юридической теорией не выработано системного видения добровольности и обязательности во взаимной связи, критериев их использования в тексте нормативно-правовых актов. В настоящее время отсутствует единое понимание добровольности и обязательности в праве, что неизбежно ведет к разрозненности в правовом регулировании схожих по своей сути общественных отношений. Указанные обстоятельства негативно воздействуют на формирующееся в духе уважения к закону правопонимание.

Это неизбежно приводит к тому, что добровольное исполнение судебных решений может стимулироваться угрозой применения административного наказания; членство в некоммерческих организациях, которое является в соответствии с действующим законодательством добровольным является императивным требованием для занятия определенными видами деятельности (саморегулируемые организации); в российском уголовном законодательстве в качестве наказаний присутствуют обязательные и принудительные работы, при чем четких классификационных признаков, указывающих на особенности этих наказаний законодателем не предложено, остается неясным, являются ли принудительные работы обязательными и какова роль принудительности для обязательных работ, зачастую, устанавливается обязанность уплаты добровольных пожертвований и благотворительных взносов. Данные примеры есть не что иное, как проявление низкого уровня доктринальной проработки

правовых актов, что нужно минимизировать для устранения правовой неопределенности в рамках развивающейся юридической системы.

С позиций человекцентристского подхода к правопониманию, сознательности личности, её добросовестности и правомерности, как при использовании прав, так и при исполнении обязанностей и соблюдении запретов, добровольность имеет немаловажное значение для правового регулирования и позволяет не согласиться с доводами, представленными в начале XX века П. Сорокиным, согласно которым «по каким мотивам обязанное лицо исполняет свою юридическую обязанность – из страха ли наказания, или из корысти, или из чистого сознания долга – это имеет второстепенное значение – сплошь и рядом ничтожное»<sup>1</sup>.

Добровольность это широко используемый в разных сферах жизни термин, связанный с такими объемными категориями как автономия воли, свобода воли, диспозитивность, общедозволительность, рекомендательность.

В толковых словах русского языка добровольный означает: а) совершаемый по собственному желанию, без принуждения. б) Принимающий на себя какие-либо обязанности по собственной инициативе. 2) Основанный и существующий на принципе свободного вступления, членства.<sup>2</sup>

В философии и христианском богословии рассматривает добровольность в качестве мерила ценности поступков<sup>3</sup>.

В английском языке добровольность обозначается терминами *voluntary, goodwill*. В словарях, *good will* (добрая воля) понимается как условная стоимость деловых связей фирмы - денежная оценка нематериальных активов компании: фирменный знак, имидж, наличие устойчивой клиентуры.

Гудвилл - разность между оценкой компании фондовой биржей и суммой ее материальных активов, зарегистрированных в балансе компании<sup>4</sup>.

Таким образом, термин «добровольность» является многозначным и предполагает богатое самостоятельное смысловое содержание.

Традиционно, ученые считают, что большинство граждан действуют в согласии с правовыми нормами добровольно то есть свободно, в соответствии с закономерностями природы и общества, в силу своей сознательности, в силу убеждения в полезности такого поведения.<sup>5</sup>

В связи с тем, что общество должно привыкнуть к добровольному соблюдению правовых норм, а формирование развитого правосознания, от которого зависит добровольное и сознательное соблюдение законов – следствие длительного и сложного процесса<sup>6</sup> можно обозначить ряд проблем, которые препятствуют добровольному исполнению правовых норм со стороны участников правоотношений. Среди таких проблем, обозначенных в программных документах Российской Федерации<sup>7</sup>:

1 Сорокин П. А. Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919. С. 13.

2 Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 2000. С. 115.

3 Гусейнов А.А. Этика доброй воли // Иммануил Кант. Лекции по этике: Пер. с нем. / Общая редакция, составление А.А. Гусейнова. М.: Республика, 2000. С. 5–36.

4 [<http://ru.wikipedia.org/wiki/goodwill>].

5 Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С.-Петербург. гос. ун-т. Юрид. и специал. фак. // Правоведение. СПб.: Лань, 2000. С. 322.

6 Новгородцев П.И. Лекции по истории философии права / П.И. Новгородцев; Москва, Издание «Высшая школа», 1914. С.46.

7 См. Долгосрочная программа повышения эффективности исполнения судебных решений (2011-2020 годы)



- 1) Правовой нигилизм;
- 2) Установки на противоправное поведение;
- 3) Игнорирование правоприменительных актов;
- 4) Недостаточный уровень информатизации;

Кроме того, важное значение имеют обозначенные в научных источниках проблемы:

- 5) Глубоко укоренившееся социальное неравенство неизбежно приводит к принудительности добровольных правовых процедур;
- 6) Решения центральной власти, не учитывающие зачастую экономические, национальные, географические, религиозные и другие особенности, интересы тех или иных групп не исполняются добровольно;

Из этого следует вывод, что если все исполняют закон неохотно, то всеобщее нерасположение составит силу, направленную против закона. Законодателю не достаточно иметь за себя только законность; если закон не встретит расположения у граждан и не почерпнет в нем силы, то он распадется подобно высохшему дереву<sup>1</sup>.

Выдающийся русский философ И.Ильин в работе «О сущности правосознания» писал: «Огромное значение имеет популярное преподавание права и школьное воспитание правосознания в жизни народа. Необходимы общедоступные учебники права, необходимо преподавание законоведения в средних школах, необходим обязательный курс правосознания, читаемый в высших учебных заведениях для студентов всех факультетов. Далее И. Ильин пишет, что «огромное значение могло бы быть присуще кадру разъездных лекторов и консультантов, оплачиваемых от города или от земства и бесплатных для народа (подобно врачам, ветеринарам и агрономам). Необходимо все сделать, чтобы приблизить право к народу, чтобы укреплять массовое правосознание, чтобы народ понимал, знал и ценил свои законы, чтобы он добровольно соблюдал свои обязанности и запреты и лояльно пользовался своими полномочиями. Право должно стать фактором жизни, мерою реального поведения, силою народной души»<sup>2</sup>.

Только совместными усилиями ученых-теоретиков и правоприменителей возможно разрешить указанный ряд неразрешенных проблем, первые предпосылки к чему сделаны в современных политических и правовых документах.

Современное общество делает запрос на формирование таких технологий в правовой сфере, которые бы выводили на первый план добровольность как инструмент правового воздействия, что проявляется в возросшем уровне правовой активности, направленной на защиту коренных интересов субъектов правоотношений; развитии правосознания, от которого зависит понимание и сознательное соблюдение законов; уменьшении принуждающих правовых средств; создании условий для активного вовлечения негосударственных объединений, способных формировать гражданское общество; поощрение

---

<sup>1</sup> Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. СПб.: Издательский Дом С.-Петербург. гос. университета, Издательство юридического факультета. СПбГУ, 2004. С.166.

<sup>2</sup> Ильин И. А. О сущности правосознания. Собрание сочинений: В 10 т. Т. М.: Русская книга, 1994. С. 336

заслуженного правомерного поведения; реализации программ правового просвещения для различных социальных групп.

Субъект правоотношений будет стремиться к добровольному исполнению правовых норм в тех случаях, когда конечная культурная и практическая цель права состоит в образовании в людях склонности к добровольному исполнению своих обязанностей, и высший смысл всех законодательных установлений будет направлен на это.

## Законодательство и правовая идеология: проблемы взаимодействия

Дозорцев Олег Геннадьевич,  
студент 4 курса Юридического института СФУ.

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Давайте продолжим дальнейшее<sup>1</sup> изучение такой категории как правовая идеология и посмотрим, как же она взаимодействует с законодательством, на примере сравнительного анализа законодательства нашей страны в разные периоды времени. Попробуем выявить тенденции, закономерности развития правовой идеологии и законодательства.

Анализ проводить мы будем на основе наиболее значимых отраслей права Российской Федерации: уголовное, гражданское. Но для начала вспомним, что такое правовая идеология. В своих предыдущих работах<sup>2</sup>, путем изучения разнообразных точек зрения на правовую идеологию и её дефиниций, я вывел определение, которое является одновременно и компактным и содержательным. Правовая идеология – это концентрированное отражение основных накопленных знаний в области права, правовой действительности, формы желаемого правового будущего, которые формируют у субъектов соответствующее отношение к праву, вырабатывают правовые установки, варианты поведения.

Законодательство же в литературе рассматривается как система законодательных актов, принятых законодательным (представительным) органом или непосредственно населением и действующих на территории страны.<sup>3</sup> Кроме того под законодательством понимается система нормативных актов, действующих в какой-либо отрасли и (или) регулирующих определённую сферу общественных отношений, как правило соответствует отраслям, подотраслям и институтам права.<sup>4</sup>

Начнем наш сравнительный анализ с уголовного законодательства. Обратимся для начала к законодательству СССР. Правовая идеология периода зарождения СССР находилась в катастрофическом состоянии: недавно прошла революция, были свергнуты прежние правовые идеалы, строилось новое государство, нужны были жесткие и эффективные меры для того чтобы подчинить народ одной общей цели. В то же время, простой народ перестал подчиняться предыдущим, царским, уголовным законам, уровень правового образования был на нуле, уровень преступности был высок. Поэтому первые

1 Дозорцев Олег Место правовой Идеологии в Правовой Системе РФ. «Молодежь и наука»: сб. материалов Всероссийской научно-технической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых в 11 ч. Ч. 6 / сост. О. А. Половинкина; НОЦ МУ ФГОУ ВПО «СФУ». Красноярск, 2010. С. 448

2 Там же.

3 См.: Российская юридическая энциклопедия / Под ред. А.Я. Сухарева. М., 2001. С. 340.

4 <http://ru.wikipedia.org/wiki/%C7%E0%EA%EE%ED%EE%E4%E0%F2%E5%EB%FC%F1%F2%E2%EE>.

акты советского уголовного законодательства ставили своей целью установление жесткого и непоколебимого порядка в стране и направление всех ресурсов на модернизацию государства, и вследствие этого имели резко классовый характер и основывались на идее революционного насилия. Преступления в этот период делились на контрреволюционные, особо тяжкие и все иные; возраст уголовной ответственности устанавливался в 17 лет, были упразднены суд и тюрьмы для малолетних и несовершеннолетних преступников<sup>1</sup>. Смертная казнь в РСФСР в период 1917—1920 годов неоднократно отменялась и вводилась. Как видим, дефектная правовая идеология нестабильных необразованных масс людей заставила правящие круги принимать такие жесткие законы для установления порядка в стране. В подтверждение этого, в 1919 году были приняты Руководящие начала по уголовному праву РСФСР. В ст. 3 они устанавливали, что «советское уголовное право имеет задачей посредством репрессий охранять систему общественных отношений, соответствующую интересам трудящихся масс, организовавшихся в господствующий класс в переходный от капитализма к коммунизму период диктатуры пролетариата»<sup>2</sup>.

В целом уголовное законодательство, принятое в конце 1920-х — 1930-х годах, и уголовная политика этого периода носили явно репрессивный характер: широкое распространение получило применение уголовного закона по аналогии; ответственность не носила личного характера (например, по статье 581в УК РСФСР 1926 года совершеннолетние члены семьи изменника Родины подлежали лишению избирательных прав и ссылке в отдалённые районы Сибири на 5 лет); допускалось придание обратной силы законам, устанавливающим преступность деяния; нормы, защищающие интересы государства, предусматривали более жестокую санкцию, чем нормы о преступлениях против личности; к 1935 году был значительно снижен минимальный возраст уголовной ответственности до 12 лет; ужесточались и нормы Общей части уголовного законодательства о наказании; был увеличен с 10 до 25 лет максимальный срок лишения свободы, отменено условно-досрочное освобождение от наказания<sup>3</sup>. Современный Курс уголовного права, подготовленный авторским коллективом Московского государственного университета, характеризует уголовное законодательство этого периода как «поистине кровавое, отбросившее принципы законности, гуманизма и справедливости в средневековую бездну»<sup>4</sup>. И все это стало возможным из-за деформации правовой идеологии произошедшей в головах руководящей верхушки советского государства: власть становится авторитарной, начинается время «сталинских репрессий», обостряется международная обстановка, и т.д. И все это в совокупности приводит к тому, что люди у власти начинают считать, что для того чтобы государство не погибло, для того чтобы не допустить новой войны, не допустить шпионажа, предательства, искоренить преступность

1 Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М., 2002. С. 23—24.

2 Руководящие начала по уголовному праву РСФСР: Постановление НаркомЮста РСФСР от 12.12.1919 г.

3 Уголовное право России. Практический курс / Под общ. ред. А.И. Бастрыкина; под науч. ред. А.В. Наумова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 22—23.

4 Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 2002. С. 44.

необходимо принять очень жестокое законодательство, которое будет держать все население страны в страхе. А поэтому все либеральные постулаты и принципы были откинута, а права и интересы человека забыты.

Принятие новой Конституции СССР в 1977 году обусловило гуманизацию уголовного законодательства: происходит закрепление принципа презумпции невиновности, вводятся институты отсрочки исполнения приговора, условного освобождения из мест лишения свободы с обязательным привлечением к труду, увеличивается число видов освобождения от уголовной ответственности, отменяются нормы об антисоветской агитации и пропаганде, о публичных призывах к изменению советского государственного и общественного строя и т.д.<sup>1</sup>. Все это заставляет людей обращать внимание на прогрессивный запад, где законодательство не отличается таким карательным характером, не направлено, в большей степени, на наказание противоправного поведения, а направлено на стимулирование социально-полезного поведения. В целом же, уголовное законодательство Советского государства имело следующие особенности: отличалось своей жесткостью и жестокостью, отсутствием основных либеральных и гуманистических институтов, уклон делался на защиту государства, а не личности, перечень преступлений был довольно обширен (205 по УК РСФСР 1960 г.), разница между правонарушениями и преступлением была размыта, закон применялся по аналогии, уголовные наказания в кодексах были расположены вразнобой, но первым всегда стояло самое тяжкое - лишение свободы, кроме того активно применялась смертная казнь, нормы содержались в разных правовых актах, единого источника не было. Вследствие чего, у граждан формировалось крайне негативное, чересчур боязливое отношение к уголовному закону, что приводило к тому, что люди уважали закон под страхом наказания, а не из-за осознания общественной опасности данных преступлений. А люди у власти, видя очередной акт неповиновения со стороны народа (даже в виде обычных шествий и пикетов), считали это опасностью, как для самих себя, так и для государства, что приводило к «завинчиванию гаек», ужесточению репрессивного аппарата и уголовного законодательства, что мы наблюдали на конкретных примерах выше. Хотя нельзя и отрицать тот факт, что со временем либеральные институты и принципы уважения личности понемногу проникают в советские законы.

С образованием Российской Федерации снова встал вопрос о модернизации уголовного законодательства и приведении его в соответствие с мировыми стандартами. В умах начинает созревать совершенно новое представление о нормах уголовного закона, который бы уважал честь и достоинство личности, нормы которого были бы прописаны в одном месте и не могли бы произвольно трактоваться правоприменителями. Новый Уголовный кодекс РФ вступил в силу с 1 января 1997 года<sup>2</sup>. Среди его наиболее существенных изменений можно назвать достаточно полное отражение новых экономических и политических реалий российского общества, переход к приоритетной защите прав и свобод человека, а не интересов государства,

<sup>1</sup> Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М., 2002. С. 50—52.

<sup>2</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (с послед. Изм.) // СЗ РФ. 17.06.1996, № 25. Ст. 2954.

верховенство норм международного права, усиление ответственности за наиболее тяжкие преступления и снижение ответственности за преступления небольшой тяжести, совершённые впервые, новые основания освобождения от уголовной ответственности и др. Уголовный кодекс РФ 1996 г. значительно расширил сферу применения уголовно-правового поощрения по сравнению с Уголовным кодексом РСФСР 1960 г. Им были введены такие институты, как освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим, деятельным раскаянием и т. д., имеющие целью стимулирование лиц, совершивших преступные деяния, к возвращению к законопослушной жизни, декриминализовано более 80 составов, ранее предусматривавшихся УК России. Наказания расположены от самого мягкого к самому тяжкому, чтобы правоприменитель мог лучше определить, сможет ли данное наказание плодотворно повлиять на преступника. А особенная часть открывается главой «преступления против личности», что подтверждает приоритет ценности личности над государством. Кроме того, в соответствии с частью 1 статьи 1 Уголовного кодекса, он является единственным уголовным законом, подлежащим применению на территории России.

Но, не смотря на это, современный Уголовный кодекс России не является идеальным и требует его доработки, т.к. какие-то нормы являются «мертвыми» и не работают, какие-то уже отжили себя и в свете быстро меняющейся действительности уже не должны содержаться в нем. Вследствие этого, Уголовный кодекс постоянно изменяется, за 15 лет его действия (с 1 января 1997 года по 1 марта 2012 года) было принято 108 законов, внёсших в него более 500 изменений. Один из последних таких законов внес довольно крупные изменения: были декриминализованы некоторые преступления (клевета и оскорбление перенесены в категорию административных проступков), изменены критерии отнесения преступлений к одной из категорий тяжести (теперь преступлениями небольшой тяжести считаются преступления, за которые полагается наказание до 3 лет лишения свободы), по некоторым преступлениям увеличено наказание.

Проанализировав точки зрения учёных<sup>2</sup>, можно выделить следующие основные направления совершенствования Уголовного кодекса Российской Федерации:

- Разработка новых, более эффективных видов наказания и совершенствование существующих с целью снизить долю лишения свободы в структуре применяемых наказаний.
- Обновление и совершенствование норм об экономических преступлениях в связи с развитием правовой базы экономических отношений, появлением их новых форм.
- Имплементация в уголовное законодательство норм международного права, приведение УК России в соответствие международным правовым актам.

---

1 Уголовный кодекс РСФСР: Закон от 27.10.1960 г. // Ведомости ВС РСФСР, 1960. № 40. Ст. 591.

2 Наумов А. В. Российское уголовное право. Курс лекций. В 2-х тт. Т. 1. Общая часть. М., 2004. С. 151. Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / Под ред. А.И. Рапова. М., 2008. С. 181.

- Декриминализация многих преступлений небольшой тяжести с установлением за них административной ответственности.

Теперь обратимся к гражданскому законодательству. Существование сферы частного права как области, по общему правилу закрытой для произвольного вмешательства государства, в истории России, к сожалению, оказалось весьма непродолжительным и во многом символическим.

После Октябрьской революции 1917 г. в умах людей начали прорастать идеи об общности всего имущества, которым могли бы пользоваться и извлекать из него прибыль все желающие. Соответственно предыдущие нормы царских времен о частной собственности, позволявшие небольшой части населения страны накапливать несметные богатства, а большей массе людей находиться за чертой бедности стали неприемлемы и всячески отрицались новым правительством и населением, а все. Вследствие чего, земля, фабрики, заводы и иные основные средства производства и транспорта, жилищный фонд были национализированы. В связи с переходом к политике НЭПа в целях регулирования товарно-денежных отношений в 1922 г. был принят первый советский Гражданский кодекс. В экономике стали господствовать жесткие планово-централизованные начала, вызвавшие к жизни, в частности, категорию «хозяйственных», «плановых» договоров юридических лиц. Их содержание и необходимость заключения определялись не интересами и волей участников, а предписаниями плановых органов государства, решавших, кто, с кем и на каких условиях будет заключать конкретный «договор». Договоры с участием граждан также находились под воздействием плана, что особенно проявлялось в широко распространённой карточной системе распределения товаров.<sup>1</sup>

Следующая кодификация гражданского права завершилась принятием Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик в 1961. В большинстве своем гражданское законодательство, основанное на командно-плановых началах, времен Советского Союза было отсталым и не могло всесторонне обеспечить потребности экономики и граждан в сфере товарооборота. Что вылилось в постоянный дефицит товаров, очереди, и трансформацию правового сознания людей: люди лишались стимула эффективно работать, т.к. все получали приблизительно одинаковую заработную плату, а полученные деньги все равно некуда было тратить, т.к. полки магазинов были пусты. Это подстегивало пренебрежение законом, нарушение норм об отсутствии частной собственности и запрещении спекуляции, что выливалось в появление обширного «черного рынка», на котором можно было достать необходимые вещи.

Но с приходом рыночной экономики, демократических начал, положенных в основание нового государства, поменялось и сознание людей, которые захотели иметь свою, частную собственность, на которую никто не сможет покушаться, которую смогут защищать как от других людей, так и государства. Люди с предпринимательскими способностями хотели законодательного закрепления возможности осуществления бизнеса. Назрела

---

<sup>1</sup> См: Ответственный редактор учебника - доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова Суханов Е.А. Гражданское право. В 4 т. Т.1: Общая часть (серия "Классический университетский учебник"). М., 2008. С. 12.

необходимость подстраиваться под изменившуюся действительность, чтобы догнать западные страны по уровню экономического развития. В ходе реформ Россия постепенно перешла на нормы гражданского права, принятые в развитых странах и отражающие новые экономические условия в стране путем принятия Гражданского кодекса в 4 частях. Приняты и иные законы, предусмотренные ГК и содержащие нормы гражданского права (законы об акционерных обществах, обществах с ограниченной ответственностью, о банкротстве и др. Важную роль в становлении гражданского права сыграла Программа «Становление и развитие частного права в России», одобренная Указом Президента РФ от 7.07.1994 г. № 147321, которой ставилась задача по созданию «законодательных основ частноправовых отношений» современной России. Гражданский кодекс России 1994 г. закрепил в п. 1 ст. 1 прогрессивные основные начала частного права, соответствующие требованиям всего общества и потребностям государства: равенство участников имущественных отношений, неприкосновенность частной собственности, свободу договора, недопустимость произвольного вмешательства государства в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав, их судебную защиту от нарушений, в том числе со стороны государства.

На протяжении многих лет, гражданское законодательство развивалось, совершенствовалось. Нормы западного права аккуратно имплементировались в правовую систему Российской Федерации, создавались новые законы, способные устранить пробелы в правовом регулировании гражданско-правовых отношений (об ООО, об АО, о банкротстве, о защите прав потребителей и т.д.). Но к 2008 году сложилась ситуация, при которой такое законодательство, переписанное и дописанное много сотен раз, превратилось в неповоротливую, сложную, неуправляемую систему (состоящую более чем из 100 нормативных актов), которая содержала положения времен Советского Союза, не выдерживающие современной действительности, а остальные нормы трактовались разными судами совершенно по-разному. Правовым идеалом для граждан нашей страны виделась не это нагромождение нормативно правовых актов, в которых даже специалист не мог разобраться, а что-то компактное, унифицированное и действительно работающее на благо товарооборота, с множеством диспозитивных моментов регулирования, без произвольного вмешательства государства. Именно поэтому, 18.07.2008 года Президент России подписал Указ № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup>.

Данным Указом глава государства определил следующие цели совершенствования гражданского законодательства страны:

дальнейшее развитие основных принципов гражданского законодательства Российской Федерации, соответствующих новому уровню развития рыночных отношений;

---

1 Программа «Становление и развитие частного права в России»: Указ Президента РФ от 7 июля 1994 г. №14732 // Сборник законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.

2 О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации: Указ Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 года № 1108 г. // Российская газета. 2008. 23 июля.



отражение в Гражданском кодексе Российской Федерации опыта его применения и толкования судом;

сближение положений Гражданского кодекса Российской Федерации с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского союза;

использование в гражданском законодательстве Российской Федерации новейшего положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран;

Для проведения означенной реформы этим же Указом был утверждён новый состав Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. 13.11.2010 года на сайте Высшего Арбитражного Суда России был опубликован проект изменений в Гражданский Кодекс РФ<sup>1</sup>. Изменения предлагается внести в разделы I, III и IV Гражданского кодекса Российской Федерации. В ГК РФ предполагается внести многочисленные изменения, большую часть из них - в часть первую, регулиющую общие положения гражданского права, в том числе, касательно объектов гражданских прав. Кроме того, кодекс будет дополнен новыми нормами, регулирующими порядок управления в "корпоративных" юридических лицах, применение бездокументарных ценных бумаг, дееспособность граждан (предполагается, что попечители могут назначаться не только алкоголикам и наркоманам, но и азартным игрокам). Значительные изменения предполагается внести в регулирование вещного права, в частности выделить владение как основополагающее понятие, установить новые дополнительные нормы, регулирующие оборот земельных участков и других объектов недвижимости (в т.ч. ввести в кодекс отдельные главы, регулирующие право собственности на здания и сооружения, на помещения, на право застройки), а также включить в кодекс новые статьи, регулирующие отдельные виды сервитутов.

Таким образом, можно сделать вывод, что гражданское право в России прошло довольно долгий и тяжелый путь: от его непризнания, до его развитого современного состояния. С каждым годом гражданское законодательство трансформируется, подстраивается под нужды меняющейся реальности, под нужды граждан, под нужды экономики и будет продолжать это делать и дальше. Можно предположить, что в будущем гражданское право России продолжит сближение с частным правом зарубежных стран к 2013-2014 году будут внесены обширные изменения в Гражданский кодекс РФ, которые координальным образом перестроят сферу частных отношений, будет продолжаться процесс вычленения недействующих норм, и создание новых для регулирования современных отношений.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что правовая идеология является мощнейшим импульсом, воздействующим на законодательство. Именно те идеи, мысли, отношение к праву, его уважение или отрицание его ценности и необходимости заставляет законодателя подстраиваться под

---

<sup>1</sup> <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html>.

существующие реалии и либо создавать очень жесткие и жестокие законы, чтобы добиться быстрого и беспрекословного повиновения и уважения права через страх наказания либо законы, которые стимулируют социально полезное, активное, правовое поведение. Кроме этого, чем больше знаний о праве и окружающей действительности накапливается в умах людей, тем с большей ясностью проявляется необходимость сближения отечественного законодательства с законодательством мирового сообщества, приведения его в соответствие с мировыми стандартами. Мы это видели выше на примере анализа развития уголовного, гражданского и уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: в период советской власти, когда наше государство попыталось отделиться от всего мирового сообщества и западных правовых идеалов, когда власть стала авторитарной, когда большинство людей страдало правовой неграмотностью, мы получили такое законодательство, которое в приоритет ставило интересы государства, а не человека, которое не охраняло основные права и свободы человека и гражданина, которых практически не было. Но не только правовая идеология заставляет законодательство развиваться в том или ином направлении – это взаимообусловленный процесс. Как только появляется новый нормативный акт, он начинает апробироваться в реальной жизни гражданами, экспертами. И если он не удовлетворяет требованиям времени или основополагающим принципам, то в правосознании и в правовой идеологии начинают происходить изменения: будут появляться установки на его полнейшее отрицание и неуважение, и попытки преступить или изменить, отменить. Если же новый закон оказывается успешным, работающим и большинство населения оценивает его как необходимый и полезный, то в сознании появляются установки, направленные на улучшение данного закона, приведение всей остальной нормативной базы в соответствие с ним, создание новых законов, которые бы развивали положения этого нормативно-правового акта.

И в заключение стоит сказать, что в современной России процесс создания действующей, эффективной правовой идеологии идет полным ходом. В этом принимают участие различные группы населения, множество общественных организаций, политических партий, видных общественных деятелей, высшие должностные лица государства. Не всегда это получается безошибочно, но только так можно достичь каких-либо результатов. Но можно с уверенностью сказать, что развиваться правовая идеология и законодательство будут по пути увеличения диспозитивности, демократичности, либеральности, уважения прав и свобод человека, ограничения от политической составляющей и сближения с мировыми идеалами.

## **К вопросу о праве наций на самоопределение как принципе правовой политики Российской Федерации в сфере национальных отношений**

Исайкин Дмитрий Михайлович,  
аспирант 1 года обучения

Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарёва

Научный руководитель:

Еремин Алексей Роальдович,

д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета

Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарёва

Правовая политика в сфере национальных отношений строится на таких фундаментальных понятиях и принципах, как нация, право на самоопределение, национальное государство, суверенитет нации и суверенитет государства, федерализм, автономия.

Основопологающим началом правовой политики России в сфере национальных отношений является право на самоопределение. Согласно части 1 статьи 3 Конституции Российской Федерации установлено, что носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ. Часть 3 статьи 5 Конституции Российской Федерации в качестве принципа федеративного устройства России закрепляет равноправие и самоопределение народов Российской Федерации.

Хотя право народов на самоопределение является общепризнанным в международном праве принципом, в настоящее время наблюдается известная противоречивость его толкования, как в доктрине, так и на нормативном уровне.

Согласно источникам международного права право на самоопределение признается одним из основных принципов международного права. Принцип права на самоопределение заложен в статье 1 Устава Организации Объединенных Наций<sup>1</sup>, в пункте 1 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах<sup>2</sup> и в пункте 1 Международного пакта о гражданских и политических правах<sup>3</sup>, а также в других международных документах по правам человека.

Международный пакт о гражданских и политических правах и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах в своих первых статьях говорят о том, что все народы имеют право на самоопределение. Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в

1 Международное публичное право. Сборник документов М.: БЕК, 1996. Т. 1. С. 1 - 2, 227 - 237, 401 - 404.

2 Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 1994. № 12. С. 50.

3 Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 1994. № 12. С. 57.

соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций<sup>1</sup>, с одной стороны, подтверждая обязанность государств поощрять право на самоопределение, устанавливает обязанность государств «воздерживаться от любых насильственных действий, лишаящих народы, о которых говорится выше, ... их права на самоопределение, свободу и независимость». Однако с другой стороны, Декларация о принципах международного права указывает, что «ничто не должно истолковываться как санкционирующее или поощряющее любые действия, которые вели бы к расчленению или частичному или полному нарушению территориальной целостности или политического единства суверенных и независимых государств».

В настоящее время, по мнению некоторых ученых<sup>2</sup>, реализация права наций на самоопределение в форме образования нового государства в силу международно-правовых норм практически невозможна, и, следовательно, реализация этого права в указанной форме является политической декларацией без каких-либо публично-правовых последствий. Реализация права на самоопределение в иных формах относится уже к сфере внутригосударственного регулирования.

Ученый-правовед В.Е. Чиркин отмечает, что право на самоопределение народов не означает права на сецессию. Признано, что территориальные субъекты федерации права на сецессию не имеют, но нации (в силу национального суверенитета) могут иметь право на сецессию, хотя и в значительной мере при согласии федерации<sup>3</sup>. Р.Г. Абдулатипов указывает, что право народов на самоопределение может иметь различную форму: «.. как объединение и реализация своих прав внутри существующего государства в тех или иных моделях договоренности, статуса, особого режима».<sup>4</sup>

По нашему мнению, нельзя понимать «самоопределение народов» как принцип, выражающийся единственно в праве выхода или отделения народа и территории из состава какого-либо государства. Следует заметить, что, не отрицая права на самоопределение как выражение суверенитета нации и народа, что международное право ограничивает его соблюдение требованиями принципов территориальной целостности и соблюдения, прав человека.

Современное содержание права на самоопределение, как видится, заключается в возможности развития данной нации и данного народа. Соответственно, можно предположить следующие: если народ пользуется всеми возможностями для собственного развития, то вопрос о самоопределении фактически решен.

Данное мнение представляется наиболее соответствующим настоящей политико-правовой действительности. Увеличение политических форм реализации права на самоопределение дает возможность не сводить его к сецессии. Оно может реализоваться в границах государства, в состав которого входит народ, в таких политических формах, как национально-культурная

1 Действующее международное право. М.: Московский независимый институт международного права. 1996. Т. 1. С. 65-73.

2 Чиркин В.Е. Российская Федерация и ее субъекты: проблемы укрепления государственности // Гос-во и право. 2001. № 7. С. 92.; Абдулатипов Р.Г. Национальный вопрос и государственное устройство России. М. 2000. С. 123.

3 Чиркин В.Е. Российская Федерация и ее субъекты: проблемы укрепления государственности // Гос-во и право. 2001. № 7. С. 92.

4 Абдулатипов Р.Г. Национальный вопрос и государственное устройство России. М. 2000. С. 123.

автономия, национально-территориальная федерация, общая демократизация государства и др. Продолжая данную идею, считаем, что оптимальной формой реализации права народов на самоопределение в Российской Федерации является создание общественных объединений в форме национально-культурных автономий.

В аспекте исследования национально-государственного строительства и организации политико-территориальных отношений в Российской Федерации, следует обратить внимание на современное состояние соотношения федерализма и конституционного права народов на самоопределение в Российской Федерации, следует признать, что право на самоопределение народов, установленное Конституцией Российской Федерации, понимается в этнокультурном значении.

Представляется, что федерализация современной России потребует не только развития теоретических представлений, в частности об автономии (которая в конституционно-правовой науке традиционно рассматривалась как национально-территориальное образование, способствующее воплощению права народов на самоопределение, выбор формы государственности), но и введения новых категорий.

В научной литературе различают два вида автономии: национально-территориальную (этно-территориальную, политическую) и национально-культурную. Они отличаются в первую очередь объемом полномочий. В национально-территориальной автономии все органы государственной власти состоят преимущественно из лиц «коренной национальности». Национально-культурная автономия означает особый статус отдельных этнических групп и правовую форму решения национальных противоречий в многонациональном государстве<sup>1</sup>.

В правовой литературе сложилось разноплановые представления о национально-культурной автономии: М.В. Баглай<sup>2</sup> определяет национально-культурную автономию как способ защиты национальных интересов граждан России в процедуре выбора ими путей и форм своего национально-культурного развития; В.А. Кряжко<sup>3</sup> представляет как право на самоопределение в форме общественного объединения граждан; В.Е. Чиркин<sup>4</sup> указывает, что право на национально-культурную автономию не является правом на национально-территориальное самоопределение; Т.Я. Хабриева<sup>5</sup> пишет, что право на национально-культурную автономию - это право этноса, коллективное право, форма соединения коллективных прав этноса с индивидуальными правами составляющих его лиц. Иной точки зрения придерживается В.Р. Филиппов, по его мнению, национально-культурная автономия - это не этнополитический принцип этнокультурной самоорганизации и самоуправления граждан, а

---

1 Конохова И.А. Структура Российской Федерации: современное состояние и перспективы совершенствования // Гос-во и право. 2007. № 2. С. 39.

2 Баглай М. В. Конституционное право РФ: Учебник для вузов. М.: Издательство НОРМА. 2002. С. 567.

3 Кряжко В.А. Право на родной язык //Российский юридический журнал. 2007. № 1. С. 22.

4 Чиркин В.Е. Российская Федерация и ее субъекты: проблемы укрепления государственности // Государство и право. 2001. № 7. С. 96.

5 Хабриева Т.Я. Национально-культурная автономия в Российской Федерации. М.: Юстицинформ. 2003. С. 57.

социальный инструмент, общественное объединение по этническому принципу<sup>1</sup>.

В июне 1996 г. Указом Президента Российской Федерации была утверждена Концепция государственной национальной политики. В 1998 г. Российская Федерация ратифицировала Рамочную конвенцию Совета Европы о защите национальных меньшинств<sup>2</sup>. С принятием этих актов национально-культурная автономия в России развилась из идеи в правовой институт, который является серьезным дополнением к обеспечению территориальной государственности этносов.

Говоря о правовой реализации государственной национальной политики, регулирование и защите прав национально-культурной автономии, следует подчеркнуть, что оно осуществляется посредством Федерального закона от 17 июня 1996 №74-ФЗ «О национально-культурной автономии». Федеральный закон определил правовые основы национально-культурной автономии в Российской Федерации, создал правовые условия взаимодействия государства и общества для защиты национальных интересов граждан Российской Федерации в процессе выбора ими путей и форм своего национально-культурного развития.

Концепция государственной национальной политики 1996 г. признает национально-культурную автономию формой самоопределения народов в Российской Федерации, с учетом разрозненного проживания многих народов на ее территории, экстерриториальным общественным формированием, которое будучи, не ущемляя прав субъектов Российской Федерации, закрепленных за ними Конституцией Российской Федерации, расширяет их возможности и ответственность в осуществлении государственной национальной политики.

Таким образом, право наций или народов на самоопределение является важнейшим коллективным правом в системе прав и свобод человека и гражданина. Основным содержанием данного права является право на развитие нации, народа. Определяющим признаком, позволяющим определить право на самоопределение как юридическую категорию, является наличие или отсутствие условий развития нации или народа.

Право на самоопределение в современном мире не может быть понято вне контекста территориальной целостности государства, являющейся важнейшим принципом современного международного и национального права, которое, как свидетельствует мировая практика, не допускает односторонней сепарации. Создание правовой базы для экстерриториального самоопределения этнических общностей России, права добровольного объединения последних для решения вопросов национальной культуры, является реализацией в современных условиях права наций и народов на самоопределение.

---

1 Кутафин О.Е. Российская автономия. М.: Проспект, 2006. С. 24 - 25.

2 Бюллетень международных договоров. 1994. № 5. С. 11-28.

## **Правовое (законное) неравенство, как средство борьбы с неравенством фактическим и условным**

Коркина Светлана Сергеевна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Идеалом справедливости государственного и общественного устройства во все времена был и остается принцип равенства между людьми. В свою очередь, мы можем говорить о том, что равенство по своей сущности может быть формальным или же фактическим. Считается, что достигнуть полного фактического равенства невозможно, так как люди не равны от природы между собой. Это обусловлено различием пола, физических и умственных способностей, что, так или иначе, порождает неравенство.

Данное положение с точки зрения сущности права не даёт возможности всем в равной мере пользоваться социальными благами, и, в конечном счёте, это приводит к угнетению сильными субъектами более слабых, что противоречит справедливости как одной из главных составляющих права.

Именно поэтому государство взяло на себя обязательство по компенсации неравенства, осуществляя определенную социальную политику, а также по обеспечению равноправия граждан, т.е. равенства в сфере прав, свобод и законных интересов, установив посредством закона формальное правовое равенство.

Данная правовая категория направлена на борьбу не только с фактическим неравенством, но и с неравенством условным, которое в своё время еще отмечали такие теоретики права, как Жан-Жак Руссо и Л.И. Петражицкий. Условное неравенство существует в силу человеческих предрассудков<sup>1</sup>, оно может существовать не только между конкретными лицами, но и народами в целом. Фактором для становления условного неравенства, к примеру, может послужить разное отношение к расовой, национальной и религиозной принадлежности<sup>2</sup>. Так, например, в условиях правовой действительности России мы можем обратить своё внимание на статью 282 УК РФ (Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства).<sup>3</sup> Практика по данной статье складывается таким образом, что наказание по ней получают только граждане России.

Также стоит отметить, что установление правового равенства возможно в государстве с развитой правовой системой, в государстве, в котором права и

<sup>1</sup> Руссо Ж.-Ж. О причинах неравенства между людьми. СПб, 1907. С.42.

<sup>2</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Том 1. С.-Пб., 1909. С. 492.

<sup>3</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации (в ред. Федеральных законов от 27.05.1998 № 77-ФЗ, от 25.06.1998 № 92-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

свободы личности являются высшей ценностью и подлежат обеспечению и защите независимо от социального положения, национальности и т.п.

Правовое равенство - это равенство возможностей: все люди независимо от их социального происхождения и положения признаются равными и полноправными участниками общественных отношений, наделенными свободной волей и потому способными отвечать за свои действия и их правовые последствия, что и является отражением принципа социальной справедливости.

Рассмотрев один из способов восстановления равенства и социальной справедливости, хотелось бы поговорить о такой спорной категории, как правовое (законное) неравенство.

В свою очередь, правовое неравенство может рассматриваться в разных аспектах.

1) При правильном его использовании оно может принести государству и обществу пользу, являться механизмом преодоления фактического неравенства, механизмом установления социальной справедливости.

2) Но при отсутствии правильного похода к этому явлению, оно может стать катализатором для усугубления фактического неравенства, речь о котором я уже вела ранее.

Что же такое правовое неравенство и как оно борется с неравенством фактическим? В первую очередь, стоит отметить, что законное неравенство устанавливается самим государством. То есть мы можем утверждать, что оно имеет правовую основу, закрепляется в нормах права и устанавливается исключительно в интересах всего общества. Правовое неравенство обеспечивается государством с целью:

1)выравнивания правового положения субъектов правоотношений;

2)поддержки определенных субъектов права с целью государственного развития в той или иной сфере;

3)поддержки мало защищённых, слоёв населения.

Конечно, данный список не является исчерпывающим.

Исходя из вышесказанного, мы можем составить следующее определение.

**Правовое (законное) неравенство** - это сложная социально-правовая категория, в определенных целях обеспеченная государством, способствующая установлению в обществе справедливости, направленная на компенсацию последствий фактического неравенства.

Существует два способа установления правового неравенства:

1) Установление дополнительных прав для кого-либо

2) Ограничение в них.

На наш взгляд, наиболее нестабильным и требующим внимания способом являются средства, устанавливающие дополнительные права (льготы). Этот способ наименее изучен, и наука уделяет ему слишком мало внимания, недооценивая его влияние на положение равенства субъектов.

Государство, понимая неравенство фактическое между гражданами, устанавливает для различных категорий своего рода преимущества,



направленные, как правило, на обеспечение достойного уровня жизни тех категорий граждан, которые находятся в сложных жизненных условиях. Дети-сироты, одинокие матери или же лица в силу своих физиологических особенностей нуждающиеся в поддержке государства, инвалиды и несовершеннолетние.<sup>1</sup>

Есть и иные случаи, в которых устанавливаются дополнительные привилегии, для уравнивания субъектов правоотношений. К примеру, в делах о защите прав потребителя, лицо может обратиться в суд, не уплачивая государственную пошлину. Законодатель понимает, что физическое лицо фактически, как субъект права, слабее, чем юридическое лицо, поэтому наделяет его таким льготным положением, а, точнее, снимает с него обязанность в уплате госпошлины.

Говоря о цели государственного развития, например, в сфере экономики, правовое неравенство устанавливается посредством различного налогообложения, снижения налогообложения для малого бизнеса.

На данный момент одной из главных проблем в установлении законного неравенства является отсутствие гибкой и целенаправленной государственной политики в деле предоставления и реализации льгот. Современная ситуация в России характеризуется постоянными изменениями. Идет процесс передела собственности и власти, социального расслоения людей. Противоречивость и нестабильность нашей жизни и, соответственно, правовой системы, не может не оказать влияния на противоречивость и нестабильность льгот, которые во многом не упорядочены, не согласованы.<sup>2</sup>

Еще одной проблемой является использование льгот в качестве инструмента в политической борьбе в популистских целях, когда отдельные лидеры в период выборов пытаются расширить свою социальную базу, привлечь на свою сторону электорат.<sup>3</sup>

Таким образом, государство в первую очередь должно помнить о рациональности в предоставленных льготах и ограничениях, ведь неразумное предоставление лицам привилегий ведет к неравенству, следовательно, к несправедливости, что опять же противоречит содержанию права. Поэтому, следует выработать качественный механизм, который будет регулировать предоставления таких привилегий.

На наш взгляд, в целях совершенствования установления правового неравенства посредством предоставления дополнительных прав тем или иным категориям граждан следует обратить своё внимание на способы, представленные Малько А.В.:

1) своевременно реагировать на происходящие в обществе перемены и наряду с установлением в законодательстве новых льгот, отменить необоснованные, которые не оправдали себя на практике.

2) систематизировать законодательство о льготах, инкорпорировать по тематическому принципу нормативные акты и

---

1 Зайков Д.Е. Правовое (формальное) равенство и законное неравенство в современных условиях // Гражданин и право. 2011. № 1. С. 2.

2 Малько А.В. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Матузова и Малько. 2-е изд. 2001. С. 418.

3 Малько А.В. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Матузова и Малько. 2-е изд. 2001. С. 419.

опубликовать их для всеобщего сведения и контроля над соблюдением.

В заключение, хотелось бы сказать, что у некоторых авторов есть точка зрения, что фактическое неравенство в принципе не стоит пытаться компенсировать. Так, например, неравенство прав Ницше рассматривал как условие того, что права вообще существуют. Право есть преимущество. Каждый вид бытия имеет свое преимущество. И развиваться общество может лишь на индивидуальности личности.<sup>1</sup>

Также современные социологи считают, что существующая тенденция установления равноправия полов не только в юридическом смысле, но и в смысле фактическом ведет к перераспределению ролей в семье и к её распаду, тем самым подрывая государственную стабильность.

Поэтому, по нашему мнению, прежде чем в полной мере использовать законное неравенство в качестве компенсации последствий неравенства фактического и условного, нужно неоднократно проанализировать ситуацию и целесообразность наличия фактического равенства в какой-либо сфере жизни общества. Также следует более рационально подходить к выбору категорий, которым мы будем предоставлять дополнительные права, способы предоставления, а также в любой индивидуальной ситуации действовать с точки зрения справедливости и обеспечения общественного блага. Только в таком случае законное неравенство будет выполнять общественно-полезные функции.

---

<sup>1</sup> История политических и правовых учений / Под общей редакцией члена-корреспондента РАН, доктора юридических наук, профессора В. С. Нерсесянца. Москва, 1998. С. 544-554

## **Теоретико-правовой анализ ценности интерпретационных актов Конституционного суда РФ**

Лузина Надежда Николаевна,  
аспирант кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Бабенко Андрей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

В последние годы в России происходят существенные преобразования почти во всех сферах жизни общества: политической, экономической, социальной. Повлияли они и на правовую систему, которая изменилась весьма значительно. В настоящее время происходит существенный процесс реформирования правовой системы.

В подобные периоды реформирования правовой системы существенным образом обновляется механизм правового регулирования, что влечет за собой немало трудностей и осложнений. Среди основных причин этого – неправильное понимание, и, как следствие, применение нормативно-регулятивных средств.

Следствием развернувшихся преобразований в правовой системе является возрастание роли интерпретационной деятельности, поскольку последняя пронизывает весь механизм правового регулирования: начиная от правотворчества и заканчивая реализацией права.

В условиях реформирования правовой системы необходимость толкования права связана с недостаточной четкостью выражения воли законодателя, несовершенством законодательной техники, влекущими за собой неопределенность, неясность, неконкретность положений, включаемых в законы и иные нормативно-регулятивные средства. В процессе интерпретации права устанавливаются смысл и сфера действия правовой нормы, её основная цель, место в системе правового регулирования, выясняются общественно-историческая обстановка, политические и социально-экономические условия её принятия.

Процесс правотворчества также невозможен без интерпретации права, т. к. в развитой системе права большинство вновь издаваемых норм так или иначе связаны со многими нормами существующими. Без толкования невозможно установление всех таких связей. Интерпретационная деятельность позволяет выявить необходимость издания новой нормы, ее содержание, а также ту форму, в которой эта норма должна быть воплощена. Толкование права приобретает немаловажное значение и для подготовки разного рода собраний и справочников по законодательству, учета нормативных актов. Процесс

интерпретации также становится необходимой предпосылкой реализации правовых норм.

Более того, современное российское законодательство имеет общий характер, а не казуистический, а потому не может предусмотреть абсолютно все возникающие в повседневной жизни случаи, требующие правового регулирования. Как следствие этого, в механизме правового регулирования важную роль играет умение участников правовых отношений соотнести возникшую ситуацию с закрепленной в законе нормой.

В подобной ситуации важную роль начинают играть интерпретационные акты, посредством которых происходит развитие, уточнение и конкретизация вновь вводимых и давно действующих правовых норм в целях эффективной их реализации.

Среди многообразия интерпретационных актов на наш взгляд особую роль играют судебные акты Конституционного суда РФ, имеющие ценность для развития системы права, где они выступают в качестве регулятора общественных отношений.

Понятие ценности служат выражением положительной значимости объекта для удовлетворения потребностей субъекта<sup>1</sup>, т.е. ценность вещей обусловлена их связью с человеком, их способностью удовлетворять его потребности, способствовать развитию его сущности

Понятие ценности интерпретационных актов, следовательно, призвано раскрыть их положительную роль для государства, правоприменителей, общества, отдельной личности. Саму же интерпретационную деятельность можно определить как процесс определения и вычлечения заложенных в нормативно-регулятивных средствах правовых ценностей.

Ценность интерпретационных актов Конституционного суда РФ заключается в их способности удовлетворять определенные потребности субъекта права, необходимые, полезные для его существования и развития. Судебные акты Конституционного суда РФ воздействуют на процесс по обеспечению соблюдения прав и свобод человека, верховенства и прямого действия Конституции Российской Федерации на всей территории страны, созданию непротиворечивой системы законодательства на основе конституционных требований.

На наш взгляд, судебно-правовые акты Конституционного суда РФ ценны для граждан, правоприменителей, общества в целом, поскольку они объективируют теоретически и практически значимую деятельность по разъяснению смысла и содержания правовых норм, способствуют совершенствованию действующего законодательства, воздействуют на содержание правоприменительной деятельности. Решения конституционного суда имеют особое значение в процессе реализации права, т. к. обеспечивают правильное воплощение в жизнь заложенных в Конституции принципов и норм.

Можно отметить следующие основные проявления ценности интерпретационных актов Конституционного суда РФ:

---

<sup>1</sup> Рабинович П.М. Социалистическое право как ценность. Львов, 1985. С. 9.

1. Интерпретационные акты обладают, прежде всего, инструментальной ценностью, поскольку способны придавать действиям участников правоотношений организованность, устойчивость, согласованность. Акты толкования служат важным средством правильной и эффективной реализации права путем установления организационно-вспомогательных правил понимания и применения действующего законодательства. Они воздействуют на правовые отношения в целях уточнения модели желательного правомерного поведения субъектов права, и тем самым вносит элементы упорядочения в общественные отношения, делает их цивилизованными. Интерпретационные акты являются образцами наиболее правильного применения правовых норм. Повторяясь, они создают устойчивые правила и служат прообразом будущих нормативных предписаний.

2. Ценность интерпретационных актов заключается в том, что они выражают результат осмысления действующих правовых норм, воплощают сложившуюся в обществе систему ценностей. С одной стороны, акты толкования объясняют важность и полезность определенных правовых ценностей (приоритет прав и свободы человека и гражданина, справедливость, равенство и т. д.). Несущие в себе правовые ценности интерпретационные акты являются фактором повышения уровня правосознания и правовой культуры как правоприменителей, так и других участников правовых отношений. С другой стороны, в условиях переходного периода реформ интерпретационные акты способны сами влиять на формирование системы ценностей.

3. Ценность интерпретационных актов определяется и тем, что они способны являться выразителем свободы личности в обществе. Интерпретационные акты, устанавливая смысл и содержание нормативно-регулятивных средств, должны опираться в первую очередь на то, что в развитом правовом государстве гарантируется свобода личности, провозглашается приоритет прав и свобод человека. При этом акты толкования должны определять границы и меру этой свободы. Предписания, сформулированные в интерпретационных актах, в первую очередь должны быть направлены на создание такого порядка в общественных отношениях, который исключает из жизни людей произвол, своеволие, бесконтрольность государства и отдельных индивидов.

Так, определением Конституционного суда РФ от 06.12.2011 № 27-П признана не соответствующей Конституции положения статьи 107 Уголовного процессуального кодекса РФ в той мере, в какой они не конкретизируют срок, на который избирается мера пресечения в виде домашнего ареста, не определяют основания и порядок его продления и не ограничивают предельную продолжительность пребывания лица под домашним арестом. Как указал Конституционный суд РФ принадлежащее каждому от рождения право на свободу и личную неприкосновенность, относящееся к числу основных прав человека и признаваемое Всеобщей декларацией прав человека, воплощает наиболее значимое социальное благо, которое, исходя из признания государством достоинства личности, предопределяет недопустимость произвольного вмешательства в сферу ее автономии и создает условия, как для

демократического устройства общества, так и для всестороннего развития человека. Именно поэтому Конституция Российской Федерации допускает возможность его ограничения лишь в той мере, в какой это необходимо в определенных ею целях, в установленном законом порядке, с соблюдением общеправовых принципов и на основе конституционных критериев необходимости, разумности и соразмерности, с тем чтобы не оказалось затронутым само существо данного права. Публичные интересы могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей.<sup>1</sup>

4. Ценность интерпретационных актов состоит также в их способности быть выразителем идеи справедливости. Нормативные предписания, содержащиеся в интерпретационных актах, должны исходить из критерия правильного (справедливого) распределения материальных благ, утверждать равенство всех перед законом независимо от их происхождения, материального положения, социального статуса и прочее.

Примером может послужить Постановление Конституционного суда РФ от 16.10.1995 № 11-П, в котором суд признал, что норма закона о пенсионном обеспечении, отказывающая лицам, отбывающим наказание в виде лишения свободы, в праве получать пенсию, противоречит Конституции РФ и фактически является дополнительным наказанием.<sup>2</sup> В результате этого судебного акта Конституционного Суда РФ осужденные стали получать пенсии, что нашло в дальнейшем свое закрепление в УИК РФ.

5. Ценность интерпретационных актов состоит в том, что они воздействуют на сознание правоприменителей, профессиональных юристов, а также обычных людей с целью формирования у них необходимых знаний о правилах применения норм права, необходимых и возможных вариантах поведения. Акты Конституционного Суда России доводятся до всеобщего сведения различными способами. Постановления и заключения Конституционного суда России подлежат незамедлительному опубликованию в официальных изданиях.

Таким образом, формулируясь в общедоступной форме, акты толкования способствуют выработке у граждан устойчивого правосознания. Знание правовых позиций Конституционного Суда имеет важное значение при осуществлении органами публичной власти своей деятельности, при защите гражданами и их объединениями, своих прав в судах и иных органах, что способствует реальному воплощению принципов и норм Конституции в общественных отношениях.

6. Наконец, ценность интерпретационных актов заключается в их возможности разрешать коллизии правовых норм, преодолевать пробелы в правовом регулировании.

---

<sup>1</sup> По делу о проверке конституционности статьи 107 УПК РФ: Пост. КС РФ от 6 дек. 2011 г. № 27-П // СЗ РФ, 2011. № 51. Ст. 7552.

<sup>2</sup> По делу о проверке конституционности статьи 124 Закона РСФСР от 20 ноября 1990 года «О государственных пенсиях в РСФСР»: Пост. КС РФ от 16 окт. 1995 г. № 11-П // СЗ РФ, 1995. № 43. Ст. 4110.

Размышляя над проблемой законодательных пробелов, председатель Конституционного суда РФ В. Д. Зорькин отмечает, что Конституционный суд, может использовать различные правовые рычаги преодоления пробелов в законе. Например, выявив законодательный пробел, Суд решает вопрос о том, признавать ли закон неконституционным в связи с пробелом, повлекшим нарушение конституционных прав и свобод, других конституционных установлений, или осуществить истолкование его конституционно-правового смысла либо в иной надлежащей правовой форме выразить отношение к законодательному пробелу. Следует отметить, что Конституционный суд, не может восполнить пробел, но посредством судебного толкования на основе применения общепризнанных принципов права осуществляется приращение правовой ткани, расширяется пространство права.<sup>1</sup>

Следует отметить, что в актах толкования формулируются также правила разрешения правовых коллизий.

Так, Конституционный Суд РФ в Определении от 05.10.2000 № 199-О указал, что в соответствии с общими принципами права в случае коллизии норм, регулирующих одни и те же общественные отношения, применению подлежат нормы закона, принятого по времени позднее, при условии, что в нем не установлено иное, при этом приоритетом над общими нормами обладают специальные нормы.<sup>2</sup> А в Постановлении от 29.06.2004 № 13-П он уточнил свою позицию, отметив, что в отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы применяется правило "*lex posteriori derogat legi priori*" ("последующий закон отменяет действие предыдущего"), означающее следующее. Даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон; вместе с тем независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений.<sup>3</sup>

Размышляя о ценности судебных актов Конституционного суда РФ необходимо раскрыть вопрос о том, какое место они занимают в иерархии правовых ценностей.

Как отмечает Н. Неновски, иерархия правовых ценностей и правовых норм предполагает понимание тех и других как системы, в которой одни звенья обслуживают другие. Это означает, что одни правовые ценности играют роль целей, а другие – средств.<sup>4</sup> Представление об одних ценностях как о целях и об других как средствах уже характеризуют ценностную систему как иерархию, поскольку ценности-цели стоят над ценностями-средствами и обуславливают их. Но ценности-средства тоже воздействуют на ценности-цели. Это не следует понимать в том смысле, что одни ценности являются только целями, а другие –

1 Зорькин В.Д. Проблемы законодательных пробелов в практике Конституционного суда России: // [http://www.ksrf.ru/news/speech/pages/default.aspx].

2 Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кушнарева Андрея Михайловича на нарушение его конституционных прав положениями части первой статьи 40.1 Кодекса законов о труде Российской Федерации и пункта 1 статьи 12 Закона Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации»: Пред. КС РФ от 5 окт. 2000 г. № 199-О // Вестник Конституционного суда. 2001. № 1.

3 По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ: Пост. КС РФ от 29 апр. 2004 г. № 13-П // СЗ РФ, 2004. № 27. Ст. 2804.

4 Неновски Н. Право и ценности. М.: Прогресс, 1987. С. 187.

только средствами. Иерархичность системы означает, что данная ценность является средством по отношению стоящей над ней ценностью и целью по отношению к ценности, расположенной под нею. Поэтому правовые нормы в своей собственной внутренней иерархии занимают по отношению друг к другу положение норм-целей и норм-средств. В правовых актах встречаются так называемые нормы-цели, определяющие результат, которого надо добиться. В качестве норм-средств можно рассматривать нормы, предусматривающие необходимое для достижения результата поведение.

Таким образом, Конституция РФ и заложенные в ней принципы, являются ценностью-целью по отношению к другим нормативным актам. Судебно-правовые акты Конституционного суда будут выступать средством укрепления законности и правопорядка, борьбы с правовым нигилизмом. В свою очередь, на наш взгляд, для других нормативных актов (законов и подзаконных актов) интерпретационные акты Конституционного суда РФ должны выступать целью, вследствие своего особого рода, разъяснения фундаментальных принципов права, оптимального учета интересов личности и государства, обязательности для всех субъектов права.

В условиях дальнейшего реформирования правовой системы, когда Россия движется к построению развитого правового государства, интерпретационные акты Конституционного суда РФ должны занять достойное место в иерархии правовых ценностей субъекта права, стать важной интеллектуальной составляющей правовой системы.



## Цензура: законодательство и практика

Михалев Денис Валентинович,  
студент 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Рудаков Алексей Александрович,  
к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Средства массовой информации занимают значительное место в современном обществе. Они оказывают серьезное влияние на развитие политических процессов в стране, воздействуют на мировоззрение общества и отдельных людей в частности, в том числе формируют их политические взгляды, убеждения, позиции, осуществляют социальный контроль над протекающими событиями. Более того население узнает о мероприятиях государства и принимаемых государственных решениях в первую очередь через СМИ. Поэтому особо важно, чтобы информация, получаемая обществом, соответствовала действительности. Сейчас ведется много споров относительно достоверности предоставляемой нам информации. Зачастую мы становимся очевидцами случаев, когда появляются факты, свидетельствующие о том, что информация, которую мы получаем, является либо измененной под воздействием третьих лиц, либо специально искаженной редакцией из-за боязни неблагоприятных последствий. И это все при том, что у нас в законодательстве закреплён запрет цензуры, свобода мысли и слова, возможность свободно получать и распространять информацию. Так как же в нашей стране осуществляется запрет на цензуру? Как законодатель регулирует этот запрет и как он реализуется на практике?

Сейчас цензура запрещена на конституционном уровне. С её запретом в Конституции и принятием закона о «Средствах массовой информации» был сделан важный шаг на пути построения в России гражданского общества. Теперь, с закреплением в законодательстве недопустимости цензуры, каждый человек имеет право получать достоверную информацию из различных печатных изданий, теле-, радиоканалов и т.д. Свободу получили журналисты, которые теперь могут доносить информацию до аудитории, не боясь, как во времена Советского Союза, быть наказанными за неё властью.

Но каково же значение понятия «цензура»? Что мы понимаем под этим словом? В теории дается понятие цензуры, как определенного ограничения деятельности СМИ, запрета. Например, Горяева Т.М. приводит такое понятие: «цензура – это неотъемлемая функция любого государства, в определенных формах реализующая не только систему запретов и ограничений, но и представляющая собой мощный пропагандистский механизм».<sup>1</sup> В статье 3

---

<sup>1</sup> См., напр. : Политическая цензура в СССР. 1917-1991 гг.: Учебник/ Под ред. Т.М. Горяевой. М., 2009. С. 6.

закона «О средствах массовой информации» дается понятие цензуры как «требование от редакции средства массовой информации со стороны должностных лиц, государственных органов, организаций, учреждений или общественных объединений предварительно согласовывать сообщения и материалы (кроме случаев, когда должностное лицо является автором или интервьюируемым), а равно наложение запрета на распространение сообщений и материалов, их отдельных частей».<sup>1</sup>

Исходя из законодательства, можно сделать вывод, что в России созданы благоприятные условия для того, что общество могло получать независимую от третьих лиц информацию и выражать именно свое мнение в СМИ. Но все так идеально выглядит лишь в теории. Как же обстоят дела на самом деле? Необходимо ли совершенствовать наше законодательство для наиболее эффективного регулирования запрета цензуры? Конечно, чтобы ответить на эти вопросы, необходимо хорошо разобраться в пробелах, существующих в действующих законах, а также проблемах реализации данного запрета на практике.

Проблема реализации запрета цензуры связана со многими факторами. Среди них можно выделить различное отношение к цензуре в СМИ россиян. В ходе опроса Всероссийским центром изучения общественного мнения (ВЦИОМ) в 2008 году 58% россиян высказались за цензуру в СМИ. Большинство из тех, кто считает, что цензура нужна, высказались против избыточного показа насилия, разврата и пошлости.<sup>2</sup> Конечно, нельзя сказать, что сегодня вся информация, которую мы получаем сегодня из газет, телевидения и других СМИ не проходит предварительную проверку властей. Примером можно привести заявление телеведущего телепрограммы «Познер» на Первом канале Владимиром Познером, который сообщил, что может закрыть свою программу, если ситуация с цензурой в этом СМИ не изменится. Причиной такого заявления было то, что из эфира программы, снятой 6 февраля 2012 года, был вырезан фрагмент, касающийся обсуждения телеведущим с гостьей программы Тиной Канделаки ситуации, связанной со свободой слова на основных телевизионных каналах, вмешательством Кремля в редакционную политику СМИ и возможностью появления оппозиционера Алексея Навального на Первом канале.<sup>3</sup>

Не всегда мы получаем достоверную информацию потому, что множество телеканалов, печатных изданий и т.д. зависят от власти. Это может быть связано с тем, что собственником этого СМИ является представитель власти или сам, например, телеканал является государственным, или просто люди, работающие в каком либо СМИ, боятся поплатиться своим местом из-за предоставления аудитории информации, неугодной властям. В защиту нашего высказывания хотим привести случай, связанный с бывшим корреспондентом газеты «РБК daily» Анастасией Самоторовой, которую заставили уволиться за статью "От буфета до туалета", опубликованную в издании 28 ноября 2007 года. Об этом

1 О средствах массовой информации: З РФ от 27.12.1991 г. № 2124-1 (с послед. изм.)// СПС «КонсультантПлюс».

2 Цензура в СМИ: за и против. Пресс - выпуск № 980. 18.06.2008г.// [Электронный ресурс]. – режим доступа: <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=10282>.

3 NewsBoard// [Электронный доступ]. – режим доступа: [http://newsboard.ru/news/read/pozner\\_kandelaki.html](http://newsboard.ru/news/read/pozner_kandelaki.html).

журналистка сообщила «Новой газете», в одной из статей которой 27 декабря этого же года было напечатано об этом случае. Самоторова рассказала, что руководство редакции поставило ей ультиматум: или она пишет заявление об уходе, или в редакции в отношении нее создается невыносимое положение. В статье говорилось о том, что в правительстве России разрабатывается положение, согласно которому чиновникам среднего и нижнего звена будет запрещено общаться с прессой. Кроме того, в материале были процитированы слова одного из чиновников: "Пресса имеет право ходить в пресс-службу от буфета до туалета - что еще нужно?". Громкая публикация сначала была одобрена руководством газеты - журналистке выдали премию. Потом через неделю к Самоторовой подошел главный редактор и сказал, что из правительства поступил звонок акционерам «РБК daily» с требованием ее уволить".<sup>1</sup>

В завершении хотим сказать, что, несмотря на регулирование государством запрета на цензуру, законодателю необходимо более тщательно регламентировать этот вопрос. Кроме того, необходимо создать механизмы для наиболее эффективного регулирования запрета. Также нужно развивать правовую культуру общества, которая и является залогом благоприятного развития и, как следствие, правомерного поведения граждан. Для гражданского общества необходима достоверная информация, необходимо, чтобы общество было в курсе всех событий, происходящих в стране. Взглянув на современную ситуацию, можно сделать вывод, что проблема реализации запрета на цензуру в нашей стране существует. Но все же мы надеемся, что со временем наше общество добьется свободы в СМИ. Реализация взаимозависимости между демократией и средствами массовой информации для процветания личной и общественной жизни - путь очень долгий. Но мы должны встать на него, если наше общество собирается пожать плоды свободы.

---

<sup>1</sup>Новая газета. 17.12.2007г. // [Электронный ресурс]. – режим доступа:<http://www.novayagazeta.ru/news/23576.html>.

## Правовой режим

Подлобникова Елена Васильевна,  
студентка 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Правовой режим - довольно известная и часто употребляемая в праве категория. И популярность данного понятия только растет. По данной теме можно найти большое количество разнообразных статей, да и законодатель весьма нередко использует правовой режим в названиях статей, глав законов.

Правовой режим - многоаспектная правовая категория, но мало проработанная. Поэтому изучение правового режима является весьма актуальным, так как поможем ответить на вопросы: что такое правовой режим, каковы его признаки, какова его структура, элементы структуры правового режима, а также возможность совершенствования правовых режимов.

Изучив множество различных определений<sup>1</sup> правового режима, которые указывают на признаки данного явления, систематизировав полученные данные, а также произведя собственный анализ, представляется, что правовой режим обладает следующими признаками:

- 1) Правовой режим закрепляется в законодательстве, в праве по средствам правовых норм.
- 2) Исходя из первого признака, правовой режим обеспечивается государством.
- 3) Правовой режим связан именно с правовым регулированием. Это особый порядок правового регулирования, который существует не одномоментно, а постоянно, на всем протяжении правового регулирования.
- 4) Правовой режим имеет сложносоставную, многоэлементную структуру.
- 5) Данная структура состоит из юридических средств: а именно из дозволений, запретов и позитивных обязываний.
- 6) Данный порядок правового регулирования существует с определенной целью. Данная цель выражается в определенном состоянии благоприятности либо неблагоприятности для различных субъектов права. Благоприятность правового режима состоит в возможности удовлетворить собственный интерес субъекта права.

---

<sup>1</sup> См., напр.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права // СПС «Консультант Плюс»; Исаков В.Б. Механизм правового регулирования и правовые режимы. // Проблемы теории государства и права. М., 1987. С. 258-259; Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 185; Морозова Л.А. Конституционное регулирование в СССР. М., 1985. С. 123.

7) Правовой режим выделяет субъектов, объектов права, временные и пространственные границы на которых распространяется тот или иной правовой режим.

Из приведенных признаков правового режима можно дать определения правового режима.

Правовой режим - это закрепленный в праве и обеспеченный государством особый порядок правового регулирования, выражающийся в определенной сочетании юридических средств, а именно дозволений, запретов и позитивных обязываний, создающий особую направленность, желаемой социальное состояние и конкретную степень благоприятности либо не благоприятности для удовлетворения интересов субъектов права.

Правовой режим всегда имеет две взаимосвязанные стороны: содержательную - определяет основания установления правового режима (или причины и цели), а также вытекающие из этого организационные, политические, идеологические, экономические и иные управленческие аспекты; юридическую - определяет правовые формы установленного режима (срок действия, территориальные границы, субъекты обеспечения и объекты правового воздействия, процедуру введения в действие, характер правовых ограничений, виды юридической ответственности за их нарушение и т.д.)<sup>1</sup>.

Данное понятие имеет универсальный характер и может использоваться при характеристике отраслевых правовых режимов. Но не стоит забывать, что все отрасли права имеет свой специфический предмет и метод правового регулирования, поэтому использования данного выше понятия правового режима возможно с оговорками, характерными для отдельной отрасли или института права.

Так административно правовой режим, отвечая всем указанным признакам правового режима в общетеоретическом смысле, все же устанавливается, в первую очередь, для нормального государственного состояния, для эффективного управления. В данном случае, на первое место выходит интересы государства, оно является центральным субъектом. Такой же точки зрения придерживается и Р.А.Марченко, отмечая в своей работе, что «необходимость института административно-правового режима обуславливается, прежде всего, обеспечением интересов общественной безопасности и безопасности государства в целом, подверженной воздействию внешних и внутренних угроз» и далее «установление административно-правовых режимов происходит сугубо на основе закона и оправдано обеспечением безопасности государства<sup>2</sup>».

Использованием характерных для общетеоретического понятия правового режима черт при определении отраслевого правового режима, поможет прийти к единообразию. Но это не возможно без опоры на общетеоретическое понятие правового режима, которое должно являться универсальным для права.

Теперь перейдем к структуре правового режима и его элементам.

---

1 Папырыгин Е.С. Понятие и сущность особых правовых режимов// История государства и права, 2008. № 16.

2Марченко Р.А Административно-правовой режим обеспечения таможенного дела // СПС «Консультант Плюс».

Структура важная философская категория и является синонимом следующих понятий: строение, порядок, совокупность устойчивых отношений и связей<sup>1</sup>.

Структура правового режима является также дискуссионным вопросом, но неоспоримым, ни один автором является тот факт, что правовой режим – это многоэлементное явление.

Указав на точки зрения<sup>2</sup> относительно элементов структуры правового режима, хочется выделить ту, которая является приемлемой для нас.

Правовой режим состоит из юридических средств: а именно из дозволений, запретов и позитивных обязываний.

Именно данное понятие структуры правового режима позволяет развести и не отождествлять правовой режим с содержанием правоотношений<sup>3</sup> (то есть правами и обязанностями субъектов права), структурой правовой нормы<sup>4</sup>, мерами обеспечения права<sup>5</sup> (гарантиями, льготами, поощрениями).

Но стоит помнить, что правовой режим устанавливает для использования его субъектами права в отношении объектов права, поэтому правовой режим легко впишется в структуру правоотношений. При этом сами субъекты и объекты права не являются элементами структуры правового режима.

Но для чего же происходит установления структуры правового режима, понятия правового режима и его признаков?

Все это нужно для нормального функционирования правовых режимов, их изменений и совершенствования. Ведь правовой режим – функциональная характеристика права, он эволюционирует, развивается, адаптируется к современным условиям и реалиям.

Совершенствование правовых режимов происходит посредством соответствующих изменений в законодательных актах нашей страны. Данные изменения могут быть вызваны различными условиями и обстоятельствами: политическими, экономическими, социальными, культурными и иными. Цели этих изменений также совершенно различны.

Некоторые авторы<sup>6</sup> считают, что совершенствование правовых режимов осуществляется по средствам внесения новых норм в законодательные акты, которые бы содержали дополнительные права и обязанности отдельных субъектов права. Но нам представляется, что совершенствование правовых режимов может осуществляться, путем изменения сочетаний юридических

---

1 Свободная энциклопедия Википедия // <http://ru.wikipedia.org>.

2 Дозорцев В.А. Понятие секрета промысла («ноу-хау») // Вестник ВАС РФ, 2001. №7.

Васильева М.И. Природоресурсные факторы энергетики в российском законодательстве // Энергетическое право. 2010. № 1; Трофимчук И.В. Государственное регулирование режима пребывания иностранных граждан в РФ // Миграционное право. 2009. № 3; Долгополов А.А. Правовые аспекты построения юридических конструкций административно-правовых режимов в сфере оборота оружия и взрывчатых веществ // СПС «Консультант плюс»; Померлян А.Н. Чрезвычайный правовой режим: проблема интерпретации правового регулирования // СПС «Консультант Плюс»; Алексеев С.С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1995. С. 243.

3 Дозорцев В.А. Понятие секрета промысла («ноу-хау») // Вестник ВАС РФ, 2001. №7.

4 Трофимчук И.В. Государственное регулирование режима пребывания иностранных граждан в РФ // Миграционное право. 2009. № 3.

5 Долгополов А.А. Правовые аспекты построения юридических конструкций административно-правовых режимов в сфере оборота оружия и взрывчатых веществ // СПС «Консультант Плюс».

6 Максимович Д.А. Совершенствование правового режима зданий и помещений // СПС «Консультант Плюс»; Ильин А.Б. специальные налоговые режимы: правовой механизм применения, развития и совершенствования // Консультант Плюс. Дедов Д.И. Совершенствование правового режима поглощения в акционерном праве // Консультант Плюс. Макаров О.В. Основные направления совершенствования гражданско-правового режима создания, реконструкции и капитального ремонта объектов недвижимости // Консультант Плюс.

средств, которые составляют структуру правового режима. Но эти изменения должны исходить из того, что большое количество обязываний или запретов приведет к снижению использованию данного правового режима, а, следовательно, и не благоприятные последствия для субъектов права. Поэтому определяя доминанту правового режима, государство - как субъектов, который устанавливает данный правовой режим должно ответить на вопрос, нужно ли ему, чтобы субъекты права использовали данный правовой режим или нет. От ответа на этот вопрос будет зависеть как (какие средства) нужно поменять в том, или ином правовой режиме и стоит ли это делать.

Таким образом, правовой режим требует существенной и базовой, теоретической разработки. При помощи правовых режимов можно влиять на субъектов права, и на внутригосударственную политику в том числе. Полное, комплексное исследование правового режима: сущности, структуры, назначения имеет важное значение и поможет законодателю, правоприменителю осуществлять эффективно правовое регулирование.

## Законность как многоаспектное понятие

Ростовцев Евгений Геннадьевич,  
аспирант кафедры Теории государства и права  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

В юридической науке вопрос о понятии законности носит дискуссионный характер. По данной проблеме имеются различные точки зрения. Анализ разнообразных определений позволяет их условно объединить в несколько групп.

Во-первых, исследователи определяют законность как принцип государственно-правовой деятельности. Так, академик В.М. Кудрявцев отмечает, что «законность можно рассматривать как центральный принцип права, определяющий многие другие его принципы и положения. В более широком плане можно сказать, что законность – это общий принцип организации современного демократического государства, основа обеспечения и защиты прав личности и поддержания правопорядка в стране»<sup>1</sup>. Черняк Б.А. определяет законность как принцип деятельности государства<sup>2</sup>.

Во-вторых, законность определяют как метод государственного руководства обществом. Так, например, Е.А. Лукашева отмечает, что законность – это основанный на изучении объективных потребностей общественного развития метод государственного руководства обществом, состоящий в организации общественных отношений посредством создания и неуклонного осуществления законов и других правовых актов<sup>3</sup>.

В-третьих, законность понимают как режим общественно-политической жизни. Профессор А.С. Пиголкин указывает, что «законность есть определенный режим неуклонного действия права, основанный на точном и повсеместном исполнении всеми без исключения гражданами, должностными лицами, учреждениями и организациями законов и иных нормативных актов»<sup>4</sup>. Гучериев Х.С. пишет, что законность представляет собой «режим (состояние) соответствия общественных отношений законам и подзаконным актам, которые не противоречат нормам права, издаются в интересах всего общества ... и осуществляются всеми участниками правоотношений»<sup>5</sup>.

Бахрах Д.Н. подчеркивает, что «самая важная сторона законности раскрывается в ее определении как режима взаимоотношений граждан и

1 Кудрявцев В.М. Законность: содержание и современное состояние // Законность в Российской Федерации. М., 1998. С. 4.

2 См.: Черняк Б.А. Законность в организации и деятельности органов государственного управления: дис. ... канд. юр. наук. Воронеж, 2003. С. 18.

3 См.: Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность. М., 1973. С. 27.

4 Пиголкин А.С. Право, законность, гражданин. М., 1976. С. 58.

5 Гучериев Х.С. Законность и профилактика правонарушений: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1998. С. 122.



организаций с субъектами власти, который благоприятствует обеспечению прав и законных интересов личности, ее всестороннему развитию, формированию и совершенствованию гражданского общества, успешной деятельности государственного механизма»<sup>1</sup>.

В-четвертых, законность представляют как систему требований предъявляемых к субъектам правовой жизни общества. По этому поводу А.С. Тагиев замечает, что «законность – это система требований, основанных на законодательстве и обратно воздействующих на него в направлении неуклонной, строгой, однообразной реализации его установлений всеми государственными органами, общественными организациями и движениями, должностными лицами и гражданами, в целях упрочения стабильного правового порядка»<sup>2</sup>.

Приведенные суждения о понятии законности являются следствием исследования отдельных аспектов данной проблемы с применением конкретных методов познания, что способствовало формированию такого многообразия определений законности. В своей совокупности все эти аспекты образуют методологическую основу научной разработки законности как сложного политико-правового явления<sup>3</sup>.

Стремление исследователей к целостному охвату объекта изучения, к системной организации знания, привело к тому, что широкое распространение получил системный подход к понятию «законность».

Так, например, Н.В. Витрук определяет законность как «идею, требование и систему (режим) реального выражения права в законах государства, в самом законотворчестве»<sup>4</sup>. Для В.С. Афанасьева и В.В. Лазарева законность – это принцип, метод и режим строгого, неуклонного соблюдения, исполнения норм права всеми участниками общественных отношений<sup>5</sup>.

Раскрывая понятие «законность» через систему «принцип – метод – режим» Л.А. Морозова отмечает, что принцип государственно-правовой жизни, означает закрепление законности в качестве основополагающего общеправового начала жизни общества. Метод государственного руководства обществом, предполагает, что государство осуществляет свои функции, прежде всего, правовыми средствами и в правовых формах. Режим жизни общества предполагает обеспечение реального верховенства права в жизни общества, правового закона, установление правовых отношений между государственной властью и личностью<sup>6</sup>.

По данному вопросу так же представляет интерес позиция Л.В. Гааг, согласно которой «реализуясь как принцип, законность ... начинает выступать в качестве метода руководства обществом. ... В этом плане законность выступает и как средство, при помощи которого граждане ограждаются от нарушения их

1 Бахрах Д.Н. Вопросы законности в государственном управлении // Правоведение. 1992. № 3. С. 4.

2 Тагиев А.С. Законность в сфере экономических отношений: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001. С. 33.

3 См.: Лисюткин А.Б. Законность и ее принципы // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001. С. 302.

4 Теория государства и права: учебник / Под ред В.К. Бабаева. М.: Юрист, 2003. С. 527.

5 Афанасьев В.С. Обеспечение социалистической законности: вопросы теории и практики (по материалам органов внутренних дел): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987.

С. 49; Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М., 2001. С. 147.

6 См.: Морозова Л.А. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2002. С. 348.

прав и свобод, могут требовать исполнения юридических обязанностей от других граждан, учреждений, должностных лиц, и как способ решения стоящих перед государством и обществом задач»<sup>1</sup>. Далее Л.В. Гааг констатирует, что принцип и метод входят в содержание понятия «режим законности»<sup>2</sup>.

Как было уже отмечено выше нет необходимости противопоставлять различные точки зрения относительно понятия законности. Так же хотелось бы отметить, что невозможно выработать единый подход и путем механического сложения имеющих определений. В связи с этим комплексный (системный) подход к понятию «законность» видится наиболее предпочтительным. Поскольку приведенные аспекты представляют собой не изолированные, а взаимосвязанные и взаимодополняющие друг друга проявления законности.

---

<sup>1</sup> Гааг Л.В. Законность как принцип деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации: дис. ... канд. юр. наук. Томск, 1998. С. 45-46.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 47.

## **Профилактика правонарушений: теоретико-правовой аспект**

Теплякова Анна Владимировна,  
аспирант кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

В рамках правоохранительного механизма обеспечения права наряду с охраной и защитой выделяется также такая форма обеспечения права как профилактика правонарушений.

Толковый словарь русского языка определяет профилактику, как совокупность предупредительных мероприятий, направленных на сохранение и укрепление нормального состояния и порядка.<sup>1</sup>

Наряду с «профилактикой» часто употребляются другие понятия: «предупреждение», «предотвращение», «пресечение». Одними авторами понятия «предупреждение» и «профилактика» трактуются как синонимы. По их мнению, данное разграничение носит условный характер, что подтверждается этимологическим сходством вышеназванных терминов. Поэтому их можно использовать как взаимозаменяющие и равнозначные.<sup>2</sup> Другие авторы выступают за трехчленное понимание предупреждения правонарушений, рассматривают профилактику как часть предупреждения, относя к последнему также предотвращение и пресечение правонарушений.<sup>3</sup>

Под предотвращением понимается особый вид предупреждения, заключающийся в недопущении самого события нарушения конкретного права личности.<sup>4</sup>

При пресечении речь идет о реагировании на начавшееся преступное поведение, здесь целью является прекращение возникшего или длящегося противоправного деяния.<sup>5</sup>

В рамках данной работы категория «профилактика» будет рассмотрена как один из компонентов механизма предупреждения правонарушений.

Следует отметить, что профилактика правонарушений чаще всего рассматривается в контексте криминологии. В теории права профилактике правонарушений как теоретическому понятию уделяется мало внимания.

Профилактика правонарушений преследует следующие цели:

1. Создание наиболее благоприятных условий для реализации прав, свобод и обязанностей личностью

1 Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. М.: АЗЪ, 1994. С. 615.

2 Наумов С. М. Профилактика преступлений с помощью технических средств: дис. ... канд. юрид. наук. М. 2001. С.12.

3 Сим А. В. Функция охраны прав и свобод личности в современном Российском государстве: дис. ... канд. юрид. наук: Н. Новгород, 2004. С. 40

4 Там же. С. 41

5 Литвинов А. Н., Гавриш Т.С. Профилактика преступлений. От теории к практике. М., 2003. С.8.

2. Недопущение нарушений прав личности со стороны третьих лиц. В рамках последней цели надо говорить не о полном устранении правонарушений, а об удержании правонарушаемости в социально приемлемых пределах, задаваемых рамками режима законности, на социально терпимом уровне<sup>1</sup> путем снижения вероятности совершения правонарушений.

В теории выделяются следующие признаки профилактики:

1. Профилактика правонарушений представляет собой совокупность определенных мер экономического, социального и правового характера.

Под мерами понимается либо средства для осуществления определенного мероприятия или действия, с помощью которых достигается определенная цель. Меры профилактики правонарушений включают в себя и совокупность определенных средств, а также действия государственных органов и должностных лиц с применением этих средств.

2. Профилактика правонарушений – форма обеспечения права в рамках правоохранительного механизма.

3. Профилактика направлена на предупреждение новых правонарушений.

Под правонарушением мы понимаем противоправное, виновное, наказуемое деяние либо бездействия физического лица или противоправная деятельность юридического лица, за которые предусматривается ответственность законодательными актами Российской Федерации.<sup>2</sup>

Объектами предупредительного воздействия профилактики будут являться:

1) Внешние для правонарушителя обстоятельства, условия окружающей среды

2) Лица, в отношении которых возможно совершение правонарушений (виктимологическая профилактика)

3) Процессы, которые приводят к правонарушениям<sup>3</sup>

4) Процесс взаимодействия правонарушителя и общества.<sup>4</sup>

Как отмечал немецкий ученый Г. Кайзер, профилактика включает все те меры, которые осуществляются с конкретным намерением свести к минимуму диапазон и опасность преступлений, будь то снижение возможностей для совершения преступлений или воздействие на потенциальных правонарушителей и население в целом.<sup>5</sup>

Профилактика направлена на выявление и устранение причин и условий, способствующих нарушениям прав и свобод.

Причины и условия – система негативных для общества и государства социальных явлений, детерминирующих правонарушения как свое следствие. Причинность – это объективная, всеобщая генетическая (производящая, порождающая) связь между двумя явлениями: причиной и следствием. Процесс причинности последовательно развивается во времени, и причина всегда предшествует следствию.

1 Гуцериев Х.С. Законность и профилактика правонарушений (теоретико-правовой анализ): дисс. доктор. юрид. наук. Санкт-Петербург. 1998. С. 222.

2 Головкина А. Г. Государственная система профилактики правонарушений в современной России: дис... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 23.

3 Миндагулов А. Х. Организация управления в сфере профилактики преступлений. М., 1990. С. 105.

4 См.: Криминология: учебник / под общ. ред. А. И. Долгова. М., 2010. С. 483.

5 См.: G. Kaiser. Kriminologie: Ein Lehrbuch. – Heidelberg: C. F. Müller, 1988.

Взаимодействие «причина - следствие» зависит от условий, т.е. совокупности явлений, обстоятельств, которые образуют его «среду», сопутствуют и обеспечивают его определенное развитие. Условия и формируют причину. Взаимодействие «причина – следствие» реализуется при достаточной совокупности необходимых условий. Причина порождает следствие, а условие ему способствует.<sup>1</sup>

Между причиной и следствием не всегда бывает непосредственная связь, иногда важно так называемую первопричину, воздействуя на которую можно избежать наступления негативных последствий, поэтому при поиске причин правонарушения необходимо соблюдать следующие принципы:

- 1) С одной стороны надо ориентироваться на конкретное правонарушение устранить ближайшую и наиболее уязвимую причину.
- 2) С другой необходимо увидеть социальную проблему, которая является причиной возникновения и повторения правонарушений<sup>2</sup>

Профилактика также должна быть также направлена на устранение или уменьшение с помощью определенных средств и методов вредоносного воздействия тех факторов, которые были или вновь могут стать причиной и условием нарушений прав и свобод.

Профилактика - это деятельность по выявлению лиц, которые могут совершить правонарушение и проведению с ними необходимых мероприятий.

В рамках профилактических мероприятий большое внимание уделяется индивидуальной профилактике. Перед непосредственным совершением правонарушения имеет место довольно продолжительный процесс формирования личности правонарушителя, его антисоциальных интересов, взглядов, которые в дальнейшем выступают причиной преступного поведения.<sup>3</sup> Индивидуальная профилактика правонарушений — это, прежде всего, воздействие на тех лиц, от которых можно ожидать совершения правонарушений, а также на окружающую их социальную среду.

Объектами такого предупреждения являются индивиды, поведение и образ жизни которых свидетельствуют о реальной возможности совершения ими правонарушений. Взгляды, мотивы, система ценностных ориентаций личности могут стать основанием для оказания на нее предупредительного воздействия лишь в том случае, когда эти взгляды, мотивы, ориентации проявились в антиобщественном поведении.

Меры индивидуального предупреждения, реализуемые в отношении личности, играют роль такого социального инструмента, который призван нейтрализовать или устранить внутренние негативные черты этой личности и ее поведения или же внешние негативные элементы материального и духовного порядка, деформирующие личность (например, неблагоприятные материальные и бытовые условия жизни индивида).

Проводя меры индивидуальной профилактики правонарушений важно помнить, о том, что эти меры не приемлемы ко всем гражданам. Важную роль

---

1 См. Криминология: учебник. М., 2005. С. 116.

2 См.: Зудин В.Ф. Социальная профилактика преступлений. Криминологические и криминалистические проблемы. Саратов., 1983. С.17.

3 Литвинов А. Н., Гавриш Т.С. Профилактика преступлений. От теории к практике. М., 2003. С.9.

для предупреждения правонарушения должны играть меры общей и специализированной профилактики. Это меры направленные на улучшение экономической, социальной ситуации в стране, меры по борьбе с различными антисоциальными ситуациями (пьянство и наркомания). Кроме того важную роль должна играть виктимологическая профилактика.

Профилактика правонарушений проводится как до нарушения права в форме ранней, и непосредственной профилактики, так и после его нарушения в отношении правонарушителей (пенитенциарная и постпенитенциарная профилактика)

Частным видом профилактики правонарушений является профилактика преступлений, разработкой теоретических основ которой занимается криминология. Однако успех в профилактике преступлений во многом определяется эффективностью профилактики любых других правонарушений, что также повышает значимость теоретической разработки данного понятия.

Итак, исходя из проведенного исследования, выведем следующее определение: профилактика правонарушений - совокупность государственных и общественных предупредительных мер, направленных на выявление и устранение причин и условий, способствующих нарушениям прав и свобод, а также на выявление лиц, которые могут совершить правонарушение для проведения с ними необходимых мероприятий.

В теории права несомненный интерес представляет не только понятие профилактики правонарушений, но и то, как данное понятие соотносится со смежным понятием охраны прав и свобод человека и гражданина. Важно также исследование мер профилактики с точки зрения их реализации в механизме обеспечения права.

## К вопросу о потерпевшем в российском законодательстве

Толстых Анна Степановна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

В соответствии с Конституцией Российской Федерации государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется, права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом, государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба<sup>1</sup>. По данным Следственного комитета Российской Федерации, в 2011 году более 1,5 млн россиян были признаны потерпевшими от преступлений, материальный ущерб, нанесенный потерпевшим, составил около 550 млрд рублей<sup>2</sup>. А статус потерпевшего от преступлений в таких вопросах, как возмещение вреда, на сегодняшний день остается не урегулированным.

Однако потерпевшие – это не только те, кому вред причинен преступлением. Так, В.П. Лукин отмечает, что в 2011 году к Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации поступило свыше 26 тысяч жалоб на различные нарушения прав и свобод человека, из которых наибольшее количество (57,7% от их общего количества) было посвящено нарушению личных (гражданских) прав и свобод, а каждая четвертая жалоба от их общего количества подана в связи с нарушением социальных прав граждан.<sup>3</sup> Следовательно, проблема «потерпевшего» актуальна не только в уголовном праве, не менее актуальна разработка теории потерпевшего в целом.

В действующем законодательстве понятие «потерпевший» используется в ряде нормативно-правовых актов. Потерпевшим, согласно части 1 статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу или деловой репутации. Решение о признании потерпевшим оформляется постановлением дознавателя, следователя, прокурора или суда<sup>4</sup>.

Уголовный кодекс Российской Федерации<sup>5</sup> понятие «потерпевший» использует, однако его определения не дает.

1 Конституция Российской Федерации от 12 дек. 1993 г (с учетом поправок) // СЗ РФ, 2009. №4. Ст. 445.

2 <http://www.rg.ru/2012/02/24/potepvshie-site.html>.

3 Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2011 год // Российская газета, 2012. № 48 (5721). С. 22.

4 Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 18 дек. 2001 г. № 174-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 2001. № 52. Ст. 4921.

5 Уголовный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 1996. № 25. Ст. 2954.

Понятие «потерпевший» используется и в административном праве. Часть 1 статьи 25.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях гласит: потерпевшим является физическое лицо или юридическое лицо, которым административным правонарушением причинен физический, имущественный или моральный вред<sup>1</sup>.

Статья 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации потерпевшим признает физическое лицо, которому причинен имущественный или моральный вред, вред личности, а также юридическое лицо, которому причинен имущественный вред или вред деловой репутации<sup>2</sup>. Часть 1 статьи 1102 Гражданского кодекса Российской Федерации под потерпевшим понимает лицо, за чей счет иное лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество<sup>3</sup>.

Часть 5 статьи 1 Федерального закона от 25.04.2002 № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» потерпевшим признает лицо, жизни, здоровью или имуществу которого был причинен вред при использовании транспортного средства иным лицом, в том числе пешеход, водитель транспортного средства, которым причинен вред, и пассажир транспортного средства - участник дорожно-транспортного происшествия<sup>4</sup>. А раздел 2 Методических рекомендаций по проведению независимой технической экспертизы транспортного средства при ОСАГО (№ 001МР/СЭ), утвержденных НИИАТ Минтранса РФ 12.10.2004, РФЦСЭ при Минюсте РФ 20.10.2004, ЭКЦ МВД РФ 18.10.2004, НПСО "ОТЭК" 20.10.2004 именуется потерпевшим лицо, имуществу которого был причинен вред при использовании транспортного средства иным лицом<sup>5</sup>.

Часть 1 статьи 2 Федерального закона от 27.07.2010 № 225-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте» вносит свой вклад: потерпевшие - физические лица, включая работников страхователя, жизни, здоровью и (или) имуществу которых, в том числе в связи с нарушением условий их жизнедеятельности, причинен вред в результате аварии на опасном объекте, юридические лица, имуществу которых причинен вред в результате аварии на опасном объекте<sup>6</sup>. Кроме этого, положения, применяемые к потерпевшему - физическому лицу, применяются также к лицам, имеющим право в соответствии с гражданским законодательством на возмещение вреда в результате смерти потерпевшего (кормильца)<sup>7</sup>.

1 Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: ФЗ РФ от 30 дек. 2001 г. № 195-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 2002. № 1. Ст. 1.

2 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): ФЗ РФ от 26 янв. 1996 г. № 14-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 1996. № 5. Ст. 410.

3 Там же.

4 Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств: ФЗ РФ от 25 апр. 2002 г. № 40-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 2002. № 18. Ст. 1720.

5 Методические рекомендации по проведению независимой технической экспертизы транспортного средства при ОСАГО (№ 001МР/СЭ), утв. НИИАТ Минтранса РФ 12.10.2004, РФЦСЭ при Минюсте РФ 20.10.2004, ЭКЦ МВД РФ 18.10.2004, НПСО "ОТЭК" 20.10.2004 // [http://www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=LAW;n=62669].

6 Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте: ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 225-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 2010. № 31. Ст. 4194.

7 Там же.



Часть 2 статьи 316 Кодекса торгового мореплавания РФ признает потерпевшим гражданина, юридическое лицо, государство или любую его составную часть<sup>1</sup>.

24 февраля 2012 года опубликован проект Федерального закона «О потерпевших от преступлений», целью которого является государственная поддержка потерпевших от преступлений и их близких<sup>2</sup>. В соответствии с частью 1 статьи 1 проекта Федерального закона «О потерпевших от преступлений» понятия, используемые в нем, применяются в том смысле, в каком они определяются в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации, если иное не установлено настоящим Федеральным законом<sup>3</sup>.

Часть 2 статьи 1 проекта Федерального закона «О потерпевших от преступлений» дает определение потерпевшего: это физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный или моральный вред<sup>4</sup>. Таким образом, в проекте Федерального закона «О потерпевших от преступлений» юридические лица в качестве потерпевших не рассматриваются.

Следовательно, не смотря на многообразие трактовок понятия «потерпевший», можно выделить его общие признаки. Во-первых, потерпевшим может быть физическое или юридическое лицо, государство или его составная часть. Во-вторых, субъекту причинен вред: физический, имущественный, моральный или деловой репутации, - нарушение прав, свобод или законных интересов. В-третьих, вред причиняется в результате правонарушения (преступления или проступка).

Отличие «потерпевшего» в отраслях законодательства проходит по следующим критериям: 1) по субъекту: физическое или юридическое лицо, государство, составная часть государства; 2) по характеру вреда: имущественный, физический, моральный вред или вред деловой репутации; 3) по юридическому факту, в результате которого субъект признается потерпевшим: преступление или проступок; 4) нормативному закреплению: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, Гражданский кодекс Российской Федерации и др.

Таким образом, потерпевший – это не только лицо, которому преступлением причинен вред. Это и те лица, которым вред причинен в результате проступков. Однако проект Федерального закона «О потерпевших от преступлений» в сферу своего действия включает лишь узкий круг субъектов: физических лиц, которым преступлением причинен физический, имущественный или моральный вред. А гарантия предоставления денежных компенсаций предполагается лишь тем потерпевшим, кто получил тяжкий вред здоровью или заразился ВИЧ-инфекцией; получил вред здоровью любой степени тяжести, если преступление было совершено близким родственником потерпевшего, от которого он находится в материальной зависимости; стал

1 Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации: ФЗ РФ от 30.04.1999 г. № 81-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ, 1999. № 18. Ст. 2207.

2 Проект Федерального закона «О потерпевших от преступлений» // [http://www.rg.ru/2012/02/24/poterpevshie-site-dok.html].

3 Там же.

4 Там же.

жертвой сексуального насилия; находится в затруднительном материальном положении, в связи с совершением в отношении него кражи, мошенничества, вымогательства, причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием, умышленного уничтожения или повреждения имущества, при условии, что его ежемесячный доход ниже двукратного размера прожиточного минимума<sup>1</sup>.

Понятие «потерпевший» является межотраслевым, следовательно, необходимы его общетеоретические разработки. Следует рассмотреть проблему потерпевших не только относительно одного их вида (потерпевших от преступлений), но и от иных правонарушений (потерпевших в административном, гражданском праве и др.), ведь они остались без внимания со стороны государства. Для этого необходимо учесть общие признаки потерпевшего, свойственные этому субъекту вне зависимости от отрасли права, разработать общетеоретическое понятие.

---

<sup>1</sup> Там же.

## К вопросу о функциях понятия «правовая политика»

Трофимик Александр Геннадьевич,  
студент 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Панченко Владислав Юрьевич,  
к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

По мнению ряда ученых, эвристический потенциал понятия «правовая политика» требует серьезного внимания<sup>1</sup>. Его реализация возможна посредством теоретико-методологического анализа, а также путем логических цепочек: от «явления к понятию» и от «идеи к понятию». Это обусловлено самим феноменом правовой политики, содержащим в себе прогностический аспект, и требованием практики, требующей перехода на качественно новый уровень реализации государственных целей и задач.

Однако существует иная точка зрения, согласно которой вообще «нет никакой правовой политики, а существует «государственная политика в правовой сфере»<sup>2</sup>. Подобные заявления вряд ли справедливы, поскольку «государственная политика в правовой сфере жизни общества – это и есть правовая политика»<sup>3</sup>, а так же само понятие правовой политики несет определенную смысловую нагрузку, выполняет определенные функции.

Представляется, что подобное противоречие не является неразрешимым. Исследуемое понятие широко используется многими учеными, однако при изучении научной литературы, посвященной правовой политике, с трудом можно найти труды, обращенные на теоретическое обоснование исключительной необходимости данного понятия. Думается, что посредством анализа и выявления функций понятия можно добиться его попадания в «конвенциональное поле» научных категорий, что для феномена правовой политики как формы государственной деятельности крайне важно.

Правовой политике, как междисциплинарному понятию, характерен ряд следующих теоретических аспектов, позволяющих понять ее природу, а именно:

- понимание того, что политика является генетической основой правовой политики, а право представляет собой базовое начало данного феномена;
- видение, что между политикой и правом возникает особая, взаимопроникающая связь. Однако следует помнить, что феномен имеет черты (свойства), присущие не только двум вышеупомянутым элементам: правовая политика, представляя собой определенную систему, включает себя элементы, относящиеся к разным универсумам, которые в своей совокупности

<sup>1</sup> Хвалеев В.А. Правовая политика России в условиях глобализации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2008. С. 3.

<sup>2</sup> Матузов Н.И. Актуальные проблемы российской правовой политики // Государство и право. 2001. № 10. С. 8.

<sup>3</sup> Там же.

продуцируют свойства, не присущие каждому из этих элементов в отдельности<sup>1</sup>;

- выяснение роли и важности правовой политики, особенно ее ядра – концептуальной части, как стратегии и тактики становления и развития правового государства и гражданского общества, фактора стабильности и объединяющей роли всех слоев общества, связующей нити между центром и регионами<sup>2</sup>.

Политика представляет собой родовое понятие, а правовая политика – видовое. Иными словами, изначально следует рассмотреть политику в спектре политологических взглядов, дабы понять природу видового понятия правовой политики.

Имеется множество дефиниций, отражающих те или иные свойства политики, однако, думается, прав профессор Н.В. Исаков, который говорит о том, что «наиболее полной характеристикой политики, отражающей ее смысл и содержание, будет, скорее всего, та, где политика одновременно предстает и как институциональное образование, и как сумма определенных действий, направленных на достижение поставленных целей»<sup>3</sup>.

Интересно отметить тот факт, что для обозначения разных аспектов политики (деятельностного и институционального) в английском языке используются два термина *policy* (целенаправленная деятельность людей в сфере властных отношений<sup>4</sup>) и *politics* (характеристика атрибутов существования государственных институтов и иных политических формирований<sup>5</sup>).

Институтом называется отношение, организованное на основе определенной нормы, санкционированного правила<sup>6</sup>. Это положение позволяет легко сделать вывод, что политика имеет настойчивое стремление к нормативному оформлению политических отношений. Именно право выступает в этой роли. То есть правовая политика охватывает все виды государственной политики, легализует деятельность государства в различных сферах.

Политика, так или иначе, связана с массовыми явлениями, процессами и субъектами, направлена на решение задач, связанных с всеобщими потребностями и интересами. Интерес – это осознанная необходимость удовлетворения потребности<sup>7</sup>. Интерес, являясь объективным детерминирующим фактором политики в целом (а как следствие и правовой), представляет собой совокупность субъективных начал, характеризующихся осознанными потребностями членов общества. «Причем общественные интересы, даже в идеальном своем варианте не представляющие простого объединения интересов отдельных индивидов, – противоречивое и довольно-таки непредсказуемое явление»<sup>8</sup>. В таком случае, смысл правовой политики

1 Осипов М.Ю. Правовое регулирование как динамическая система // Право и политика. 2006. № 11. С. 20.

2 Исаков Н.И. Правовая политика: теоретические подходы к исследованию // Право и политика. 2003. № 5. С. 18.

3 Там же. С. 19.

4 Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Малько А.В., Магузова Н.И. М.: Норма, 2003. С. 3.

5 Там же. С. 3.

6 Там же.

7 Субочев В.В. Законные интересы. М.: Норма, 2008. С.8.

8 Там же. С. 9.

состоит в употреблении власти для обеспечения или содействия реализации тех возможностей, которые соответствуют интересам в действующих в обществе социальных групп<sup>1</sup>.

Как справедливо отмечает профессор Н.В. Исаков, роль интереса в нормативно-правовой, властной деятельности государства, наций, классов, групп вполне очевидна. Однако есть уязвимая сторона, состоящая в том, что интерес, влияя на цели и средства политики, не устанавливает пределов их деятельности. Власть, мотивированная интересом, пусть даже самым благородным, должна быть ограничена, и в этом видится большое поле деятельности правовой политики<sup>2</sup>.

Интерес, являясь, по словам профессора А.В. Малько, реальной причиной действий (настоящее), неразрывно связан с идеями – потенциальными интересами. «Идея, – писал К.Маркс, – неизменно посрамляла себя, как только она отделялась от «интереса»<sup>3</sup>. На основе этого можно сделать следующий вывод: правовая политика, основываясь на общественных интересах, призвана аккумулировать идеи с целью построения тактики и стратегии правового воздействия.

Для наиболее полного понимания феномена политики следует затронуть аксиологический аспект, поскольку на ценностной основе формируется деятельное отношение человека к политике.

Ценность – субъективные предпочтения людей, их представлений о желательных и нежелательных общественно значимых событиях и явлениях<sup>4</sup>. В разное время и при разных политических режимах могут преобладать разные политические ценности. В демократическом государстве можно выделить следующие: плюрализм (не только как разнообразие, но и общность интересов и ценностей), порядок, законность, легитимность, справедливость, свобода, власть и др.

Ключевой ценностью выступает власть. Власть выступает организационным и регулятивно-контрольным началом политики<sup>5</sup>. Но власть может выступать и дестабилизирующим фактором, произволом. Минимизация угрозы произвола со стороны властных структур – задача правовой политики.

Таким образом, право и политика генетически связаны между собой: одно не может существовать без другого. На современном этапе развития все политические процессы в государстве должны осуществляться в рамках права (посредством – *прим. мое*). В этом плане право выступает как средство политики<sup>6</sup>. Однако право является не только средством политики, но и естественным барьером от ее посягательства на частные законно-обоснованные интересы, от насилия и произвола – вечных спутников политики.

Трудно согласиться с тем, что «государственная политика одна, а формы ее и пути осуществления разные». Выделяются различные виды политики,

1 Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Малько А.В., Матузова Н.И. С. 7.

2 Исаков Н.В. Теоретико-методологические основы правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь, 2003. № 1. С. 23.

3 Там же.

4 Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Малько А.В., Матузова Н.И. М.: Норма, 2003. С. 2.

5 Иванников И.А. Государственная власть, политика и право // Правовая политика и правовая жизнь. 2002. № 1. С. 63.

6 Теория государства и права: Учебник для вузов / Черданцев А.Ф.М.: Юрайт-М, 2002. С. 186.

имеющие свои особые предмет, метод и средства ее реализации. Разные виды политики имеют особую специфику и правовая политика не исключение. Она осуществляется исключительно в правовом сегменте. В контексте правовой политики право выступает триединой системой: методом, посредством которого осуществляется управление; средством, которым пользуется государство для осуществления политики; сферой (полем) воздействия государства. Нарушение границ этой сферы может, и, как правило, неизбежно приводит к расстройству, дестабилизации общественной жизни, нарушению общественных связей, потере юридического воздействия нормативно-правовых актов.

Сквозь призму представленных теоретических аспектов правовая политика представляется в виде:

- юридической (правовой) основы всех видов деятельности государства;
- стратегии и тактики осуществления правового регулирования;
- меры свободы деятельности государства в рамках политико-правового поля;
- особого вида деятельности государства для достижения максимального удовлетворения интересов членов социальной реальности путем обеспечения стабильности общества.

На основе сказанного, можно заключить, что понятие правовая политика имеет обоснованное место в научном обороте политико-правовых наук, выполняет определенный ряд функций:

- данным понятием обозначают явление политики, формой и содержанием которой является право.

- правовая политика, как «элемент» исключительно демократических государств, представляет собой определенный этап развития форм государственной деятельности, характеризующийся интенсификацией законодательства, повышением его качества, социальной и научной обоснованностью, своевременным и полноценным правовым обеспечением проводимых реформ, усилением прав личности<sup>1</sup>, а также совершенствованием методов правового воздействия.

- также понятие правовая политика, призвана выступить идеалом государственной политики, осуществляемой посредством права и в рамках права.

- этим понятием обозначается целая система взаимосвязанных элементов («блоков»): идейно-целевой, нормативный, организационно-управленческий (представлен системой государственных и негосударственных организаций, осуществляющий функции выработки и реализации государственно-правовой стратегии), деятельностно-практический (выражающий основные тенденции правотворческой, интерпретационной, правоприменительной, правовоспитательной, правозащитной и иной политико-юридической деятельности)<sup>2</sup>.

---

1 Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Малько А.В., Матузова Н.И. М.: Норма, 2003. С. 85.

2 Вопленко Н.Н., Рудковский В.А. Проблемы институционализации современного российского государства // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 2. С. 17-19.

## Оценочные понятия в праве: проблемные вопросы

Ударцев Иван Олегович,  
аспирант кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

*Научный руководитель:*  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Практика использования в нормах права оценочных понятий берет свое начало со времен римского частного права<sup>1</sup>. В результате рецепции римского права оценочные понятия перекочевали в каноническое и торговое право средневековой Западной Европы<sup>2</sup>, а в последствии опыт использования оценочных понятий был воспринят при создании первых кодифицированных актов<sup>3</sup>. В свою очередь связь России со странами-представительницами континентальной правовой системы (например, Германия, Франция и др.) и ряд других факторов предопределили использование оценочных понятий и в российской правовой системе.

Проблемные вопросы, связанные с существованием оценочных понятий в российском праве, были подняты такими представителями дореволюционной правовой мысли как С.А. Муромцевым<sup>4</sup>, И.А. Покровским<sup>5</sup>, И.Б. Новицким<sup>6</sup>.

В юридический обиход современного российского права рассматриваемая категория введена С.И. Вильяньским в середине 50-х годов прошлого века<sup>7</sup>. Именно в указанный период вопрос об оценочных понятиях включён в круг проблем общей теории права и отраслевых наук<sup>8</sup>. Категории «оценочные понятия права» посвящены труды многих ученых-правоведов: Т.В. Кашанина, В.Н. Кудрявцева, Я.Н. Брайнина, А.В. Наумова, М.И. Бару, Е.А. Фролова, Е.И. Астрахана, Т.В. Кашаниной, В.В. Питецкого, С.Д. Шапченко, С.Ю. Головиной, В.В. Игнатенко, Р.О. Опалева, Р. М. Нигматдинова, А.В. Миронова и других.

Вместе с тем, единство мнений относительно вопроса об использовании оценочных понятий в юридической доктрине отсутствует - большинство

---

1 Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институция Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 16 – 151; Дигесты Юстиниана. Т. 1. М., 2002. С. 379, 411, 479. Например, в Институциях Гая использовались такие оценочные понятия как «добрая вера» (ст. ст. 155, 43), «вследствие нерадения хозяина» (ст. 51), «незаметно для наших глаз» (ст. 70), «противна добрым нравам» (ст. 157), в Дигестах Юстиниана - «благоприятный результат», «хозяйственно целесообразно» (кн. III, титул V, п. 9), «значительное зло» (кн. IV, титул II, п. 5), «пустой человек», «достаточные основания», «в высокой степени твердый человек» (кн. IV, титул II, п. 6), «явный обман», «очевидная небрежность», (кн. 4, титул 4, п. 24).

2 Более подробно об этом см. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 236, С. 320 С. 324 – 325, С. 329 – 330.

3 Гражданское уложение Германии. М., 2006. С. 27 – 410. Например, в тексте ГГУ встречаются такие оценочные понятия как «нравственная вина правомочного на получение содержания лица (§ 1611), виновное промедление (§ 121), возмещение вреда по справедливости (§ 829), вред, причинённый недозволенными действиями (§§ 682, 840, 842, 852), добрые нравы (§§ 138, 817, 819, 138, 826), справедливое усмотрение (§§ 315, 319, 660, 745).

4 Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 652, 653.

5 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 103. Во времена И.А. Покровского нормы права, которые содержали оценочные понятия, назывались «каучуковые параграфы», «эластичные нормы».

6 Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2006. С. 54 – 58.

7 Вильяньский С.И. Применение норм советского права // Ученые записки Харьковского юридического института. Вып. 7. Харьков, 1956. С. 13.

8 Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: общее и особенное // Государство и право. 2007. № 8. С. 39.

авторов (А.В. Миронов, Р.О. Опалев, Т.В. Кашанина и др.) придерживаются точки зрения, согласно которой применение оценочных понятий является положительной практикой в праве, другие авторы (И.А. Покровский, В.П. Грибанов, А.С. Пиголкин и др.) напротив считают, что использование оценочных понятий в нормах права является отрицательным явлением.

С целью формирования собственной позиции по данному вопросу обратимся к определению рассматриваемого явления. Сторонники существования оценочных понятий в праве выделяют следующие характерные признаки данного явления.

### *1. Неопределённость содержания оценочного понятия.*

С позиции логики оценочные понятия отождествляются с абстрактными понятиями, не обладающими «ясным содержанием и резким объемом»<sup>1</sup>, в отличие от конкретных (формально-определенных) понятий<sup>2</sup>. Иными словами, оценочные понятия имеют открытый характер логической структуры<sup>3</sup>, вследствие чего их содержание никогда не будет полным, поскольку происходит постоянное приращение новых признаков<sup>4</sup>.

В правовом аспекте данная особенность выражается в следующем - норма, содержащая оценочное понятие, предоставляет несколько вариантов поведения субъектам, и при её рассмотрении «возможны разнонаправленные ассоциации и вариативные представления о той реальности, которая отражена в нормативном правовом тексте»<sup>5</sup>. Вместе с тем, открытый характер нормы с оценочным понятием действует до тех пор, пока норма не будет применена к конкретному правоотношению.

### *2. Конкретизация содержания оценочных понятий при непосредственной реализации права и (или) в ходе правоприменительной деятельности.*

В большинстве случаев содержание оценочных понятий нигде не закреплено, то есть «исчерпывающим образом не раскрывается ни в одном источнике как правового, так и не правового характера»<sup>6</sup>, поэтому возникают вопросы в отношении того кто, когда и как может конкретизировать содержание таких понятий?

Конкретизация оценочных понятий может исходить как от субъекта конкретного правоотношения при непосредственной реализации права, так и от уполномоченного органа в процессе применения права. Вместе с тем, оценочные понятия частного права могут конкретизироваться самими участниками правоотношений и (или) правоприменительными органами. Оценочные понятия публичного права конкретизируются исключительно уполномоченными органами.

1 Войшвилло Е.К. Понятие. М., 1967. С. 87.

2 Свинцов В.И. Логика. М., 1987. С. 58.

3 Более подробно об этом см. Миронов А.В. Оценочные понятия избирательного законодательства Российской Федерации. Иркутск, 2005. С. 37 – 40; Лукьяненко М.Ф. Указ. соч. С. 43.

4 Лукьяненко М.Ф. Указ. соч. С. 43. М.Ф. Лукьяненко раскрывает данную особенность следующим образом: «...содержание остается открытым, к нему всегда может быть добавлен еще один новый существенный признак, на основании которого отдельный единичный предмет относят к классу, обозначенному этим понятием».

5 Там же. С. 43.

6 Миронов А.В. Указ. соч. С. 26.



В основу конкретизации содержания оценочного понятия положено усмотрение лица или правоприменительного органа<sup>1</sup>, являющиеся результатом оценки определенных жизненных обстоятельств в рамках, установленных законом, нормой права, существом правоотношения.

При непосредственной реализации права с учетом конкретных обстоятельств лица могут самостоятельно определить объем оценочного понятия и реализовать правомочие либо исполнить обязанность, предусмотренную нормой права.

Как известно, в ходе правоприменительной деятельности определяется наличие или отсутствие материального правоотношения<sup>2</sup>. Поскольку нормы права, содержащие оценочные понятия, являются «каркасом, типизирующим наиболее общие черты определённых правозначимых ситуаций» и связь оценочного понятия с фактами устанавливает правоприменитель, руководствуясь общими критериями права и на основе собственного правосознания<sup>3</sup>, то процесс правоприменения происходит не от содержания понятия к факту, а, наоборот, от факта к понятию<sup>4</sup>. Следовательно, нельзя не согласиться с выводом А.В. Миронова о том, что «...в содержание оценочного понятия правоприменителем всегда вкладывается новый присущий для данного понятия признак, характерный для конкретной ситуации. Тем самым правоприменитель как бы восполняет недостающие элементы каркаса данного оценочного понятия и заново формулирует его содержание относительно конкретных обстоятельств действительности»<sup>5</sup>.

*3. Обобщение в оценочных понятиях социально значимых явлений действительности.*

Термином «понятие» определяют «форму мышления, отражающую существенные свойства, связи и отношения предметов и явлений в их противоречии и развитии; мысль или систему мыслей, обобщающую, выделяющую предметы некоторого класса по определённым общим и в совокупности специфическим для них признакам»<sup>6</sup>. В широком смысле понятие представляет собой формальное выделение общих (сходных) признаков предметов и явлений и закрепление их в словах<sup>7</sup>.

Абстрактность нормы, содержащей оценочное понятие, позволяет учесть все особенности определенной ситуации и произвести конкретизацию индивидуальных признаков явления при единстве признака, на основании

---

1 Стоит отметить, что усмотрение правоприменителя имеет специфические особенности и пределы. Более подробно об этом см.: Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999; Папкова О.А. Усмотрение суда. М., 2005. 413 с.; Папкова О.А. Пределы судебного усмотрения // Журнал российского права. 1998. № 2. С. 99-107; Мелькин А.А. Оценочные юридические понятия как форма актуализации правовых принципов // История государства и права, 2007. № 2. С 11-13.

2 Миронов А.В. Указ. соч. С. 29.

3 Там же. С. 29.

4 Питецкий В.В. Оценочные признаки уголовного закона. Учебное пособие. Красноярск, 1993. С. 17.

5 Миронов А.В. Указ. соч. С. 30.

6 Большая советская энциклопедия // [http://slovari.yandex.ru/dict/bse/article/00061/48200.htm?text].

7 Большая советская энциклопедия // [http://slovari.yandex.ru/dict/bse/article/00061/48200.htm?text].

которого они включены в данное понятие (А.В. Миронов<sup>1</sup>, В.В. Питецкий<sup>2</sup>), и при этом «ставит свободу усмотрения в определённые рамки»<sup>3</sup>.

Исходя из вышеизложенных признаков оценочных понятий права, представляется возможным дать этому явлению следующее определение. *Оценочные понятия в праве – это средства юридической техники (общеупотребительные термины<sup>4</sup>), используемые при формулировании норм права, содержание которых конкретизируется при непосредственной реализации права либо в ходе правоприменения на основании усмотрения субъекта в результате оценки обстоятельств конкретной жизненной ситуации в рамках, установленных законом, нормой права, существом правоотношения.*

Вместе с тем, в юридической доктрине существует противоположная точка зрения о недопустимости оценочных понятий в праве.

Одними из первых противников оценочных понятий в праве были И.А. Покровский и В.П. Грибанов<sup>5</sup>. И.А. Покровский указывал на то, что проблема «каучуковых параграфов» с «общими выражениями» вызвана трудностью формулирования правил регулирования сложных правоотношений<sup>6</sup>, по мнению данного автора, их применение может повлечь «судейский субъективизм и произвол»<sup>7</sup>.

Пиголкин А.С. считает, что требование точности выражения законодательной мысли несовместимо с тем, чтобы термин обозначал понятие с не установленным содержанием и в случае, если термин без дополнительного пояснения представляется недостаточно четким и возможны его различные толкования, то отсутствие определения может породить неясности, недоразумения и как результат - нарушения законности<sup>8</sup>.

Н.П. Карагодина, основываясь на мнении А.С. Пиголкина, говоря о применении оценочных понятий в институте компенсации морального вреда, предлагает два варианта устранения абсолютной неопределенности используемых оценочных понятий. Первый из них – «это замена абсолютно неопределенных оценочных понятий с размытым объемом и содержанием специальными однозначными формально-определёнными терминами. Если же формализация оценочного понятия и его замена однозначным термином невозможны, то в качестве второго варианта решения рассмотренной проблемы может выступать определение (дефинирование) оценочных понятий»<sup>9</sup>.

Действительно, существование оценочных понятий в праве вызывает

---

1 Миронов А.В. Указ. соч. С. 36.

2 Питецкий В.В. Указ. соч. С. 19 – 20.

3 Гараймович Д.А. Оценочные понятия в современном гражданском праве / Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 1. М., 2001. С. 145 – 146. Автор подчёркивает, что таким образом нормы с оценочными понятиями сочетают централизованное и децентрализованное регулирование.

4 Морозова Л.А. Теория государства и права. М., 2007. С. 340.

5 Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001 // СПС КонсультантПлюс. Отрицательное мнение автора в большей степени основано на идеологических причинах.

6 Покровский И.А. Указ. соч. С. 103 – 104. Как указывает автор, используя «каучуковые параграфы» законодатель перекладывает решение данной проблемы на «плечи отдельных судей и на их ответственность».

7 Там же. С. 102.

8 Язык закона / под ред. А.С. Шишкина. М., 1990. С. 19, 107, 127, 128.

9 Карагодина Н.П. Пути преодоления проблемы использования оценочных понятий при конструировании норм о компенсации морального вреда // <http://www.naloglib.net/024/puti-preodoleniya-problemy-ispolzovaniya-otsenochnykh-ponyatii-pri-konstruirovanii-norm-o-kompen?page=0,0>.

определенные трудности.

Во-первых, наличие в норме права оценочного понятия влечет необходимость определить его содержание, соотнести данное понятие с конкретными жизненными обстоятельствами, сделать правильный выбор, а для всего этого необходимо развитое правосознание, высокий уровень профессионализма, способность к разностороннему мышлению, инициативность и ряд других качеств лица, перед которым стоит задача конкретизации содержания оценочного понятия. В частности, можно согласиться с мнением Р.С. Джинджолия о решающей роли развитого и высоконравственного правосознания в установлении истинного содержания оценочных понятий в праве, поскольку в случае применения оценочной категории, на правосознание правоприменителя возлагается серьезная дополнительная задача - определить содержание соответствующего неформализованного понятия или признака, исходя из требований буквы и духа закона и правильного понимания целей и задач норм соответствующих институтов права<sup>1</sup>.

Во-вторых, по мнению противников оценочных понятий в праве, применение данной категории влечет произвол и субъективизм со стороны лиц и уполномоченных органов, который необходимо минимизировать либо устранить полностью. С этим нельзя не согласиться, однако исключение оценочных понятий из права, наполнение их конкретным содержанием либо их изменение, не является решением проблемы. Для ограничения произвола и субъективизма со стороны субъектов правоотношения существуют меры охраны и защиты прав и свобод. Для ограничения произвола и субъективизма со стороны правоприменителей необходима четкая регламентация деятельности уполномоченных органов, а также применение мер охраны и защиты прав и свобод.

Необходимо отметить, что данные трудности, в том числе, связаны с тем, что ряд вопросов относительно оценочных понятий в праве, недостаточно раскрыт в юридической доктрине, а именно:

- отсутствует единство по вопросу об определении того, к какому роду явлений относятся оценочные понятия в праве: к категориям, терминам, положениям, предписаниям и т.д. и т.п.;

- не до конца исследован вопрос генезиса (исторических предпосылок) и развития применения оценочных понятий в праве;

- не выработан единый теоретический алгоритм конкретизации содержания оценочного понятия и применения нормы права, в которой оно использовано;

- не исследован вопрос о взаимосвязи оценочных понятий с сущностью права, действием общеправовых и отраслевых принципов права, моралью и нравственностью.

На наш взгляд, негативное отношение к оценочным понятиям в праве и предложения об их полном устранении либо замене являются ошибочными.

---

<sup>1</sup> Джинджолия Р.С. Унификация оценочных признаков при квалификации преступлений против личности. М., 2004. С. 153 – 171.

Авторами, придерживающимся данной точки зрения, не принимаются во внимание основополагающие причины существования оценочных понятий в праве и осуществляемые ими функции.

Первая причина – историческая. Как известно, до появления первых кодифицированных актов в правовом регулировании преобладало использование казуистических норм права. Однако когда в праве масса таких норм достигла критической отметки, пришло осознание необходимости «новой модели регулирования поведения людей», которая смогла бы охватить разнообразные социальные связи – модель абстрактного регулирования, привнесшая в регулирование, в том числе и понятия оценочного характера<sup>1</sup>.

Вторая причина – динамизм общественной жизни. Появление новых, изменение действующих, отмирание устаревших форм и проявлений общественной жизни требуют адекватного правового регулирования. Всё что присуще общественной жизни не находится в застывшем состоянии, а постоянно между собой взаимодействует, в результате чего возникают и могут возникнуть всевозможные жизненные ситуации, факты, явления, которые не могут быть урегулированы только абсолютно – определёнными понятиями.

Третья причина – объективное требование обеспечения стабильности правового регулирования. Оценочные понятия в праве обеспечивают «длительность времени действия закона, то есть неустаревание в регулировании развивающихся общественных отношений»<sup>2</sup> и позволяют не вносить изменения в акты или отменять их, а вводить новые явления в правовой оборот автоматически<sup>3</sup>. При постоянном развитии общественных отношений закону необходимо сохранять свою стабильность, но при этом адекватно регулировать постоянно изменяющиеся общественные отношения.

Четвертая причина – оценочные понятия есть проявление сущности права (в большей степени характерна для отраслей права, в которых доминирует разрешительный тип правового регулирования). Право, как свобода в позитивном смысле, проявляется в «социально-правовой активности» субъектов<sup>4</sup>. Как отмечает Лукьяненко М.Ф., оценочные понятия близки к праву «как мере возможного поведения, или более точно, как к мере правовой свободы субъектов правоприменения выбрать вариант поведения в гражданском обороте»<sup>5</sup>. Таким образом, нормы права, содержащие оценочные понятия, в большей степени дают человеку проявить себя как свободную личность и «самостоятельно ставить перед собой цели, определять задачи, иметь собственные мотивы принятия решений, проявлять в процессе деятельности инициативу, творчество, достигать юридические результаты, необходимые ему...»<sup>6</sup>.

---

1 Гараймович Д.А. Указ. соч. С. 131, 132; Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 58. И.Б. Новицкий указывал на то, что «эластичные нормы» является средством против «казуистичности» гражданского законодательства.

2 Миронов А.В. Указ. соч. С. 52.

3 Гараймович Д.А. Указ. соч. С. 135.

4 Шафиров В.М. Естественное – позитивное право: введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 99.

5 Лукьяненко М.Ф. Указ. соч. С. 46.

6 Шафиров В.М. Указ. соч. С. 99, 100.

В результате анализа юридической литературы Р.О. Опалев предложил наиболее полный перечень функций оценочных понятий в праве, общий для всех отраслей права:

«1) разрешение противоречий между абстрактностью, формализмом права и конкретностью, высокой изменчивостью, разнообразием общественной жизни путем индивидуального регулирования социальных отношений (введения усмотрения), нормативной основой которого служат нормы права с оценочными понятиями;

2) функция законодательной экономии;

3) функция обеспечения доступности понимания правовых норм;

4) прогностическая функция и тесно связанная с ней функция обеспечения полноты регламентации общественных отношений (беспробельности права);

5) функция обеспечения стабильного действия закона, и неразрывно связанная с ней функция придания праву свойства гибкости;

6) функция сглаживания противоречий между моралью и правом»<sup>1</sup>.

Таким образом, нормы права, содержащие оценочные понятия, в большей степени дают человеку проявить себя как свободную личность и «самостоятельно ставить перед собой цели, определять задачи, иметь собственные мотивы принятия решений, проявлять в процессе деятельности инициативу, творчество, достигать юридические результаты, необходимые ему...»<sup>2</sup>. Рассматриваемое явление исторически обусловлено, закономерно и целесообразно для современной правовой действительности.

---

<sup>1</sup> Опалев Р.О. Оценочные понятия в гражданском и арбитражном процессуальном праве. М., 2008. С. 20, 21

<sup>2</sup> Шафиров В.М. Указ. соч. С. 99-100

## Запрещенные субкультуры в политической системе общества

Чащина Ирина Александровна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шайхутдинов Евгений Маратович,  
к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Термин «субкультура» вошел в обиход современного человека, применение этого термина получило повсеместное распространение. При указанных выше обстоятельствах, одной из проблем теоретического осмысления политической системы современного общества является спор о включении в перечень элементов запрещенных субъектов, а именно, запрещенных субкультур.

Термин «субкультура» не имеет законодательного закрепления, постараемся разобраться с определением этого явления. Данное понятие, безусловно, преимущественно используется в культурологии и социологии. В культурологии субкультуру принято считать определенной системой ценностей, традиций, обычаев, жизненных стилей, установок, присущих мелкой социальной общности. Атрибуты, ритуалы субкультур как устойчивые образцы поведения, а также свойственные им ценности, как правило, отличаются от таковых в господствующей культуре, хотя с ними и связаны<sup>1</sup>. Изучив материалы, представленные в сети «Интернет», можно найти следующие определения термина: субкультура - это свод накопленных определенным мировоззрением ценностей и порядков группы людей, объединённых специфическими интересами, определяющими их мировоззрение. Также субкультура — суверенное целостное образование, часть общественной культуры. С точки зрения социологии, субкультуры — это такие объединения людей, которые не противоречат ценностям традиционной культуры, а дополняют её. Субкультуру часто связывают с неформальными молодежными объединениями. Изначально «субкультурой» называли обязательно молодежные группы, и, прежде всего, те ее части, которые социологами считались девиантными. Субкультура отличается от традиционной культуры особым сленгом, стилем одежды, взглядами на жизнь, манерами поведения. М. Брейк отмечал, что субкультуры как «системы значений, способов выражения или жизненных стилей» развивались социальными группами, находившимися в подчиненном положении, «в ответ на доминирующие системы значений: субкультуры отражают попытки таких групп решить структурные противоречия, возникшие в более широком социальном контексте»<sup>2</sup>. У. Берроуз

1 Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б.С. «Социологический словарь» / Пер. с англ. под ред. С.А. Ерофеева, Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1997. С. 325.

2 Екинцев В.И. Девиантное поведение в молодежных субкультурах. Чита: Забайкал. Гос. Гум. пед. ун-т, 2007. С. 154.

говорил, что под субкультурой социальных групп следует понимать основные характеристики социальных ценностей, норм и предпочтений, находящие отражение в социальной позиции и в других формах самопроявления личности (своего рода внутренняя культура индивида, из которой складывается макрокосм). По элементам субкультуры – языку, манере поведения, одежде, музыке, литературе, кинематографу, отношению к закону и т. д. – то есть духовной и материальной культуре, можно судить о характерных особенностях коллективного сознания и поведения социальной группы по отношению к внешнему миру. Таким образом, мы не видим единства в представленных определениях. М. Брейк делает акцент на «жизненных стилях», У. Берроуз на «характеристике социальных ценностей и норм». Но в большинстве определений можно выделить общее: субкультура неотделима от понятия культуры, в основе её лежат специфические ценности и протест против сложившихся в обществе норм.

Классифицировать представителей субкультур можно по различным критериям, в том числе и по социально-правовому признаку. По социально-правовому признаку, можно говорить о наличии следующих видов представителей субкультур:

1. Просоциальные, или социально-активные, с позитивной направленностью деятельности (группы экологической защиты, охраны памятников, окружающей среды);
2. Асоциальные, или социально-пассивные, деятельность представителей данной группы, нейтральна по отношению к социальным процессам (например, музыкальные и спортивные фанаты);
3. Антисоциальные (экстремисты, скинхэды, преступные группировки, и т.п.).

Если первые два вида можно соотнести с политической системой общества, то о включении антисоциальных субкультур (в литературе используется понятие «запрещенные субъекты») в политическую систему общества разворачивается дискуссия.

Так, профессор В.М. Сырых пишет: "Политическая организация гражданского общества может состоять не только из разрешенных и признаваемых государством организаций и объединений. В ней могут находиться запрещенные ассоциации фашистского, экстремистского толка, иные партии, движения, деятельность которых государство находит опасной для себя и охраняемых им интересов определенного социального слоя, класса либо общества в целом. В современных условиях на политическую жизнь страны, деятельность государственных органов и должностных лиц серьезное влияние могут оказывать преступные сообщества, занимающиеся торговлей наркотиками, рэкетом, хищениями и другими преступлениями. Располагая значительным состоянием, такие сообщества подкупают государственных чиновников, проводят своих представителей в законодательные органы, пытаются оказывать давление на органы исполнительной власти. По изложенным причинам преступные сообщества (как запрещенные политические партии и движения, так и занимающиеся совершением иных

уголовных преступлений) входят в политическую организацию общества, являются его самостоятельным компонентом" <sup>1</sup>.

Противоположного мнения придерживается профессор Л.А. Морозова, которая отмечает по этому поводу следующее: "Думается, что это неправильно. Названные объединения и сообщества не имеют права официально участвовать в политической жизни государства и общества. Они находятся вне закона, их деятельность противозаконна, хотя они, конечно, пытаются занять определенное место в политической жизни общества" <sup>2</sup>. Относительно данного замечания следует отметить, что факт участия в политической жизни законодательно запрещенных сообществ связан не с актом разрешения либо запрета их деятельности, а с наличием оказываемого ими влияния на деятельность государственного аппарата, порождающего реальные политические последствия для населения. В качестве доказательства данного аргумента можно привести множество как исторических, так и современных примеров: восстание декабристов, многочисленные террористические акты покушения на царей, захват власти большевиками, деятельность экстремистских сообществ. Современная российская политическая действительность знает немало примеров влияния преступных сообществ на государственную власть.

В настоящее время экстремизм является реальной угрозой национальной безопасности Российской Федерации. Выступая 6 февраля 2009 г. на расширенном заседании коллегии МВД России, Президент РФ Д.А. Медведев отметил рост в 2008 г. количества преступлений экстремистского характера на треть и обратил внимание на то, что экстремизм - это исключительно большая опасность, способная расшатать любое, даже самое стабильное и благополучное, общество <sup>3</sup>.

В соответствии с материалами исследования проведенного в 2006 г. ВНИИ МВД РФ совместно с ДБОПиТ МВД РФ, с каждым годом увеличивается и география распространения экстремизма в молодежной среде. Проблема, связанная с проявлениями молодежного экстремизма, в настоящее время является актуальной более чем для половины субъектов Российской Федерации. За пять месяцев 2008 года преступления экстремистской направленности были совершены во всех федеральных округах (Центральном - 39, Северо-Западном - 19, Южном - 9, Приволжском - 34, Уральском - 12, Дальневосточном - 2), при этом их количество на 150% (130) превысило аналогичный показатель 2007 года. Привлечены к уголовной ответственности лица, виновные в совершении вызвавших большой общественный резонанс убийств и избиений иностранных студентов в г. г. Воронеже, Москве, Курске и Санкт-Петербурге. Только на транспорте пресечено более 1,5 тыс. актов вандализма и экстремизма со стороны молодежи.<sup>4</sup>

1 Сырых В.М. Теория государства и права. М., 2005. С. 496 - 497.

2 Морозова Л.А. Теория государства и права. М., 2004. С. 131.

3 Мусаелян М.Ф. Профилактика экстремизма - важнейшее направление противодействия экстремизму в Российской Федерации // Адвокат. 2009. № 7.

4 Родионов А.В. Лидер в молодежной среде - проблемы противодействия молодежному экстремизму // Общество и право. 2008. № 1.



Так, по данным Следственного комитета при Прокуратуре РФ в 2008 г. в России зарегистрировано 460 преступлений экстремистской направленности, что на 29% больше, чем в 2007 г. Наибольшее число подобных преступлений совершено в Москве - 93<sup>1</sup>. По данным ФСБ России, за 10 месяцев 2008 г. на территории Центрального федерального округа Российской Федерации зафиксировано 135 преступлений экстремистской направленности, что практически вдвое выше показателей аналогичного периода 2007 г.<sup>2</sup>

В некоторых бывших союзных республиках, а ныне независимых Прибалтийских государствах, деятельность фашистских организаций официально запрещена в соответствии с нормами международного права, однако политические реалии допускают парады ветеранов СС, воздвижение памятников героям карательных отрядов гитлеровской армии, снос десятилетиями стоявших памятников советским воинам - освободителям Европы от фашизма, привлечение к уголовной ответственности прикованных старостью к кроватям ветеранов Великой Отечественной войны из числа русскоязычного населения, карнавальные наряды в виде униформы фюрера с исполнением главной роли государственными министрами. Все это запрещено государством и, следуя логике Л.А. Морозовой, не является элементом политической системы общества этих государств. Однако эти сообщества выполняют все функции, присущие политической системе:

- интеграция общества (против русскоязычного населения);
- упорядочение политических процессов (в направлении геноцида русскоязычного населения);
- мобилизация общественных ресурсов (в тех же целях);
- легитимация власти (принимая нормативные правовые акты, ущемляющие права русскоязычного населения);
- целеполагание (ставится цель полного очищения территории от славян, татар и иных неарийцев);
- политическое рекрутирование (воспитываются и привлекаются профашистски настроенные единомышленники);
- формирование общественного сознания (фашизм есть добро, а не зло);
- формирование общественных символов (внедрение и использование фашистских символов на территории государства, оформленных в виде памятников, носимой на парадах и вечеринках униформы, одновременное уничтожение символов-конкурентов: памятников советским воинам, советской и российской геральдики);
- контрольная (действия государственной власти контролируются со стороны профашистски настроенных политиков, занимающих к тому же ключевые государственные посты).

А.Н. Чашин отмечает, что активизация политической деятельности запрещенных элементов (профашистских и экстремистских) как на

---

<sup>1</sup> Александр Бастрыкин, председатель СКП РФ об экстремизме // Московский комсомолец, 2009. С. 2.

<sup>2</sup> Феклюнин С. Председатель Национального антитеррористического комитета России, директор ФСБ России Александр Бортников: о росте экстремизма в Центральной России // Московский комсомолец, 2008. С. 3.

национальном, так и на региональном и международном уровнях свидетельствует об актуальности проведения глубоких научных исследований относительно их сущности, признаков и механизма функционирования <sup>1</sup>.

Включать или не включать запрещенные субкультуры в политическую систему общества вопрос теоретический и требует дополнительного осмысления и проработки на уровне серьезных исследований.

---

<sup>1</sup> Запрещенные субъекты как элементы институциональной подсистемы политической системы // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 9. с. 5-6

## **Правовой мониторинг как средство выявления и устранения правотворческих ошибок**

Шарабаев Антон Игоревич,  
студент 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шафиров Владимир Моисеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Право – явление социальное, возникло по мере развития человека, по мере становления восприятия себя как личности, индивидуальности. Оно постоянно изменяется соразмерно с изменениями как человека, так и общества в целом – в этом заключается динамизм и прогрессивность права. Но так как, во-первых, оно, право, каждый день изменяется, во-вторых, являясь порождением человека, не застраховано от человеческого фактора, всегда были, есть и будут существовать юридические ошибки, которые, с одной стороны, являются негативным элементом правовой действительности, а с другой – позитивным, так как стимулируют общественность на их выявление и последующее устранение в целях совершенствования правовых институтов и механизмов.

В своём выступлении я бы хотел уделить внимание средствам выявления и устранения юридических правотворческих ошибок, а именно – правовому мониторингу, который в последнее время довольно активно используется в различных сферах жизнедеятельности, и как свидетельство – данная тема нашла отражение в законах субъектов РФ, подзаконных актах, журнальных статьях, учебных пособиях и в других изданиях. О сути, природе правового мониторинга в научной среде существует масса точек зрения, несколько из которых я аккумулировал и озвучу.

Бачило Илларию Лаврентьевну, руководитель проекта "Человек в информационном обществе. Правовые проблемы" отмечает, применительно к правовой сфере: «Мониторинг – это отслеживание динамики развития самого законодательства и всей совокупности нормативных правовых актов с учётом уровней и форм нормотворчества, разных видов, тематики актов, их адресатов, исполнения и т.д.»<sup>1</sup> Тем самым, здесь подчёркивается аспект детального восприятия уже готового результата непосредственного осуществления правотворчества и дальнейшая формализация полученных данных для субъектов. Исследователи констатируют, что в настоящее время в России на федеральном уровне отсутствует нормативно-правовое регулирование организации и проведения правового мониторинга. Они же отмечают, что правовой мониторинг есть система информационных наблюдений, дающая

---

<sup>1</sup> См.: Бачило И.Л. Парламентские слушания // Мониторинг правового поля и правоприменительной практики. Издание Совета Федерации, 2003. С. 12.

возможность анализировать и оценивать результаты нормотворческой деятельности, прежде всего законопроектной; качество НПА, принятых тем или иным правотворческим органом в соответствии с предоставленной ему правотворческой компетенцией; эффективность их практического действия.<sup>1</sup> Предложенное определение правового мониторинга схоже с предыдущим, только помимо всего прочего выделяется такой признак, как системность данного средства нормативной регуляции. На мой взгляд, приведённая точка зрения наиболее подробно отражает сущность правового мониторинга, поэтому мной оно взято за основу в проделанной работе.

Говоря об элементах правового мониторинга, существует точка зрения профессора Тихомирова, который в функционирование правового мониторинга включает ряд элементов:

- Деятельность субъектов, осуществляющих мониторинг;
- Использование информационного блока, включая социальную информацию;
- Регламентные нормы;
- Аналитико-оценочный блок

Все эти элементы позволяют выделить объекты правового мониторинга – динамику правовой сферы, законодательства и иных правовых актов, государственных и общественных институтов, юридических коллизий, правомерного и неправомерного поведения граждан, объективные процессы, в ход и содержание которых «встроены» институты и правовые нормы.<sup>2</sup> (к примеру, мониторинг состояния экономической среды) Обозначение объектов направления деятельности позволяет нам существенней познать суть и предназначение правового мониторинга.

Задачи правового мониторинга.

Правовед Нестеренко в качестве задач правового мониторинга выделяет следующие:

1. предоставление объективной информации о тенденциях и потребностях правового регулирования определённых общественных отношений;
2. создание постоянно действующей связи между органами гос. власти, органами местного самоуправления и правоприменителями;
3. выявление противоречий, коллизий, дублирования в правовом регулировании, определение эффективности действия правовых норм с целью совершенствования и систематизации действующего законодательства;
4. отслеживание эффективности НПА и практики их реализации в процессе организации взаимодействия органов государственной власти области, органов МСУ, организаций и граждан;
5. определение степени урегулированности вопросов, отнесённых к предметам ведения субъектов РФ и предметам совместного ведения РФ и её субъектов, формирование перспективных направлений правотворческой

---

1 См.: Горохова Д.Б. Журнал российского права. 2007. № 5.

2 См.: Тихомирова Ю.А. Организация и проведение правового мониторинга // Право и экономика. 2006. № 10. С. 13.

деятельности.<sup>1</sup> Тем самым, Нестеренко выделяются не только функции, касающиеся непосредственного осуществления мониторинга, но и те, которые направлены на его организацию, предварительную подготовку к осуществлению. В этом плане можно увидеть системность функций правового мониторинга, их чёткую последовательность.

В правовой среде выделяются и другие функции мониторинга, которые, в целом, звучат синонимично:

1. установление качественно новой, устойчивой информативной связи между правотворческой деятельностью и ее конечными результатами;
2. Выработка представлений для формирования планов законопроектных работ;
3. проведение правового эксперимента как стадии правотворческого процесса, оценка практики применения законов;
4. создание постоянно действующей системы обратной связи между законодателем и правоприменителями.<sup>2</sup>

Тем самым, правовой мониторинг представляется нам системой информационных наблюдений, дающая возможность анализировать и оценивать:

- результаты нормотворческой деятельности;
- качество принятых НПА;
- эффективность их практического действия.

Принципы правового мониторинга.

Данный вид социальной деятельности основан на ряде принципов, среди которых Гороховым выделяются:

- принцип легитимности и объективности;
- принцип обязательности, т.е. его действие распространяется в отношении всех действующих НПА;
- принцип информационной всеохватности: собирание, анализ и оценка информации о результатах нормотворческой деятельности и реализации нормативных правовых актов, исходящей от органов государственной власти всех уровней, органов гос. власти субъектов РФ, правоохранительных и судебных органов, органов МСУ, общественных учреждений и организаций, СМИ, от граждан;
- принцип информационной открытости;
- принцип программно-целевого и планового обеспечения, т.е. осуществление программного мониторинга в соответствии с программно-целевыми установками, исходящими от государства;
- принцип финансовой обеспеченности.<sup>3</sup>

Задействование правового мониторинга в практике.

В законодательной и научной литературе встречаются различные формы проведения мониторинга. В этой связи необходимо отметить План мероприятий по реализации Примерной программы нормотворческой и контрольной

<sup>1</sup> Нестеренко И.А. Правотворчество в РФ. С. 161-162.

<sup>2</sup> Концепция мониторинга правового пространства в Ямало-Ненецком автономном округе: // [http://www.lawrf.ru].

<sup>3</sup> См.: Горохов Д.Б. Экологическое право.

деятельности Государственного Совета Республики Коми на 2006 г., где указано, что взаимодействие главы Республики Коми и Правительства р-ки Коми с Государственным Советом р-ки в законотворческом процессе позволяет обеспечить эффективность законодательного процесса с учётом мнения населения; Закон Липецкой области от 5 декабря 2008 г. № 213-ОЗ «О мониторинге нормативных правовых актов Липецкой области»<sup>1</sup>. В нём определены три формы проведения мониторинга на территории области: мониторинг НПА, мониторинг реализации НПА и мониторинг нормотворческой деятельности органов гос. власти области. Также указ Президента Российской Федерации от 20 мая 2011 г. N 657 "О мониторинге правоприменения в Российской Федерации".<sup>2</sup> В нём достаточно ясно излагаются моменты осуществления мониторинга на территории РФ, одними из которых являются:

- План мониторинга ежегодно, до 1 сентября, утверждается Правительством Российской Федерации.

- В плане мониторинга отражаются:

- а) отрасль (подотрасль) законодательства либо группа нормативных правовых актов, мониторинг которых планируется осуществить;

- б) наименования федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, участвующих в мониторинге;

- в) сроки осуществления мониторинга;

- г) иные данные.

О формах проведения мониторинга рассуждали и на конференции «Мониторинг законодательства и правоприменительной практики» 2006 г., где участники обменивались мнениями в секциях:

- Стратегия правового развития России: теория и практика;

- Доклад Совета Федерации 2005 года "О состоянии законодательства в Российской Федерации";

- Мониторинг законодательства и правоприменительной практики в субъектах Российской Федерации: опыт, проблемы, перспективы.<sup>3</sup>

Деятельность по проведению мониторинга ряд правоведов разделяет на несколько этапов:

1. планирование мониторинговой деятельности;

2. проведение правового мониторинга:

- сбор, обработка и систематизация информации;

- анализ и оценка информации;

- подготовка информации, содержащей предложения о необходимости изменений действующего законодательства или корректировки правотворческих процедур;

---

1 Закон Липецкой области от 5 декабря 2008 г. № 213-ОЗ «О мониторинге нормативных правовых актов Липецкой области»: // [http://www.russianpeople.ru/en/old/128436]

2 Указ Президента Российской Федерации от 20 мая 2011г. № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» :/[http://www.rg.ru/2011/05/25/monitoring-dok.html]

3 // [http://www.rg.ru/2006/06/20/monitoring-zakonov-anons.html]

3. представление итогового документа по результатам правового мониторинга в органы власти субъектами, проводившими мониторинг, дальнейшее опубликование данных и ознакомление с ними общественности различными способами.<sup>1</sup>

Наиболее ярким примером результатов правового мониторинга является ежегодный доклад Совета Федерации Федерального Собрания РФ «О состоянии законодательства в Российской Федерации», который готовится комитетами и комиссиями Совета Федерации, членами Совета Федерации, Центром мониторинга законодательства и правоприменительной практики при Совете Федерации Федерального Собрания РФ и др. уполномоченными подразделениями.

В заключении хотелось бы обозначить краткий вывод: правотворческие ошибки требуют нахождения путей, средств и форм их нахождения и устранения, среди которых, кроме правового мониторинга, существуют и правовая экспертиза, моделирование, и толкование, в том числе судебное, аутентическое, и др. Анализ ошибок на его основе должен осуществляться не только с целью выявить недостатки и упущения в правотворчестве, но и с целью показать достоинства, преимущества динамики тех или иных правовых сфер, законодательства и иных правовых актов, государственных и общественных институтов, юридических коллизий, правомерного и неправомерного поведения граждан и так далее; поспособствовать совершенствованию правовой действительности. Мониторингу, в этом смысле необходимо занять системное и пользообразующее место. Но, конечно же, нормативно-регулятивные средства только разрабатываются, и проблема нуждается в совершенствовании нормативной базы. Здесь целесообразным было бы взаимодействие учёных и практиков, внедрение вышеуказанных задач и принципов мониторинга, то есть доказывать в жизни целесообразность или отсутствие данного в разрабатываемых теоретиками концепциях.

---

1 - См.: Правотворчество в РФ: Учебник / Под ред. Нестеренко И.А.. С. 163.

## Ограничения и имманентные пределы прав и свобод

Шушпанов Константин Сергеевич,  
студент 2 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Панченко Владислав Юрьевич,  
к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права  
Юридического института СФУ

Права и свободы возникли и развивались на основе биологической, психологической и социальной сущности человека, а отсюда имеют естественный характер, неотчуждаемы<sup>1</sup>.

Однако реализация основных прав в общественной жизни сталкивается с индивидуальными и публичными интересами. Отсюда необходимость разграничения этой правовой сферы со статусом других обладателей основных прав и сферой прав и интересов общества в целом. Ориентиром здесь служит не образ изолированного индивида, а образ человека, находящегося в сообществе людей. Границы основных прав, поэтому неизбежны<sup>2</sup>.

В теории права традиционно соотношение личных и публичных интересов при осуществлении прав и свобод рассматривается в контексте их ограничений. Причем, понятие ограничения прав и свобод в различных формулировках сводится к количественному или (и) качественному умалению субъектами власти прав и свобод человека, где под умалением понимается либо исключение, либо сужение объема и содержания прав человека<sup>3</sup>.

В то же время, во-первых, для достижения баланса интересов не достаточно односторонних изъятий из правового статуса, а во-вторых, чрезмерное расширение объема и содержания права (свободы) может иметь последствия еще более разрушительные, чем его несоразмерное ограничение, вызвав столкновение и взаимоуничтожение свободы сторон.

Недопустимость чрезмерного расширения правового статуса участников общественных отношений раскрывается в рамках теории естественных (имманентных) пределов прав и свобод, которая указывает на наличие неких объективных границ, определяющих нормативное содержание и круг любого правомочия.

Так, п.2 ст. 36 Конституции Российской Федерации закрепляет право граждан и их объединений, являющихся собственниками земли, свободно владеть, пользоваться и распоряжаться землей и другими природными ресурсами, «если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц». В данном случае конституционная оговорка о

1 Шафиров В.М. Естественно-позитивное право. Введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 45.

2 Штерн К. Защита основных прав и их ограничения // Государственное право Германии / пер. с нем. в 2 т. Т.2. М., 1994. С.186.

3 См., например: Ягофарова И.Д. Основные характеристики ограничений прав и свобод человека: теоретико-правовой аспект // Академический юридический журнал. 2002. №4; Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве // Правоведение. 1998. №3.



запрете нанесения ущерба окружающей среде и интересам других участников общественных отношений не является ограничением экономического права граждан иметь в собственности землю, поскольку не сужает объем данного права, а лишь устанавливает условия, при соблюдении которых данное право может существовать.

Определяя понятие имманентных пределов прав и свобод, стоит упомянуть, что впервые данная концепция была сформулирована Федеральным Конституционным судом Германии, и была основана на идее конституционного закрепления любых ограничений прав и свобод. Однако автор полагает, что такому подходу больше подходит термин конституционных ограничений или пределов. Имманентные же пределы автор склонен рассматривать, исходя из значения определяющего слова (имманентный – присущий природе самого предмета, внутренний<sup>1</sup>), как объективные онтологические границы, определяющие максимальный объем свободы и автономии личности при осуществлении данного права, не вступающей в коллизию с равнозначной свободой других участников общественных отношений.

В доктрине конституционного права и теории права сложились разные подходы к соотношению понятий «ограничение прав и свобод» и «имманентные пределы прав и свобод». По мнению М.А. Краснова, вследствие естественности и неотчуждаемости основных прав, их ограничение как таковое невозможно: «происходит лишь юридическая экспликация (формализованное выявление) изначально существующих границ, то есть естественных пределов этих прав»<sup>2</sup>. При этом автор не отрицает возможности фактического ограничения того или иного субъективного права как следствия «ошибочной экспликации» его объективных пределов и полагает, что «количественное или качественное умаление прав и свобод человека» должно именоваться ограничением при осуществлении права, но не ограничением самого права<sup>3</sup>.

Представляется, что установление границы права (свободы) не всегда является его имманентным (естественным) пределом. Права и свободы могут соразмерно ограничиваться, преследуя цели, выходящие за рамки обеспечения беспрепятственного осуществления самих себя. Это легко продемонстрировать на примере ограничений прав и свобод, исходящих из особенностей правового статуса субъекта. Например, ограничение свободы передвижения лиц, находящихся в местах лишения свободы преследует цели уголовного наказания; восстановление социальной справедливости; исправление осужденного; специальное и общее предупреждение преступлений. В то же время поиск естественных пределов не может преследовать какую-либо цель, отличную от обеспечения данного права и максимальной свободы и автономии личности при его осуществлении, поскольку подобное преследование означает сужение объема правомочия по сравнению с объемом, установленным его имманентными пределами. Во-вторых, существует ряд применяемых в

1 Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под общ. ред. Л.И. Скворцова. М., 2007. С.327. Подобное определение приводит и Современный философский словарь: «Имманентное – это то, что атрибутивно предмету, внутренне присуще вещи или процессу, свойственно качеству, характеризует самость изнутри» (Современный философский словарь / Под ред. В.Е. Кемеров. М., 2004. – С.266).

2 Краснов М.А. Ограничение прав человека или поиск их естественных пределов? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 2. С. 104.

3 Там же.

юридической практике мер, фактически исключающих либо сужающих объем и содержание определенного права, но которые очевидно нельзя подвести под понятие экспликации имманентных пределов. В частности, смертная казнь, как высшая мера уголовного наказания, используемая некоторыми странами Азии, а также США, фактически изымает при определенных условиях право человека на жизнь. В то же время, очевидно, что такое изъятие нельзя назвать юридической экспликацией (объяснением, описанием), даже и «ошибочной», имманентных пределов этого права. Само понятие ошибки в философии рассматривается как нарушение или неучет в преследовании цели какого-либо правила, знание о котором уже добыто. В случае с легализацией смертной казни, законодатель не нарушает каких-либо правил, стремясь отыскать естественные пределы права человека на жизнь; он преследует, опять же, цели уголовного наказания, а значит, в его деятельности нет ошибочной экспликации, и нет экспликации имманентных пределов вообще, а есть ограничение права.

Итак, ограничение прав и свобод – это установление границ основных прав (свобод), уменьшающих объем возможного поведения субъекта, связанное с неблагоприятными условиями для осуществления его собственных интересов, преследующее определенную цель.

Естественные (имманентные) пределы прав и свобод – это объективные онтологические границы основных прав (свобод), определяющие максимальный объем свободы и автономии личности при осуществлении данного права, не вступающей в коллизию с равнозначной свободой других участников общественных отношений.

Родовым признаком этих понятий является признак «Границы основных прав», означающий наличие определенного сдерживания возможного поведения субъекта.

Критериями для разграничения двух явлений могут служить остальные отличающие их признаки:

1. Характер границ (субъективность и объективность).

Права и свободы, имеющие естественный характер, имеют также естественные границы, именуемые имманентными пределами. Эти границы могут быть эксплицированы, выявлены логически и описаны, но они являются реально существующим объектом действительности. Ограничение же прав и свобод – это априори деятельность, носящая субъективный характер.

2. Природа границ (телеологические (целевые) и онтологические).

Имманентные пределы прав и свобод являются границами онтологическими, то есть связанными с обеспечением самого существования и эффективной реализации определяемого права. Их диктует сама природа права, они определяются с помощью законов логики и философии. Логически чрезмерное расширение объема правомочий лица ведёт к пересечению таких объемов разных субъектов правоотношений и их взаимной девальвации. С философской стороны естественные пределы прав и свобод можно объяснить с помощью закона перехода количественных изменений в качественные, - одного из основных законов диалектики. Количественное (в т.ч. и объем правомочий)

измерение не безгранично, и при определенном накоплении влечет переход явления на иной качественный уровень. В случае с законодательным закреплением основных прав и свобод, переход одного права в качественно иное явно не желателен, поэтому определенное количественное ограничение регулируемых прав и свобод необходимо. Что касается ограничений прав и свобод, то, как уже было сказано ранее, это изначально – деятельность, а один из основных признаков деятельности, выработанных философской наукой – «целеполагающая активность». Ограничение права (свободы) всегда связано с определенной целью, в наиболее широком охвате, как правило – «достижение рационального баланса сталкивающихся конституционно-правовых ценностей»<sup>1</sup> обладателей основных прав и общества в целом<sup>2</sup>. Таким образом, границы, связанные с ограничением прав и свобод по своей природе – телеологические, то есть, связанные со специальными целями, лежащими вне самого права (свободы), и исходящими из необходимости их осуществления. Поиск и экспликация естественных пределов тоже является деятельностью, и соответственно, также характеризуется как целеполагающая активность. Однако цели юридической экспликации имманентных пределов прав и свобод существенно отличаются от целей их ограничений тем, что лежат внутри определяемого права или свободы.

---

<sup>1</sup> Лерхе П. Пределы основных прав // Государственное право Германии / пер. с нем.: в 2 т. Т.2. М., 1994. С. 237.

<sup>2</sup> Шгерн К. Указ. соч. С.187.

# История государства и права

## **Некоторые проблемы правового регулирования деятельности уполномоченного по правам человека в субъектах Российской Федерации**

Волошина Наталья Александровна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Дробышевский Сергей Александрович,  
д.ю.н., профессор кафедры истории государства и права  
Юридического института СФУ

В 2011 году, по данным Европейского Суда, Россия оказалась на первом месте по количеству поступивших жалоб на нарушение прав человека со стороны государства<sup>1</sup>. Это обстоятельство свидетельствует о том, что на сегодняшний день существует объективная потребность в эффективных внутригосударственных институтах защиты прав человека от неправомерных действий органов управления. Ни одно государство не может развиваться и выполнять эффективно свои функции при отсутствии «диалога», сотрудничества и доверительных отношений с гражданами. При этом соблюдение прав и свобод человека не только содействует развитию личности, но и способствует самосохранению и прогрессу государства.

Институтом последнего, призванным стать посредником между остальными государственными органами и гражданином, является уполномоченный по правам человека. Впервые тезис о необходимости учреждения данного института был закреплен в 40-й статье «Декларации прав и свобод человека и гражданина РФ» от 22 ноября 1991 года<sup>2</sup>. Однако данное положение не было реализовано на практике. С принятием Конституции Российской Федерации должность Уполномоченного по правам человека была формально зафиксирована в ее 103 статье.

Для регламентации деятельности этого должностного лица был принят Федеральный конституционный закон «Об уполномоченном по правам человека в РФ» от 26.02.1997. Согласно этому нормативному акту, указанный уполномоченный призван обеспечить защиту прав и свобод граждан, их соблюдение и уважение государственными органами, структурами местного самоуправления, должностными лицами и государственными служащими.<sup>3</sup>

Федеративное устройство России предполагает разграничение предметов ведения федерации и ее субъектов. Защита прав и свобод, согласно 72 статье Конституции РФ, относится к совместному ведению. Поэтому в ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в РФ» в статье 5 зафиксировано: «В

<sup>1</sup> Европейский Суд [Электронный ресурс]. – режим доступа URL: [http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Statistics] (дата обращения: 18.03.12).

<sup>2</sup> Постановление ВС РСФСР „О Декларации прав и свобод человека и гражданина“. 1991. N 1920-I. Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1991. № 52, ст. 1865.

<sup>3</sup> Российская Федерация. Законы. Федеральный закон об уполномоченном по правам человека в Российской Федерации от 26.02.1997. № 1-ФКЗ. ст. 1 п.1 [Электронный ресурс]. – режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011).

соответствии с конституцией (уставом), законом субъекта Российской Федерации может учреждаться должность Уполномоченного по правам человека в субъекте Российской Федерации».<sup>1</sup>

Данный институт функционирует в России и в регионах уже на протяжении 15 лет. Однако его работа породила ряд проблем, требующих внимания и обсуждения. Без решения последних невозможно говорить о едином механизме защиты прав человека на всей территории России. К тому же развивающееся правовое государство не может оставить в стороне трудности обеспечения конституционных прав и свобод человека. Поэтому обсуждение данной проблематики и соответствующие выводы имеют безусловную практическую ценность. Все это способствует совершенствованию законодательства, а также развитию правоприменительной практики по вопросам защиты прав и свобод человека.

Начнем с истории становления института в субъектах федерации. После принятия ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в РФ» регионы получили возможность учреждения данного органа. Однако, несмотря на необходимость и ценность отмеченного института, субъекты не спешили его образовывать. За 15 лет действия этого нормативно – правового акта институт уполномоченного по правам человека был создан лишь в 65 субъектах из 83. К тому же процесс формирования рассматриваемого органа на первоначальных этапах сопровождался множеством трудностей.

В наиболее яркой форме феномен отторжения института проявился в Архангельской области. После 8 месяцев деятельности Уполномоченный здесь был смещен с должности. В течение четырех лет губернатор области блокировал все попытки депутатов восстановить этот институт. В Хабаровском крае и Мурманской области главы администраций накладывали вето на принятые законы об уполномоченном по правам человека, а депутаты долгое время не могли его преодолеть. В других случаях блокировалась попытка рассмотрения законопроектов в законодательных органах, как например в Ростовской области.<sup>2</sup>

Все это свидетельствует о том, что рекомендательная норма ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в РФ» дала органам исполнительной власти основания препятствовать становлению института на их территории. Причины такого поведения кроются в неготовности к учреждению органа, проверяющего правомерность действий чиновников.

Еще одним основанием для отказа в создании рассматриваемого органа является 2 пункт 5 статьи этого нормативного акта, согласно которому региональные омбудсмены финансируются из средств регионального бюджета. Дефицитом финансовых средств объясняется отсутствие данного института в некоторых субъектах. Так, председатель Правительства Кировской области, отвечая на запрос Уполномоченного по правам человека в Российской

---

1 Российская Федерация. Законы. Федеральный закон об уполномоченном по правам человека в Российской Федерации от 26.02.1997. № 1-ФКЗ. ст. 5 [Электронный ресурс].– режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011).

2 Сунгуров А. Уполномоченные по правам человека в субъектах РФ: нормативные основы, персоналии и условия деятельности [Электронный ресурс].– режим доступа : [http://strategy-spb.ru/edu/?do=manual&man\\_grup=168&doc=755&pr\\_id\\_dl=10](http://strategy-spb.ru/edu/?do=manual&man_grup=168&doc=755&pr_id_dl=10) (20.03.2012).

Федерации, сообщил, что «решение вопроса о создании в области регионального института возможно отнести на более поздний срок, когда областной бюджет будет профицитным»<sup>1</sup>. Данный орган в Кировской области появился спустя 6 лет.

Однако расходы на содержание скромного аппарата Уполномоченного невелики. И в любом случае эти средства значительно меньше, чем порой расходуют власти на престижные автомобили и другие собственные статусные символы. Финансирование государственной правозащитной деятельности по остаточному принципу недопустимо. Это противоречит духу Конституции Российской Федерации.<sup>2</sup>

Нередко также утверждается, что уполномоченные в субъектах не нужны, поскольку гарантом прав и свобод человека в субъекте РФ является глава администрации (президент, губернатор). К тому же созданная при нем Комиссия по правам человека справляется со своими обязанностями.<sup>3</sup>

Однако следует отметить, что глава региона в силу большого объема обязанностей физически не может выполнять защиту прав и свобод каждого обратившегося к нему человека. Отсюда здесь нужны дополнительные структуры с такими функциями.

В данном отношении полезно провести аналогию с Российской Федерацией в целом. Хотя ее президент также выступает гарантом прав и свобод, тем не менее уже на протяжении 15 лет действует институт уполномоченного по правам человека в РФ, призванный дополнить существующие средства защиты прав и свобод граждан.

Едва ли в регионе для правозащитной деятельности достаточно какой-либо структуры, созданной губернатором. Разумеется, Комиссии по правам человека при губернаторе регионов созданы с целью содействия в реализации главой субъекта своих полномочий в защите прав и свобод человека. Однако состав Комиссии утверждается им же. Подотчетность губернатору порождает зависимость Комиссии по правам человека от исполнительной власти, правомерность решений которой эта Комиссия призвана проверять. Принцип же работы Уполномоченного по правам человека заключается в независимости. Не случайно, в некоторых субъектах на сегодняшний день работают как Комиссия по правам человека, так и Уполномоченный. Причем обоим органам хватает работы, а взаимодействие их способствует развитию эффективной защиты прав и свобод человека на территории субъекта.

Вот почему некоторые исследователи, а также региональные уполномоченные придерживаются мнения о необходимости внесения изменения в ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в РФ». Речь идет о том, чтобы обязать субъектов РФ учредить данный институт.

Важно отметить, что в 2002 Государственной Думой вносился законопроект о внесении изменений в статью 5 ФКЗ «Об Уполномоченном по

---

<sup>1</sup> Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации О.О. Миронова в 2002 году. М.: Юриспруденция, 2003. с. 56

<sup>2</sup> Дадашева М. Д. Становление и развитие института Уполномоченного по правам человека в субъектах Российской Федерации: автореф. дис. Дадашева М. Д. канд.юридических наук: Махаяч., 2006. с. 183.

<sup>3</sup> См. также с. 153.

правам человека в РФ». Предлагалось в пункте 1 слова «может учреждаться» заменить словом «учреждается».<sup>1</sup> Однако Совет Федерации отклонил данный законопроект. Основаниями для отказа послужили два аргумента.

Первый из них сводится к следующему. «Установление императивной нормы об учреждении указанной должности может быть истолковано как вторжение в компетенцию субъектов, а также в качестве нарушения принципа самостоятельного осуществления принадлежащих субъекту Российской Федерации полномочий».<sup>2</sup>

Едва ли этот аргумент оправдан. Отсутствие института уполномоченного по правам человека в 18 субъектах РФ влечет за собой территориальную дискриминацию населения, вытекающую из неравенства в возможности использования дополнительных внесудебных институтов защиты прав и свобод. А это противоречит 19 статье Конституции РФ, закрепляющей равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от места жительства. В силу того, что основной закон РФ имеет высшую юридическую силу по отношению к Федеральным конституционным законам, правомерным будет устранить данную коллизию посредством внесения изменения в 5 статью ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в РФ». Иными словами, в пункте 1 слова «может учреждаться» следует заменить словом «учреждается».

Некоторые исследователи, не видящие в настоящей редакции закона нарушений, приводят в качестве аргумента в пользу своей позиции право лица на обращение с жалобой к Федеральному Уполномоченному по правам человека. Однако ежегодно Уполномоченному РФ приходит около 50 000 единиц входящей корреспонденции. В силу этого жалобы могут рассматриваться от нескольких месяцев до одного года. Таким образом, и при этой возможности субъекты находятся в неравном положении. Вот почему для устранения указанной дискриминации необходимо обеспечить равные возможности всем индивидам. Следовательно, нужно обязать субъектов федерации учредить институт уполномоченного по правам человека для реализации конституционных прав человека,

Второй аргумент имеет другой характер. Совет Федерации обосновал свой отказ и тем, что указанными изменениями федеральный законодатель обязет субъектов Российской Федерации расходовать дополнительные средства из своего бюджета. А это не соответствует закрепленному в статье 31 Бюджетного кодекса РФ принципу самостоятельности бюджетов в определении направления расходования средств. Этот барьер, на наш взгляд, можно преодолеть с помощью внесения изменения в ФКЗ «Об уполномоченном по правам человека в РФ» о полном финансировании рассматриваемого института со стороны федерации.

---

<sup>1</sup> Проект федерального конституционного закона «О внесении изменения в статью 5 Федерального конституционного закона «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации»

[Электронный ресурс]. – режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011)

<sup>2</sup> Заключение 23 января 2003 года на проект федерального конституционного закона «О внесении изменения в статью 5 федерального конституционного закона Об уполномоченном по правам человека в субъектах Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011).



Правда, не исключен и еще один вариант. Само отмеченное обязывание субъектов федерации образовать анализируемый институт означает, что оно распространяется и на его финансирование из соответствующего бюджета.

К тому же принцип самостоятельности бюджетов регионов, зафиксированный в Бюджетном кодексе должен рассматриваться как средство обеспечения и охраны прав и свобод граждан. Ведь Конституция РФ провозгласила права и свободы человека высшей ценностью, определяющей, согласно 18 статье основного закона, деятельность законодательной и исполнительной власти.

Другой проблемой развития рассматриваемого института в субъектах федерации является отсутствие федерального закона об уполномоченном по правам человека в субъектах РФ. В силу этого обстоятельства правовой статус, компетенция и юридические инструменты осуществления своих полномочий у омбудсменов во многих субъектах различны.

Так, процедура выдвижения кандидатов на должность Уполномоченного в субъектах реализована по-разному. В Нижегородской и Курской областях право предложения кандидатуры на должность Уполномоченного предоставлено только депутатам представительного органа и губернатору. Однако в некоторых субъектах данным правом также обладают зарегистрированные общественные объединения. Скажем, в Красноярском крае такая возможность предоставлена депутатам Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, избранным от Красноярского края, а также представительным органам муниципальных образований Красноярского края, Совету Гражданской ассамблеи Красноярского края, общественным объединениями (кроме политических партий)<sup>1</sup>.

На наш взгляд, возможность участия институтов гражданского общества в предложении кандидатур на должность уполномоченного оправданна. Это, безусловно, способствует повышению доверия граждан к данному должностному лицу.

В Федеральном конституционном законе «Об уполномоченном по правам человека в РФ» закреплено, что уполномоченный при осуществлении своих полномочий независим и неподотчетен каким-либо государственным органам и должностным лицам.<sup>2</sup> Аналогичная норма присутствует во многих субъектах. Однако в Саратовской области понятие "независимость Уполномоченного" не нашло отражения, зафиксировано лишь, что «Уполномоченный по правам человека относится к государственной должности категории "А"»<sup>3</sup>.

Различные требования предъявляются к кандидатам на должность уполномоченного в субъектах РФ. Например, требуемый возраст составляет не менее 30 лет в Красноярском крае, Свердловской и Омской областях, 35 лет - в республике Башкортостан, Архангельской обл. и др. К тому же в республиках

<sup>1</sup> Закон «Об уполномоченном по правам человека в Красноярском крае» 25.10.2007. № 3-626 [Электронный ресурс]. – режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011).

<sup>2</sup> Российская Федерация. Законы. Федеральный закон об уполномоченном по правам человека в Российской Федерации от 26.02.1997. № 1-ФКЗ. ст. 2.п.1 [Электронный ресурс]. – режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011).

<sup>3</sup> Закон «Об уполномоченном по правам человека в Саратовской области 19.04.2006 N 39-ЗСО [Электронный ресурс]. – режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (15.03.2011).

Башкортостан и Татарстан является обязательным республиканское гражданство. Требование наличия высшего юридического образования предъявляется в Свердловской, Смоленской и Волгоградской областях. В других субъектах у кандидата достаточно наличия необходимых познаний в области прав и свобод человека. При этом в Республике Башкортостан, Красноярском крае, Мурманской области требуется опыт правозащитной деятельности. Срок полномочий в одних регионах составляет 4 года, а в других - 5 лет.

Различаются регионы и в подходе к компетенции Уполномоченного. В одних регионах предусмотрено обращение Уполномоченного в суд с заявлением о возможном нарушении прав человека, а также его ходатайство о пересмотре вступившего в силу решения суда. В других регионах такие действия не допускаются.<sup>1</sup>

Часто законодатель специально оговаривает ограничение компетенции Уполномоченного в сфере своей собственной компетенции.

Но и здесь в субъектах существуют принципиальные различия. Так, в законах Смоленской и Саратовской областей отмечается, что Уполномоченный не принимает к рассмотрению жалобы на законы Смоленской (Ст.10) и Саратовской (Ст.13) областей.<sup>2</sup> В законе Республики Башкортостан и в законопроектах Омской области и Эвенкийского национального округа из сферы компетенции Уполномоченного выводятся "действия и решения" не только законодательного органа субъекта РФ, но и "местных представительных органов". А в законе Свердловской области и в законопроектах Республики Татарстан и Волгоградской области оговаривается ограничение компетенции уполномоченного в отношении судебной власти. К тому же не во всех субъектах Уполномоченный имеет право законодательной инициативы в представительных органах власти.

Конечно, законодатель субъекта вправе самостоятельно выбирать те или иные правовые условия, в которых следует выполнять свои обязанности данному должностному лицу. Однако многие исследователи приходят к выводу о необходимости Федерального Закона об основах деятельности Уполномоченного по правам человека в субъектах РФ. Этот акт определил бы единую основу правового статуса, указанного должностного лица, его компетенцию и порядок назначения и освобождения от должности. Им были бы исключены многие трудности уполномоченных в осуществлении своих прав и обязанностей. Вот почему следует согласиться с необходимостью принятия такого закона.

Безусловно, на государстве лежит обязанность не только защищать права, но и соблюдать их. И институт Уполномоченного по правам человека в субъектах Федерации уже на протяжении 15 лет эффективно выполняет эту функцию. Например, через уполномоченного человек имеет право вносить свои

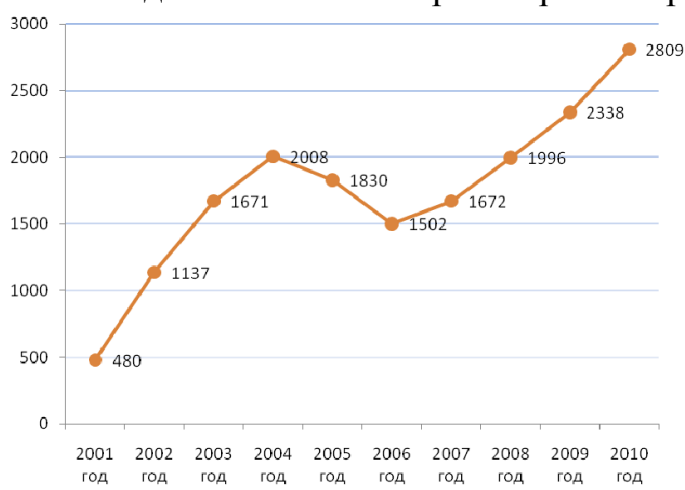
1 Сунгуров А.Ю., Шишлов А.В. Сравнительный анализ законодательства об Уполномоченном по правам человека в субъектах РФ [Электронный ресурс].– режим доступа : <http://ombu.ru/node/5> 15.06.2003. (18.03.2011)

2 Закон «Об уполномоченном по правам человека в Саратовской области 19.04.2006 N 39-ЗСО ст. 10. [Электронный ресурс].– режим доступа : СПС «Консультант Плюс» (20.03.2011).

предложения, а также обращать внимание законодателя на пробелы, требующие правового регулирования. Право законодательной инициативы Уполномоченного в представительных органах субъектов, бесспорно, способствует совершенствованию законодательства, его соответствию действительности.

Для подтверждения доводов в необходимости рассматриваемого института в каждом субъекте федерации обратимся к результатам деятельности Уполномоченного по правам человека в Красноярском крае. Так, за 10 лет работы Уполномоченным было рассмотрено 17 443 обращения. Популярность данного органа с каждым годом растет и связана с отсутствием государственной пошлины, а также с доверительным отношением граждан к данному должностному лицу. За 10 лет количество поданных жалоб увеличилось почти в 6 раз - с 480 до 2800. И это только по городу Красноярску. Помимо этого, с гражданами работают и представители Уполномоченного на общественных началах. Сегодня они действуют в 30 территориях края, осуществляя первичный анализ жалоб и предложений. В целом по Красноярскому краю было подано 5 873 обращений, включая коллективные жалобы.

Динамика количества поданных жалоб в Красноярском Крае



## Глобальные проблемы ноосферы как одна из предпосылок формирования мирового государства

Лыков Андрей Юрьевич,  
аспирант кафедры истории государства и права  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Дробышевский Сергей Александрович,  
д.ю.н., профессор кафедры истории государства и права  
Юридического института СФУ

Сегодня глобальные проблемы ноосферы являются не только предметом исследования множества ученых во всем мире, но стали также и важнейшим объектом как государственного так и международного политико-правового регулирования. Потому что без такового вмешательства, последствия как для конкретного гражданина, так и для всего человечества могут оказаться невозможными. Под ноосферой в данном случае понимается классическое определение, данное В.И. Вернадским. Это сфера взаимодействия общества и природы, в границах которой разумная человеческая деятельность становится определяющим фактором развития - новая, высшая стадия эволюции биосферы, становление которой связано с развитием общества, оказывающего глубокое воздействие на природные процессы.<sup>1</sup> Как указывается уже современными учеными, важнейшими чертами современности является рост осознания народами и индивидами своей принадлежности человечеству в целом, а самого человечества – природной системе Земли.<sup>2</sup> Без осознания человеком сопричастности к окружающим процессам, происходящим в природе, трудно гарантировать его дальнейшее стабильное и комфортное существование.

Если развитие научно-технического прогресса понимается как позитивное направление деятельности человека, то глобальные проблемы понимаются в узком, негативном смысле. В современной литературе есть два основных подхода к определению глобальных проблем - широкий и узкий. С узкой точки зрения глобальные проблемы понимаются через социологический срез и касаются, прежде всего, глобальной политической экологии, всех аспектов трансграничной деятельности человека-индивида, гуманитарные, социальные, научно-образовательные, теоретико-философские и технологические аспекты развития мира с характерным акцентом на невоенные аспекты мирового бытия.<sup>3</sup> В широком понимании современные глобальные проблемы понимаются как все вопросы, относящиеся к общемировому срезу

---

1 См.: Всемирная энциклопедия: Философия / Гл. научн. ред. и сост. А. А. Грицанов. — М.: АСТ, Мн.: Харвест, Современный литератор, 2001 // URL: <http://ru.wikipedia.org>

2 См.: Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.12.

3 Там же. С.17.

общения между государствами (традиционными) и негосударственными («новыми») субъектами международного общения, в том числе военно-политические, энергетические, финансово-экономические и политико-идеологические аспекты развития человечества. В призме юридических и политических наук под современными глобальными (общемировыми) проблемами понимаются наиболее общие проблемы текущего состояния системы международных отношений в целом, а также процессов изменения этих состояний и процессов регулирования и саморегулирования данных процессов.<sup>1</sup> В дальнейшем анализе в качестве основы понимания будет использоваться последнее значение.

Глобальные проблемы ноосферы – это те проблемы, которые связаны преимущественно с существованием человека как элемента биологической системы, на которую его деятельность может оказывать решающее воздействие. В связи с качественным перевоплощением биосферы в ноосферу именно экология стала первым направлением исследования вопросов глобалистики как самостоятельного научного направления.<sup>2</sup> Ведь только экологические проблемы без каких-либо условий и допущений охватывают весь мир в целом.<sup>3</sup> На первый взгляд, может показаться, что противоречия человека и природы, частью которой он является, не являются объектом политико-правового регулирования. Однако еще Герберт Спенсер писал, что в границы государства входят не только люди, но и весь живой мир на его территории.<sup>4</sup> Георг Еллинек отмечал, что государство определяется как людьми, так и всей природой и ресурсами, на которые распространяется власть. Действительно, опровергнуть данное обстоятельство невозможно, как в виду огромного международного, так и национального нормативно-правового регулирования использования ресурсов и экологических вопросов.

В связи с тем, что Земля имеет полужидкое железное ядро, она окружена мощным электромагнитным полем. Последнее заставляет жесткое солнечное излучение обтекать ближнее околоземное пространство. В результате на Земле создаются условия для существования атмосферы, которая защищает ее поверхность от ультрафиолетового и рентгеновского излучения Солнца. Благодаря тому, что сегодня атмосфера состоит из 78% азота, 21% кислорода, 0,9% аргона и 0,03% углекислого газа, и ряда других газов, атмосфера пропускает к поверхности планеты около 85% солнечной энергии, большая часть из которой отражается в космос.<sup>5</sup> При этом часть этой энергии задерживается водяным паром, углекислым газом, метаном и другими элементами, которые и создают природный парниковый эффект, без которого температура на Земле была бы ниже на 33 по Цельсию.

В связи с данными условиями около 2 млрд лет назад в водах Мирового океана появились простейшие микроводоросли, способные к фотосинтезу и соответственно дальнейшей массивной выработке кислорода, что обусловило

---

1 Там же. С.15.

2 См.: Население и глобализация: 2-е изд./ Н.М. Римашевская, В.Ф. Галецкий, А.А. Овсянников и др. – М.:Наука, 2004. С.3.

3 См.: Новиков А.А. Планетарное государство – глобальная экономическая и социальная модель. – М.: Спец-Адрес, 2008.С.71.

4 См.: История политических и правовых учений: основные классические идеи: учеб.пособие / С.А. Дробышевский – 2-е изд.доп. – М.Норма,2011.С.255-256.

5 См.: Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.290.

500 млн лет назад появление простейших позвоночных рыб, и еще через 100 млн лет появлению земноводных, птиц и млекопитающих. Как апогей данной эволюции 100 тыс. лет назад появляются первые люди, обладающие первичным самодостаточным интеллектом.

Однако биологическая эволюция на Земле не всегда идет постепенно и плавно, если раньше на нее влияли, прежде всего, такие явления как падения различных космических объектов, извержение вулканов, то сейчас к рискам планеты относится и деятельность ее детища - современного человека. Начали происходить планетарные изменения климата, потеря атмосферного озона, мировые эпидемии.<sup>1</sup> В результате роста человеческой культуры в XX веке более резко стали меняться (химически и биологически) прибрежные моря и части океана, человеком создаются новые виды животных и растений.<sup>2</sup> В настоящий момент люди переделали для своих нужд половину земной суши: 26% под пастбища, по 11% под пашню и лесоводство, 2-3% под строительство жилья, промышленных объектов, транспортной инфраструктуры и сферы услуг.<sup>3</sup> Площадь лесов, вырабатывающих кислород, сократилась с 75% до 26%.

Оставшийся срок жизни планеты составляет не более 2 миллиардов лет. Соответственно за данный период развития человечеству предстоит разработать технологию для обнаружения дальнейших мест существования. Но эта перспектива очень отдаленная и абстрактная. Например, В.Ф. Пряжин указывает, что невероятно огромные пространства Вселенной не оставляют возможности для путешествия по ним классических биологических организмов. Путешествовать может лишь систематизированная информация, передаваемая как минимум со скоростью света.<sup>4</sup> Ж.П. Сартр по этому вопросу отмечал следующее «я пришел в ужас, когда в моем присутствии изложили гипотезу возможного уничтожения нашей планеты, пусть хотя бы и через пятьдесят тысяч лет, вследствие какой-либо мировой катастрофы; и сегодня, уже основательно освободившись от былых иллюзий, я не могу без страха думать о том, что Солнце остынет».<sup>5</sup>

Вопрос экологии, это вопрос выживания человека как биологического вида. Но человек ценен не как тип *Homo Sapiens*, а как биологический тип, который также и мощнейший источник духовно-культурной информации, способ ее сохранения и передачи. Человек является требовательным в отношении климата, температуры, питания, наличия кислорода и воды. Цунами в индийском океане в 2004 году, один из основных ударов которого пришелся на Таиланд, наводнение в Мьянме в 2008 году (число пострадавших до 2,5 млн человек), землетрясение в Пакистане 2005 года в результате которого погибло более 80 тысяч человек и пострадали свыше 100 тысяч, недавнее землетрясение в китайской провинции Сычуань, постоянное повышение обычной температуры

1 См.: Население и глобализация: 2-е изд./ Н.М. Римашевская, В.Ф. Галецкий, А.А. Овсянников и др. – М.:Наука, 2004. С.9.

2 См.: Вернадский В.И. Научная мысль как планетарное явление. М.1991.С.144.

3 См.: Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.292.

4 См.: Пряжин В.Ф. Новая идеология для человечества / Предисловие Генерального Секретаря ОБСЕ Марка Перрен де Пришамбо. Предисловие д.т.н. А.П.Федотова.М.: Издательство «Весь Мир», 2008.С.113.

5 См.: *Az.egiszencializmus*.Budapest, Gondolat, 211-212 old;Пряжин В.Ф. Новая идеология для человечества / Предисловие Генерального Секретаря ОБСЕ Марка Перрен де Пришамбо. Предисловие д.т.н. А.П.Федотова.М.: Издательство «Весь Мир», 2008.С.90.

в летнее время в Европе, землетрясения в Японии в первом квартале 2011 года с последующими взрывами на атомных станциях унесшими более 10 тысяч жизней людей – глобальные катастрофы и свидетельства глобальных изменений в природе, после которых мир не будет таким как раньше.<sup>1</sup> Миллионы автомобилей, тысячи самолетов, сотни ракет ежеминутно уничтожают кислород земной атмосферы, в то время как естественному восполнению этих потерь препятствуют вырубки лесов, превратившиеся мало-помалу в трагедию обезлесения и опустынивания.<sup>2</sup> Двуокись серы и разные соединения азота окисляют капли воды, содержащихся в облаках, которые потом выпадают в виде дождя или снега и отравляют почву, леса и водоемы. В США, Германии, Чехии, Словакии, Нидерландах, Швейцарии, Австралии и других странах вымирает озерная рыба, леса превращаются в стойбища мертвых деревьев.<sup>3</sup> Хлорфторуглероды и другие промышленные газы разрушают озон (O<sub>3</sub>), который концентрируется в стратосфере на высоте 20-35 км над землей и защищает живые организмы от сильного ультрафиолетового излучения Солнца. Антарктика, Австралия, Новая Зеландия, Арктика, Восточная Сибирь и другие регионы испытывают периодическое утончение озонового слоя, что приводит к появлению «озоновых дыр», поражению биологического состояния людей и животных, подавлению иммунных систем, снижению урожайности и другим негативным последствиям. Кроме того, как указывает Ю.В. Шишков, ультрафиолетовое облучение ускоряет генетические изменения клеток высших растений и животных, включая людей, увеличивая скорость естественных мутаций в тысячи раз.<sup>4</sup>

В результате масштабных выбросов двуокиси углерода (CO<sub>2</sub>), метана, окиси азота средняя температура земной поверхности за сто лет повысилась на 0,8 по Цельсию, уровень Мирового океана поднялся не менее чем на 10 см.<sup>5</sup> Начинается процесс таяния вечной мерзлоты, что может привести к структурным разрушениям фундаментов в десятках городах и еще большему выбросу метана, который усиливает «парниковый эффект». За последние 50 лет число людей, погибших от тайфунов, землетрясений и наводнений, составляло ежегодно в среднем 46 тысяч, не считая гибели животного мира и не принимая во внимание материальный ущерб.

Промышленный и научно-технический прогресс оборачивается катастрофическим ухудшением состояния среды обитания на нашей планете.<sup>6</sup> Сокращение численности биологических видов и ареалов обитания происходит с той же скоростью, с какой в меловом периоде вымирали динозавры.<sup>7</sup> Если биологическое разнообразие будет уничтожаться такими темпами, как они

---

1 См.: Новиков А.А. Планетарное государство – глобальная экономическая и социальная модель. – М.: Спец-Адрес, 2008.С.9.

2 См.: Пряхин В.Ф. Новая идеология для человечества / Предисловие Генерального Секретаря ОБСЕ Марка Перрен де Пришамбо. Предисловие д.т.н. А.П.Федотова.М.: Издательство «Весь Мир», 2008.С.45.

3 См.: Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.299.

4 См.: Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.299.

5 Там же. С.300.

6 См.: Пряхин В.Ф. Новая идеология для человечества / Предисловие Генерального Секретаря ОБСЕ Марка Перрен де Пришамбо. Предисловие д.т.н. А.П.Федотова.М.: Издательство «Весь Мир», 2008.С.15.

7 См.: Хен Ю.В. Глобализация как фактор эволюции homo sapiens //Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / Рос.акад.наук, Институт философии; Отв.ред. Ю.В.Хен. – М.: ИФРАН, 2010.С. 36.

сложились на начало 90-х гг. XX столетия, то уже через 50 лет оно сократится на 30-50%, а прошедшее десятилетие к началу конференции ООН «Рио + 10» показало, что уничтожение биоразнообразия хозяйствующим человечеством не убывает.<sup>1</sup>

В контексте геополитического развития регионов негативные последствия данных процессов проявятся в том, что территория развивающихся стран густонаселенной Азии, в результате различных природных катаклизмов и техногенных катастроф, ураганов, наводнений и засух станет не пригодной для проживания и работы для огромного населения, что приведет к неконтролируемым миграционным процессам.<sup>2</sup>

Однако характер упорядочивания представленных проблем не является таким, который способен эффективно устранить наносимый вред человечеству. Несмотря на то, что существует масса международных организаций и институтов по защите окружающей среды, такие как Гринпис, Международный зеленый крест, Европейское экологическое агентство, ЮНЭП (United Nations Environmental Programm) и другие организации, заключены определенные международные соглашения (в том числе Монреальское и Киотское соглашение), государственная политика остается потребительской. Так как государства постоянно находятся в состоянии экспансии друг друга и отказ от использования какого-либо природного источника будет равняться предоставлению такой возможности другому государству, и источник будет использован в любом случае. Государства если и бывают склонны тратить свои ресурсы на решение подобных целей, то лишь в случаях, когда уверены в совпадении интересов глобального развития со своими собственными национальными интересами.<sup>3</sup>

Международные организации, как правило, обладают ограниченными ресурсами и зависят в их получении от государств, а частный бизнес мотивирован к участию в глобальных проектах на коммерческой основе при условии их рентабельности (при этом внедрение экологоемкого производства как правило уменьшает рентабельность).<sup>4</sup>

Как справедливо указывает Ю.В. Шишковым, «даже осознав многие (хотя и не все) аспекты порожденной им деградации природной среды, человечество не в состоянии остановиться и продолжает вести себя в природной среде обитания как слон в посудной лавке. Безмерно разросшаяся популяция «человека разумного» с ее неудержимо растущим потреблением природных ресурсов и столь же непрерывно растущими производственными и бытовыми отходами неуклонно движется к экологическому тупику».<sup>5</sup> Потому решение указанных проблем в настоящий момент может осуществляться только как межгосударственная функция.<sup>6</sup>

---

1 См.: Субетто А.И. Устойчивое развитие человечества и России в XXI веке в контексте проблемы сохранения этнокультурного и биологического разнообразия арктических регионов России //Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / Рос.акад.наук, Институт философии; Отв.ред. Ю.В.Хен. – М.: ИФРАН, 2010.С. 229.

2 См.: Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.164.

3 Современные глобальные проблемы / Отв. Ред. В.Г.Барановский, А.Д.Богатуров. – М.: Аспект Пресс, 2010.С.27.

4 Там же. С.27.

5 Там же. С.293

6 См.: David Beetham and Kevin Boyle. Introducing democracy: 80 questions and answers. Policy Press, Blackwell Publishers Ltd,1995.P.130.



Но достаточно ли обычного международного сотрудничества? Мы уже достаточно долго живем в условиях относительно развитого международного права, сформированных международных организаций и даже большого числа частных структур, так или иначе занимающихся обеспечением основополагающего права человека на окружающую среду. Существуют международные программы, например, программа ООН по окружающей среде или ЮНЕП (англ. UNEP, United Nations Environment Programme). Кроме того, в основных законах каждого государства закрепляются соответствующие нормы. Например, статьей 42 Конституции РФ предусмотрено, что каждый имеет право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение ущерба, причиненного его здоровью или имуществу экологическим правонарушением. Схожие нормы закреплены в основных законах Евросоюза, США, Китае и других зарубежных странах. Однако, когда сталкиваются геополитические и экономические интересы государств экология не только становится на низшую ступень приоритетов, но и используется в качестве национального оружия, как в значении его техногенного воздействия, так и способов сдерживания неблагоприятных решений других стран.

Таким образом, к настоящему моменту существующий механизм политического и нормативного правового регулирования оказывается неэффективным. Представляется, что единственным условием, при котором будут отсутствовать всякие предпосылки для разрушения целостности ноосферы является создание такой политической организации общества, при которой будут отсутствовать национальные интересы, разумеется, с сохранением всего имеющегося человеческого культурного многообразия. Таковой и выступает мировое государство как будущая общечеловеческая система управления. Мировое государство, конечно, может иметь разную степень совершенства. Оно также может иметь провалы. Но в случае использования всечеловеческой модели, одному объекту управления, в данном случае – глобальным проблемам ноосферы, будет противостоять один субъект управления.

В обществе единой политической организации, во-первых, будут отсутствовать предпосылки для существования части глобальных проблем ноосферы. Например, не будет необходимости в строительстве вооружения и ядерного оружия больше необходимой минимальной нормы (в настоящем времени оно используется как фактор сдерживания в международных отношениях). Не будет необходимости выкупать квоты загрязнения окружающей среды одними государствами у других в связи с договорным ограничением максимальных выбросов.

Во-вторых, те из глобальных проблем ноосферы, которые останутся, будут решаться оперативно и согласованно. Для принятия каких-либо мер не потребуется ждать одобрения и (или) подписания договора определенным количеством государств, станет возможным использовать все территории Земного шара для создания равномерного и рассредоточенного воздействия на нашу планету. Кроме того, будет исключена политическая составляющая в

принятии социально важных решений. Таковая, легко прослеживается в ситуации, когда используется право вето в Совете безопасности ООН.

Наконец будет установлен один политический макросубъект, который будет нести всю ответственность за все природные процессы, в том числе катаклизмы, возникающие в окружающей среде вследствие антропогенного вмешательства.

Подводя итог, можно сделать вывод, что значительное усиление глобальных проблем ноосферы ставит перед международным сообществом неизбежную задачу по совместной кооперации. В данном исследовании была рассмотрена только одна из множества предпосылок для интеграции государств, не затрагивая при этом вопросы обеспечения демократии, конкуренции и других форм его внутренней организации. Вместе с тем глубокое изучение указанной проблемы показывает неспособность в настоящее время человека абстрагироваться от личных, групповых, и государственных интересов и посмотреть на себя как на частичку единого, великолепного и прекрасного создания – человечества. Мировое государство это не централизация власти, это не покорение культур. Это лишь способ правильной самоорганизации людей во всемирном масштабе, который поможет научиться контролировать деструктивные особенности всеобщего человеческого существования. Ведь для того, чтобы дружить с природой, нужно как минимум научиться дружить друг с другом.

## **«Махновская республика»: опыт государственного управления**

Неверова Елена Владимировна,  
студентка 2 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Емцов Григорий Николаевич,  
к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права  
Юридического института СФУ

В период Гражданской войны в России насчитывалось достаточное количество различных политических сил, преследовавших свои собственные цели и оказывавших заметное влияние на развитие событий и ход истории в целом. Было бы ошибкой недооценивать значимость таких политических блоков, к которым относилось движение Н.И. Махно. Тема «Махновщины» – политического движения на юге Украины в 1918-1921 г.г. – является одной из ключевых для понимания сущности Гражданской войны. Махновское движение интересно, прежде всего, тем, что оно являлось принципиально иной политико-правовой альтернативой основным участникам Гражданской войны. Махновцам были чужды буржуазные ценности «белых». В тоже время они не могли принять пролетарской политики «красных». Находясь между двумя огнями, махновцы нередко вынуждены были воевать и с теми, и с другими. Самобытность махновского движения обуславливалась тем, что оно опиралось на украинское крестьянство, которое обладало особым мировоззрением и взглядом на роль государства в жизни общества. Заручившись поддержкой крестьянства, повстанцы, в ряду которых в основном преобладали представители идей анархо-коммунизма, решили создать общество без государства. Такая идея была с воодушевлением принята крестьянами, не видавшего на своем веку ничего хорошего от государства. Сложно переоценить роль крестьянства в махновском движении – крестьяне составляли значительную часть повстанческой армии, а также обеспечивали армию необходимыми ресурсами.

Таким образом, Махновская республика представляет собой уникальный эксперимент попытки создания политической организации общества без создания государственных институтов. В этой связи возникает ряд закономерных вопросов. Во-первых, удалось ли махновцам создать негосударственную организацию? Или в случае с Махновской республикой мы имеем дело с образованием государственно-организованного общества? Во-вторых, в чем заключались специфические особенности организации власти и управления на территории, контролируемой махновцами? Поиск ответов на эти вопросы составили основу данного исследования.

Отвечая на первый вопрос (о применимости понятия «государство» к махновской организации), необходимо обратиться к учению о признаках государства. Традиционно в юриспруденции в рамках классического подхода к

определению государства выделяются три обязательных элемента государства: суверенная власть, территория и население (Г. Еллинек, Л. Дюги, Н.Н. Алексеев и др.)<sup>1</sup>. Также в качестве признаков государства иногда выделяют: монополию на издание законов и возможность использования мер принуждения<sup>2</sup>. На наш взгляд, Махновская республика обладала всеми указанными признаками государства.

Рассмотрим первый признак: территория. Республика махновцев располагалась на Юго-Востоке Украины, занимая территорию от Днестра до Дона. Республика обладала устойчивыми границами и находилась под защитой Революционной Повстанческой Армии Нестора Махно. Ряд районов обладал особой значимостью, например, Екатеринославская губерния, на территории которой располагались стратегически важные для махновцев города: Екатеринослав, Бердянск, село Гуляйполе и т.д. Вопрос о территориальных границах весьма важен для любого государства. Обычно он регламентируется в правовых актах. Анализ правовых источников позволяет сделать вывод о примерных границах территории, о факте защиты этих границ (воззвания к населению о защите границ<sup>3</sup>, а также приказы по армии<sup>4</sup>). Также упоминаются основные населенные пункты, в которых нормативными актами махновцев закреплялась их верховная власть. Некоторые органы махновской администрации юридически «привязывались» к определенным административно-территориальным единицам. Например, в документах нередко упоминается районный Гуляйпольский ревком – чрезвычайный орган, полномочия которого распространялись на территорию Гуляйполя.

Рассмотрим второй признак: население. Как правило, основу населения государства составляет та часть общества, которое добровольно соглашается подчиняться носителям верховной власти в этом государстве. При этом личность связывает себя с государством. Эта связь проявляется в наличии возложенных государством на личность обязанностей и предоставлении ему определенных прав. В Махновской республике мы можем наблюдать доказательства того, что значительная часть населения осознанно связывала себя с махновской властью. Так, в Республике формально не существовала воинская повинность, армия была добровольной. И крестьяне, связывая свою жизнь с новой властью, составляя 90% Повстанческой армии. Кроме того, Н. Махно и руководящий армейский состав нередко требовали от крестьянского населения продукты, деньги, лошадей и т.д. Можно допустить, что в такой натуральной форме осуществлялся сбор налогов в пользу государства. Причем, крестьяне в большинстве случаев отдавали свое имущество без насильственного принуждения, воспринимая подобные реквизиции как должное.

1 См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1903. С. 90; Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 101 – 194; Алексеев Н.Н. Современное положение науки о государстве и ее ближайшие задачи // Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 403.

2 См. напр.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. А.Ф. Черданцева. М., 2002. С. 86-90.

3 Воззвание «Все как один к оружию!» командира 10-й бригады повстанческих войск имени батько Махно Чалого: Нестор Махно. Крестьянское движение на Украине 1918–1921: документы и материалы. / под ред. В. Данилова и Т. Шанина. Москва: РОССПЭН, 2006. С. 374-375.

4 Приказ № 1 командира 2-го Азовского повстанческого корпуса Т. Вдовина волостным и сельским Советам, другим организациям и властям об аресте дезертиров, покинувших Повстанческую армию: Нестор Махно. Крестьянское движение на Украине 1918–1921: документы и материалы. / под ред. В. Данилова и Т. Шанина. Москва: РОССПЭН, 2006. С.225-226.

Рассмотрим третий признак: суверенная власть. Государство – организация публичной власти, не совпадающая с основным населением и осуществляемая особым аппаратом. Наличие властного аппарата является неотъемлемым элементом любой государственной организации. В Махновской республике такой аппарат, несомненно, был. Гуляйпольский революционный штаб, Реввоенсовет Повстанческой армии, Съезды крестьянских, рабочих и повстанцев, а также другие органы власти и управления обеспечивали правопорядок на контролируемой территории. При этом есть все основания утверждать, что государственная власть, исходящая от указанных органов, обладала суверенитетом, т.е. и верховенством во внутренней политике независимостью во внешней.

Внутреннее верховенство выражалось в пресечении любых попыток навязать крестьянству идеологию, противоречащую целям махновского движения. Так, например, командир партизанского отряда повстанческой армии Яценко, выступивший с воззванием выступить против «кровоийцев-коммунистов» на стороне Русская Армии (т.е. в союзе с белогвардейцами), был расстрелян махновцами за пободную пропаганду. Что касается внешнего суверенитета, который заключается в возможности самостоятельно осуществлять внешнюю политику, то здесь вывод основывается на следующей логике. Из-за своего географического положения Махновская республика не имела возможности активно взаимодействовать с другими государствами. Поэтому единственной сферой, в которой хоть как-то проявлялась дипломатия Н. Махно, была сфера взаимоотношений с РСФСР. Здесь мы видим, с одной стороны, попытки большевиков подчинить себе «гуляйпольскую вольницу», а с другой стремление махновцев сохранить политическую самостоятельность и независимость. Но несмотря на официальные заявления руководителей Советской России о том, что они не признают за республикой «суверенных прав»<sup>1</sup>, на практике махновское государство оставалось вне юрисдикции РСФСР. Сам факт неоднократных переговоров и заключения военно-политических союзов между РСФСР и Махновской республикой уже является подтверждением признания ее «де-факто» со стороны большевиков. Махновцы самостоятельно утверждали свою систему органов, отличных от большевистских, а законы РСФСР не имели юридической силы на территории республики. На территории «Махновии» действовала даже собственная денежная система. Иллюстрацией того, что в отношении в Москвой повстанцы сохраняли за собой за собой суверенные права, служит заявление, сказанное Н. Махно на Втором съезде фронтовиков-повстанцев, рабочих и крестьянских Советов, отделов и подотделов военно-полевого штаба Гуляйпольского района (12 февраля 1919 года, с. Гуляй-Поле): «Если товарищи большевики идут из Великороссии на Украину помочь нам в тяжелой борьбе с контрреволюцией, мы должны сказать им: “Добро пожаловать, дорогие братья!” Но если они идут сюда с целью монополизировать Украину, мы скажем им: “Руки прочь!”»<sup>2</sup>.

1 Приказ РВС Республики о разрыве отношений с Махно: Нестор Махно. Крестьянское движение на Украине 1918–1921: документы и материалы. / под ред. В. Данилова и Т. Шанина. Москва: РОССПЭН, 2006. С. 164.

2 Белаш А. В., Белаш В. Ф. Дороги Нестора Махно. Киев: РВЦ "Проза", 1993. С. 80

Рассмотрим четвертый признак: монополия на издание законов. Законотворческая деятельность является важной чертой верховной власти в любом государстве. Этот признак можно рассматривать как одну из форм выражения «внутреннего суверенитета». В Махновской республике таким правом обладал, прежде всего, лидер движения – сам Нестор Махно. Обычно он облачал свою волю в воззваниях, приказах, а также телеграммах<sup>1</sup>. Кроме того, правом издавать приказы обладали военные начальники в городах и селах. Другим важным субъектом законотворчества с известной долей упрощения можно назвать общие собрания граждан, а также съезды. Именно таким представлялось управление в программных документах Махно: весь народ участвует в управлении, решая наиболее важные, принципиальные вопросы. На съездах, как правило, принимались резолюции, содержавшие в себе программные положения: земельный вопрос, вопросы государственной организации, положения о правах человека. Но во всех названных случаях принятые постановления оформлялись как акты государственной власти. Никто не мог от своего собственного имени издавать властные предписания. Даже сам «батько Махно» издавал свои приказы не как Нестор Махно, а как «командующий революционной повстанческой армией Украины», т.е. глава Республики.

Рассмотрим пятый признак: возможность организованного принуждения. Для претворения в жизнь своих властных постановлений государство создает специальные органы принуждения. Эти органы обеспечивают исполнение законов там и тогда, где и когда они не исполняются добровольно. В Махновской республике вопросы дисциплины и правопорядка занимали важное место. Поэтому клеймение махновцев как «шайки бандитов» и «уголовных элементов» является явно необоснованным. Правда, нельзя не признать, что и у махновцев существовали проблемы с дисциплиной как в рядах армии, так и на местах. Об этом неоднократно упоминается в правовых источниках. Например, Военный Революционный Совет, который являлся чрезвычайным органом власти махновцев, в своей деятельности нередко использовал методы, мало чем отличающиеся от методов ВЧК. Неслучайно, на Втором Съезде фронтовиков-повстанцев, рабочих и крестьянских Советов участники движения крайне негативно отзывались о деятельности так называемых «чрезвычайек», созданных большевиками<sup>2</sup>.

Собирая воедино все признаки, мы можем утверждать, что Махновская республика подходит под определение государства. Отсюда вытекает закономерный вывод: отрицая государство как форму организации общества, махновцы, тем не менее, создали политическую организацию государственного типа.

Принципиальным вопросом, логически следующим из данного вывода, является вопрос о форме махновского государства. Форма государства включает

---

1 Телеграмма Н.И. Махно из штаба 1-й повстанческой дивизии «Всем, всем, всем»: Нестор Махно. Крестьянское движение на Украине 1918–1921: документы и материалы. / под ред. В. Данилова и Т. Шанина. Москва: РОССПЭН, 2006. С. 165.

2 Протокол 2-го Гуляй-Польского районного съезда фронтовиков, Советов и подотделов: Нестор Махно. Крестьянское движение на Украине 1918–1921: документы и материалы. / под ред. В. Данилова и Т. Шанина. Москва: РОССПЭН, 2006. С. 87.

в себя три элемента: форму правления, форму политического режима и форму государственного устройства.

Рассмотрим первый элемент: форму правления. Программа движения махновцев предусматривала создание Советского строя, основанного на народном самоуправлении<sup>1</sup>. Практическая организация идеи самоуправления виделась махновцам в организации общества снизу силами трудящихся при защите повстанческой армии и в рамках Советской власти как оптимальной формы народного правотворчества. Советы безоговорочно признавались в качестве осуществления народной социальной революции – освобождения трудящихся от гнета капитала и государства. Эта советская власть была отличной от той, которая насаждалась большевиками на Украине. Главное отличие состояло в принципах формирования и деятельности Советов. Это были «вольные Советы» («безвластные»), избираемые всем трудовым населением, а не назначаемые сверху. Создавались они для определения основных народнохозяйственных задач и их осуществления в интересах всего трудового народа, а не одного определенного класса. По мнению Н. Махно, большевистские Советы извратили их суть, оторвались от народа и обюрократились, а Советская власть превратилась в диктатуру одной партии. Поэтому своим главным политическим лозунгом махновцы выдвинули лозунг борьбы за «подлинный советский строй», «вольные трудовые советы», свободно избираемые крестьянами и рабочими без диктата какой бы то ни было партии. Таким образом, можно сделать вывод, что по форме правления махновское государство являлось Республикой Советов.

В качестве первоочередной задачи с начала своей политической деятельности и в последующий период участники махновского движения ставили созыв Всеукраинского съезда Советов, который должен определить и решить жизненные проблемы трудового народа. На контролируемой махновцами территории они попытались организовать «настоящую Советскую власть». Созывались съезды Советов, где все вопросы, как правило, решались демократическим путем. Повсеместной была практика общих собраний, волостных, сельских сходов, где принимались коллективные решения по основным проблемам текущей жизни.

Анархисты, выступая основными идеологами движения, предложили конкретный механизм организации власти на территории «Махновии». По их плану, крестьяне и рабочие сел и городов, освобожденных махновцами, должны «восстановить вольные организации» – профессиональные союзы, фабричные, заводские и крестьянские комитеты – и в каждом районе созывать их общие съезды (конференции) для обсуждения и решения насущных вопросов. С течением времени конференции должны превратиться в экономические Советы рабочих и крестьянских организаций, которые бы действовали в качестве постоянного органа исполнительной власти, и выполнять волю общих собраний, сходов, совещаний, съездов рабочих и крестьян данного района. В дальнейшем, по мере распространения власти махновцев на другие территории,

---

<sup>1</sup> Резолюция II съезда участников движения: Нестор Махно. Крестьянское движение на Украине 1918–1921: документы и материалы. / под ред. В. Данилова и Т. Шанина. Москва: РОССПЭН, 2006. С. 86.

подобная структура Советов создавалась бы и там. Между всеми районами «Махновии» действующие «вольные Советы» установили бы товарную связь, и таким образом возник бы «подлинный советский рабоче-крестьянский строй без власти». В такой форме махновцы рассчитывали претворить в жизни анархистскую модель организации общества. Фактически же, здесь наблюдается несоответствие идеи упразднения всякой власти одновременной организации органов, объективно представляющими собой властные органы.

Рассмотрим третий элемент формы государства: политический режим. Важным вопросом в жизни любого государства является правовое положение личности. Вопрос политических прав и свобод человека и гражданина частично отразился в правовых документах Махновской республики. В частности, в резолюции Третьего съезда участников махновского движения было выдвинуто требование полной свободы слова, печати собраний всем политическим левым движениям, а также неприкосновенности личности работников партий левых революционных организаций и вообще трудового народа<sup>1</sup>. В этой связи стоит отметить, что участники движения, значительную часть которых составляли анархисты, большое внимание уделяли политической свободе, причем в контексте свободы от дискриминации по политическому признаку. Они утверждали, что политические взгляды трудового народа, даже его беспартийность, не имеют принципиального значения. Естественно, если народ служит революции или, по крайней мере, одобряет ее. Кроме того, в своих воззваниях участники движения указывали на недопустимость дискриминации по национальному признаку, поскольку все люди, по мнению махновцев, так или иначе, подвержены угнетению со стороны государства<sup>2</sup>. Таким образом, махновцами признается равенство правового статуса внутри движения, то есть равенство между теми, кто положительно относится к революции и, так или иначе, участвует в «борьбе против капитала и государства». Вместе с тем, приходится констатировать, что на практике демократический подход нередко переплетался с явно недемократическими методами управления. Власть Махно во многом носила авторитарный характер и обеспечивалась силовыми средствами, в том числе показательными расстрелами за нарушение дисциплины. По сути Махновская республика обладала многими чертами военной диктатуры.

Третьим элементом формы государства является государственное устройство. Исходя из смысла анархистской идеологии и программных документов махновского движения, можно сделать вывод о приверженности махновцев федеративному устройству. Но обстановка гражданской войны вынудила использовать методы унитарного государства.

Особый характер махновского движения был обусловлен активным участием в нем анархистов. Необходимо понимать, что идеи анархизма оказали значительное влияние на формирование мировоззрения махновцев. Анархисты

---

1 Резолюция III съезда участников махновского движения / Хрестоматия по отечественной истории (1914–1945 гг.) // Московский педагогический государственный университет; под ред. А.Ф. Киселева, Э.М. Шагина. М.: гуманитарный издательский центр ВЛАДОС, 1996; с. 225–227

2 Резолюция III съезда участников махновского движения / Хрестоматия по отечественной истории (1914–1945 гг.) // Московский педагогический государственный университет; под ред. А.Ф. Киселева, Э.М. Шагина. М.: гуманитарный издательский центр ВЛАДОС, 1996; с. 225–227



представляли политическое ядро Махновской республики, руководили культурно-просветительной комиссией Революционной Повстанческой армии, издавали газеты. Участники движения, вдохновленные идеями анархо-коммунизма, выступали за отмену всякого рода власти, которая, по их мнению, ограничивает свободу человека – высшую ценность. Следуя такой логике, махновцы ратовали за упразднение любого рода государства, как механизма угнетения человека. Создание самоуправляемых общин, по мнению махновцев, решило бы проблему ограничения человеческой свободы и представлялось наиболее совершенной организацией общества. Такая организация едва ли осуществима на практике. Не была она и организована в Махновской республике.

Республика Махно являлась государством, так как соответствовала всем его основным признакам. В правовых документах декларировалась как демократическая «Республика Советов», но на практике представляла собой государство с авторитарным режимом Н.И. Махно и диктатурой Военного Революционного Совета. Воплотить идею самоуправления народа не удалось также и потому, что формирование Махновской республики происходило в условиях гражданской войны, которые требовали более широкой централизации и использования силовых методов управления.

## Развитие института собственности в римском праве

Самсонова Елизавета Андреевна  
студентка 1 курса Иркутского юридического института (филиал)  
Академии Генеральной Прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Дицевич Ярослава Борисовна,  
доцент кафедры прокурорского надзора и участия прокурора в  
рассмотрении гражданских и арбитражных дел  
Иркутского юридического института (филиал)  
Академии Генеральной Прокуратуры РФ

*«История римского права есть самая длинная из всех историй  
человеческих установлений.»*  
Г. С. Мэн, английский историк права, 1873

С древнейших времен люди в процессе своей жизнедеятельности вступают между собой в определенные отношения, большинство из которых регулируется нормами права, и, соответственно, называются правовыми отношениями.

Значительная часть правовых отношений возникают по поводу создания, приобретения, отчуждения, использования, передачи различного имущества. Это имущественные отношения, они неоднородны и регулируются в настоящее время нормами различных отраслей права, в числе которых и гражданское право. Основным источником, из которого берет начало мировая правовая культура, является римское частное право.

Право собственности во всякой системе права является одним из центральных правовых институтов, предопределяющим характер многих других институтов частного права (договора, брака, наследования). И в римском праве оно выражено в самой ясной форме. Римское право покоилось на частной собственности. Классическая римская собственность была высшим проявлением господства лица над землей и рабами. Однако выработка понятия права собственности происходила весьма медленно<sup>1</sup>.

На раннем этапе развития римского права понятия собственности как такового не существовало, как не существовало и различий между понятиями «собственность» и «владение». Таким образом, на данном этапе присутствует господство или фактическая власть над вещами, причем она еще не отличается от прав на сами эти вещи. Вместе с тем, к самой собственности как к явлению римляне относились чрезвычайно бережно и щепетильно. На ее охрану и защиту была мобилизована сила всей государственной машины, а малейшее посягательство на неприкосновенность государственной, а позднее и частной

---

<sup>1</sup>Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 212

собственности рассматривалось как осквернение и нарушение сакральной основы существования римского права, его самой глубинной сущности – его справедливости.

Многие римские юристы этого периода пытались создать нечто единое в понимании права собственности. Сформулировать то, что могло бы более точно определить и передать саму природу и колоссальное значение права собственности. Таким образом, римские юристы выражали понятие «собственность» через призму правомочий собственника *uti, frui, habere, possidere* (извлечение доходов, пользование, обладание и владение).

*Usus* – это право извлечения из вещей какой-либо пользы без ее изменения или ее потребления, что возможно лишь применительно к тем видам имущества, которые невозможно потребить. *Frui* относится к актам пользования, состоящим в потреблении плодов, периодически производимых вещью, без изменения ее сущности. Термин «иметь» (*habere*) следует понимать как обладание, имеющее реальные последствия. *Possidere* относится к *possessio*, то есть к ситуации фактического владения вещью, которое претор защищает своими интердиктами<sup>1</sup>.

Юристы классической эпохи четко отличали владение от собственности и в связи с этим выделяли три возможные ситуации: 1) владелец, который в то же время является собственником вещи; 2) владелец, который не является собственником вещи; 3) собственник вещи, не являющийся ее владельцем.

Собственно институт права частной собственности сформировался только ко II в. до н.э., в результате многолетних споров. В конце классического этапа развития римского права в III в. н. э. разработка частноправового понятия собственности была завершена, и обычным обозначением для собственности с этого времени стал термин – *proprietas*. Этот термин обозначал собственность, как особо характерное отношение господства над вещами, высшее среди других.

Понятие *dominium* появляется в юриспруденции только в конце республиканского периода развития римского государства. Оно относится к власти или возможностям собственника как *dominus*, то есть господина или хозяина вещей. С этих пор началось постепенное «выдавливание» посессии (*possession*) (древнейшей формы господства над вещью) доминиумом (*dominium*). При этом отличия состояли в том, что *possession* являлось фактическим исключительным правом обладания вещью, а *dominium* – юридически оформленным правом собственности, потому что именно последнее характеризовалось гораздо большей «стабильностью и гарантированностью»<sup>2</sup>.

Если обратиться к содержанию понятия права собственности, то в классическом этапе развития римского права под собственностью понималось неограниченное и исключительное правовое господство лица над вещью; право, свободное от ограничений по самому своему существу и абсолютное по своей защите.

<sup>1</sup> Римское частное право: казусы, иски, институты / Перевод с испанского; Отв. Ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. – С. 309

<sup>2</sup> Римское право: учеб. пособие для студентов вуза / А.А. Иванов – М.: ЮНИТИ-ДАНА, закон и право, 2008. – С. 189

В дальнейшем обычное право, закон и преторское право во многих отношениях ограничили свободное осуществление права собственности соображениями «общего блага» и интересами определенных частных лиц, преимущественно соседей. В императорскую эпоху понятие собственности было юристами утончено и понималось как право по существу свободное. Ограничения требовали всегда особых обоснований. Отсюда вытекали важные последствия. Собственник не обязан был доказывать свободу своей собственности – свобода эта презюмировалась; наоборот, всякая необходимость собственности должна была быть доказана. Собственник не мог иметь на свою вещь никаких иных прав, кроме права собственности, и если к нему переходила в собственность вещь, на которую раньше он имел какие-нибудь ограниченные права, то они прекращались, растворяясь в его праве собственности<sup>1</sup>.

Главной ценностью любой социально организованной структуры того времени была земля. Следовательно, важнейшим видом собственности должна была быть собственность на землю. Изначально единственно легитимной была общая квинритская собственность (*dominium ex jure Quiritium*). Право собственности в его самом полном и всеобъемлющем виде принадлежало римской родовой общине как таковой. Именно в ее рамках собственность на землю и рассматривалось как право римских граждан на владение ею, а также тех немногих неграждан, которые были наделены правом участия в коммерческом обороте (*jus commercii*). Но это была собственность всего римского (патрицианского) общества, частью которой от его имени наделялись все соплеменники на праве законного владения (*jus possessio*).

Именно в отношении общественной земли (*ager publicus*) неизменно разгорались жаркие споры. Кроме постоянных претензий друг к другу в патрицианской среде, добавлялось неизменное недовольство обделенных земель плебеев. О накале страстей вокруг *ager publicus* свидетельствует обвинение в стремлении к царской власти и казнь автора первого аграрного законопроекта Спурия Кассия в 486 г. До н.э.. В законах XII таблиц находит свое отражение появление семейной собственности, и проводится разделение на недвижимое (*familia*) и движимое имущество (*res cupia*). Порядок отчуждения последнего был искусственно усложнен (обряд манципации, определенные ограничения завещания земля и т.п.).

С течением веков свободной земли практически не осталось, в то время как сверх состоятельных (и просто состоятельных) владельцев общинной италийской земли их статус временных держателей не устраивал все больше и больше. Именно с поисками какого-то компромисса в сфере земельных отношений и связаны многочисленные попытки реформ времен поздней Республики (например, братьев Гракхов). Завершением споров стали законы Спурия Тория (118-111 гг. до н.э.), которые были направлены на прекращение и полный запрет в дальнейшем передела общинно-государственных земель. Это способствовало превращению владельцев участков италийской земли в их

---

<sup>1</sup>Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 214

законных собственников и, по сути, привело к образованию института частной собственности на землю<sup>1</sup>.

В римском обществе вырабатывалось несколько крупных разновидностей правовых институтов собственности, поэтому практически на всем протяжении его истории различались цивильная (квиритская), преторская (бонитарная), перегринская и провинциальная собственность. Все эти разновидности обладали своим особым правовым режимом и оформлением. При этом основаниями их выделения были особый порядок приобретения и отчуждения, процедуры, сопровождавшие эти процессы, а также требования, предъявлявшиеся к субъектам соответствующих отношений.

Квиритская собственность могла принадлежать только полноправным римским гражданам и тем свободным негражданам, кто был наделен *ius commercii*. В рамках квиритской собственности имелось широкое многообразие различных ее разновидностей, определяемых особенностями правового регулирования отношений.

Так, различалась собственность индивидуальная и общественная. Индивидуальная (частная) собственность, естественно, принадлежала какому-либо физическому лицу, наделенному абсолютными правами на вещь. К общественной (публичной) собственности относились предметы, которым владела какая-либо публичная корпорация или государственная казна либо группа лиц, каждому из которых принадлежала доля, соответствующая размеру вложенных средств (*condominium*).

Издравле квиритская (цивильная) собственность могла переходить от одного хозяина к другому посредством двух видов процесса – манципации и фиктивного судебного процесса.

Бонитарная (преторская) собственность прочно вошла в жизнь древнеримского общества как сложившееся в развитом, классическом праве неформальное добросовестное приобретение, однако не признаваемое цивильным правом, но именно поэтому защищаемое претором как действительная собственность. В итоге в конце республиканского периода формализованная и крайне громоздкая квиритская собственность практически полностью была вытеснена преторской, более отвечающей потребностям коммерческого оборота<sup>2</sup>.

Прегринская собственность возникла на заре республики из права свободных иностранцев участвовать в торговом обороте между собой по *ius gentium* и с римлянами, в соответствии с нормами цивильного права, по *ius commercii*. Совершение сделок могло происходить посредством манципации и литеральных соглашений.

Провинциальная собственность сложилась как земли покоренных Римом народов, которые могли только «пользоваться» ею по своим законам, но она всегда оставалась собственностью Рима. Поэтому эти народы платили налог за пользование землей, что приносило существенные дополнения в

---

<sup>1</sup>Римское право: учеб. пособие для студентов вуза / А.А. Иванов – М.: ЮНИТИ-ДАНА, закон и право, 2008. – С. 190

<sup>2</sup>Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М.: Издательство Юрайт, 2010. – С. 232

государственную казну. Как правило, эти земли раздавались солдатам-ветеранам, колонистам и многим другим<sup>1</sup>.

Таким образом, формирование понятия права собственности (равно как и в целом института права собственности) в римском праве происходило весьма медленно, но, вместе с тем, данный опыт был весьма успешен, что явилось причиной его положительного влияния на дальнейшее развитие законодательства многих государств.

---

<sup>1</sup>Римское право: учеб. пособие для студентов вуза / А.А. Иванов – М.: ЮНИТИ-ДАНА, закон и право, 2008. – С. 194

## Судебный прецедент как источник права в странах «обычного права» и в России

Сухарева Ксения Сергеевна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Будилина Татьяна Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права  
Юридического института СФУ

В современном мире на международной арене все большей огласке придаётся феномен судебного прецедента. В рядестран практика применения данного явления уже была произведена, но была ли она успешной?

Первоначально, чтобы правильно определить предмет исследования, нужно пояснить, что ученые называют судебным прецедентом, в какой стране этот феномен появился и в какую эпоху, при каких условиях это явление возникло. Получив такие данные, можно определить судьбу судебного прецедента.

В природе нет "универсального" явления под названием "прецедент", как нет и аналогичного ему и адекватно отражающего его понятия, одинаково "приложимого" к любой национальной правовой системе, включая правовую систему России. В каждой национальной правовой системе и правовой семье имеют место свои особенности судейского права и, соответственно, судебного прецедента, а нередко - свое собственное представление о том, что собой представляет судебный прецедент.

Представлю некоторые, самые распространенные, определения феномена судебного прецедента.

Согласно наиболее распространенному в правовой литературе стран «обычного права» определению, прецедентное право представляет собой право, состоящее из норм и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения ими решения.<sup>1</sup> Прецедентное право, прежде всего, связано с деятельностью судов «обычного права» - суды в Англии, где централизованные королевские суды способствовали созданию единого общего для всей страны права. В результате понятия «прецедентное» и «общее право» применяются как синонимы.

Сами английские юристы определяют свое право как право судебной практики (*cause law*) и указывают, что судебное решение по какому-либо делу только в части аргументации выводов образует так называемое *ratio decidendi* (сущность решения), которое и понимается в качестве прецедента. Обстоятельства конкретного дела воспринимаются лишь как попутно сказанное (*obiterdictum*)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 25.

<sup>2</sup> Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 171.

На сегодняшний день, в юридических словарях, толкование прецедента таково: «Прецедент – (от латинского *praecedens / praecedentis /* - предшествующий; англ. *Precedent*) – поведение в определенной ситуации, которое рассматривается как образец в последующих аналогичных ситуациях»<sup>1</sup>.

Р. Давид дал следующее определение судебного прецедента: «Судебный прецедент - это решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел, либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы».<sup>2</sup>

Следует отметить, что понятие «судебный прецедент» не идентичен понятию «судебной практики». В термин «судебная практика» в юридической литературе по теории права и отдельным отраслевым дисциплинам вкладывается различное содержание, а «судебный прецедент» признается лишь одной из форм ее выражения.

Согласно точке зрения, высказывавшейся еще в 40-х годах прошлого столетия, о судебной практике можно говорить лишь по истечении нескольких лет, когда по определенной категории дел имеется более или менее установившееся положение. При таком понимании судебная практика определяется как установившаяся и определившаяся практика. Наличие определенной линии в деятельности судебных органов в отношении того или иного вопроса.<sup>3</sup>

В континентальном праве судебную практику исторически рассматривают в качестве синонима судебной деятельности в целом и как выработанные в ходе судебного разбирательства «судебные правовоположения», обладающие определенной степенью обобщенности, общепризнанности и обязательности.<sup>4</sup> Представляется, что это определение судебной практики более полно охватывает сферы судебной деятельности не оставляя за рамками единой системы такой ее вид как осуществление правосудия.

Во всех вышеперечисленных определениях, судебным прецедентом называют некий судебный опыт, а если точнее выразиться «формулу», на которую судьи ссылаются при вынесении решения каждого последующего, аналогичного предыдущему, дела. Но во всех ли странах применение данной «формулы» будет приемлемо? Для ответа на этот вопрос проведем небольшой экскурс в историю создания и развития судебного прецедента.

Предпосылками возникновения прецедента ученые правоведы признают, прежде всего, преемственность развития английского права, практически избежавшего влияния римского и канонического права, и зарождением в Англии в XIII в. сильной судебной власти.<sup>5</sup> Английское право прошло свой особый путь развития. Однажды созданное судебное решение стало обязательным правилом для последующего решения судьями аналогичных

<sup>1</sup> URL: [http://www.mos360.ru/law\\_dictionary/47842/47842.html?PAGEN\\_1=728](http://www.mos360.ru/law_dictionary/47842/47842.html?PAGEN_1=728) (Дата обращения: 28.03.2012)

<sup>2</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1976. С. 301.

<sup>3</sup> Орловский П.Е. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право, 1940. № 8-9. С.96.

<sup>4</sup> Боботов С.В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). М., 1994. С.108

<sup>5</sup> Решетников Ф.М., Апарова Т.В. Предисловие / Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 7.



вопросов. Постепенно сложилась определенная система решений, и появилось правило следования прецедентам вышестоящих судов. Судебное решение в английской правовой системе представляет интерес своей двойственной природой. С одной стороны, судебное постановление является частным случаем применения, а с другой - судебное решение само по себе порождает правовую норму, то есть становится прецедентом.

В странах «обычного права» судебный прецедент обязателен для применения. Обязательность применения судебного прецедента главным образом основана на доктрине прецедента, которая окончательно установилась в Англии в начале XIX века и первоначально приобрела «жесткую» форму. Гораздо позже принцип обязательности прецедента закрепился в других странах англо-американской правовой семьи: США, Канаде, Австралии и других. В настоящее время во всех странах «общего права» отмечается переход к «гибкому» принципу прецедента, позволяющему судам пересматривать установленные прецеденты. Тем не менее, данное обстоятельство не умаляет значения и авторитета правила прецедента, выработанного в ходе многовековой деятельности судов. В связи с этим Р. Кросс отмечал: «В настоящее время общее представление об английской доктрине прецедента сводится к следующему: каждый суд обязан последовать решению более высокого по положению суда, а апелляционные суды (кроме Палаты Лордов) связаны своими прежними решениями».

В России свойство обязательности придается решениям Конституционного Суда, постановлениям Пленума Верховного и Высшего Арбитражного судов, поскольку уклонение от применения закрепленных в данных актах положений может привести к отмене соответствующего решения.

Критики признания судебного прецедента источником права ссылаются на то, что решений судей по конкретным делам накапливается с течением времени такое количество, что неспециалист не в состоянии ориентироваться в большом количестве этих юридических документов, что здесь возможен произвол и злоупотребление должностных лиц.

Напротив, сторонники прецедентного права критикуют нормативные системы за консерватизм, неспособность адекватно и вместе с тем оперативно реагировать на события, происходящие в жизни общества.

В странах романо-германской системы права роль судебной практики в основном не выходит за рамки толкования закона. Считается, что правотворческая деятельность является прерогативой законодателя, а также правительственных или административных властей, уполномоченных на это законодателем.

Отечественная наука, в частности С.С.Алексеев, считает, что судебный прецедент не может быть полноценным источником права. Он не должен устанавливать первоначальные нормы, вносить дополнения и исправления в общие нормативные предписания. Его роль чисто служебная, вспомогательная в процессе толкования юридических норм с учетом данной обстановки в рамках применения права. Тем не менее, в настоящее время отношение к судебному

прецеденту в отечественной правовой доктрине начинает радикально меняться в направлении признания за ним возможности выступать в качестве источника российского права. Главным образом этому способствует расширение сферы применения судебной практики в России со времени создания Конституционного Суда.

Большая часть ученых полагают, что решения Конституционного Суда РФ имеют нормативный характер и являются источниками права. К числу таких исследователей относятся: Н.С. Бондарь, Н.В. Витрук, Г.А. Гаджиев, П.А. Гук, В.Д. Зорькин, Л.В. Лазарев, В.О. Лучин, М.Н. Марченко, М.С. Саликов, Б.С. Эбзеев и многие другие. Разделяя их точку зрения и учитывая юридические характеристики решений Конституционного Суда РФ, некоторые полагают, что они являются источниками российского права. При этом, решения Конституционного Суда РФ выполняют роль дополнительного источника права, поскольку они основываются на уже существующих конституционно-правовых нормах. В этих условиях правовые позиции, содержащиеся в решениях Конституционного Суда, являются производными от конституционных правовых норм.

Кроме того, Конституционный Суд РФ осуществляет и другое исключительное, принадлежащее только ему, правомочие – толкование норм Конституции РФ. Прецедент толкования, созданный Конституционным Судом, как отмечает П.А. Гук, «дополняет своим содержанием конституционную норму и создает возможность для более точного и однообразного применения в спорных случаях»<sup>1</sup>.

В отечественной юридической литературе проводится аналогия между решениями Конституционного Суда РФ и прецедентными решениями судов стран «общего права». Вместе с тем, некоторые авторы указывают на то, что о прецедентном характере решений Конституционного Суда РФ – во всяком случае, в том смысле, который изначально было принято вкладывать в понятие «судебный прецедент» – вряд ли можно говорить. Данный тезис авторы подкрепляют следующими аргументами. Во-первых, судебный прецедент представляет собой судебное решение, вынесенное на основе анализа фактических обстоятельств конкретного дела, в то время как Конституционный Суд РФ призван решать исключительно вопросы права, а не вопросы факта. Во-вторых, судебный прецедент создается судом, который выступает в качестве «вышестоящего» по отношению к другим судам. Иными словами, суд, создавший прецедент, и суд, для которого данный прецедент является обязательным, должны находиться в отношениях «иерархичной (инстанционной) подчиненности». Однако Конституционный Суд РФ не выступает в качестве суда вышестоящей инстанции по отношению к каким-либо другим судам. В этой связи представляется справедливым мнение Н.Н. Вопленко, указывающего на то, что в силу исторических, национальных, государственно-правовых и иных причин «российское прецедентное право не

---

<sup>1</sup> Гук П.А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 128.

может, да и не должно как капля воды повторять все черты судебной практики англосаксонской системы»<sup>1</sup>.

В отношении постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, по справедливому замечанию И.В. Воронцовоной, «революционным примером официального признания судебного прецедента источником арбитражного процессуального права является принятое 14 февраля 2008 г. Постановление о дополнении Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда от 12 марта 2007 г. №17...»<sup>2</sup>. Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 февраля 2008 г. текст Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. был дополнен пунктом 5.1, в котором, основываясь на пункте 1 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса<sup>3</sup>, Пленум указал, что по вновь открывшимся обстоятельствам может быть пересмотрен также акт, «оспариваемый заявителем в порядке надзора и основанный на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора».

В таком случае будет правильно заметить и случаи прецедента в отношении Европейского Суда. В.В. Джура отмечает, что все решения Европейского Суда основываются на прецеденте, то есть ранее вынесенное решение является основанием для последующих решений. С 1998г. Конституционный суд РФ в целом упоминал позицию Европейского суда по правам человека, а в последнее время в постановлениях Конституционного суда мы видим прямые отсылки к решениям Европейского Суда. Ярким примером внедрения прецедента В.В. Джура считает, приказ Министерства юстиции РФ № 10 от 21.01.2000 г., где сказано, что в рамках исполнения обязательств РФ как страны-члена Совета Европы необходимо повышение уровня использования информационных технологий в правовой информатике и бесплатном предоставлении в машиночитаемой форме по сети Интернет правовой информации (нормативных актов и прецедентов). Это говорит о том, что Российская Федерация официально признала юрисдикцию Европейского Суда обязательной и тем самым российским судам необходимо учитывать в своей деятельности практику Европейского суда по правам человека<sup>4</sup>.

Признается важное значение прецеденту для правоприменения и восполнения пробелов в законодательном регулировании с целью не допустить отказа в правосудии, что означает придание судам правотворческих функций, в отличие от толкования, имеющего производный, дополняющий характер. Во многих странах существуют официальные сборники судебной практики. На деле, в мы видим уже большое количество случаев, которые можно

<sup>1</sup>Ершов В.В., Ершова Е.А. О правовом статусе Конституционного Суда Российской Федерации // Российский судья. 2004. №3. С. 8–13.

<sup>2</sup>Воронцова И.В. Судебный прецедент в науке и практике // Российский судья. 2008. №11. С. 13.

<sup>3</sup>Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. (ред. от 09.03.2010) №95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. №30. Ст. 3012.

<sup>4</sup>Джура В.В. О судебном прецеденте в Российской Федерации//Сибирский Юридический Вестник. 2005. № 2.

квалифицировать, как попытку применения прецедента в правовой системе России. Тем не менее, это только попытки, не имеющие доктринальной основы и к тому же, судебный прецедент не является обязательным источником права в Российской правовой системе. Однако судебный прецедент все еще борется за включение в число источников права<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>URL: [http://www.mos360.ru/law\\_dictionary/47842/47842.html?PAGEN\\_1=728](http://www.mos360.ru/law_dictionary/47842/47842.html?PAGEN_1=728) (Дата обращения: 28.03.2012)

## **Возраст уголовной ответственности в законодательных актах дореволюционной России (исторический аспект)**

Эккельман Наталья Александровна,  
адъюнкт факультета подготовки научно-педагогических кадров  
Владимирского юридического института ФСИН России

Научный руководитель:  
Борисова Ирина Дмитриевна  
д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой государственно-правовых  
дисциплин Владимирского государственного университета  
им. А. Г. и Н. Г. Столетовых

В истории отечественного права вопрос возраста, как основного критерия вменяемости и привлечения несовершеннолетних к уголовной ответственности стал рассматриваться довольно поздно. Так в первых памятниках древнерусского права вплоть до 1649 года отсутствуют какие-либо нормы, определяющие особенности уголовного преследования и наказания несовершеннолетних.

Впервые в новоуказных статьях Соборного уложения, добавленных в 1669 году, встречается постановление о не вменении несовершеннолетнему его преступления, если он не достиг возраста семи лет. «...аще отрок седми лет убьет, то неповинен есть смерти»<sup>1</sup>. В данном случае говорится о влиянии возраста до 7 лет лишь при вменении убийства, но не при других преступлениях.

Дальнейшее развитие вопросы относительно возраста привлечения к уголовной ответственности получают в Артикулах Воинских. Так Воинские Артикулы 1716 года повелевают смягчать и даже вовсе исключать наказуемость деяния, «ежели вор будет младенец». Императорские указы 1742 и 1766 годов объявляют детей до 10 лет невменяемыми, независимо от рода совершенных ими преступлений, а не достигших 17 лет заслуживающих смягчение наказания.

Эволюция законодательства привела к более детальной регламентации границ возраста уголовной ответственности, обстоятельств смягчающих наказание, закреплению существенных гарантий соблюдения прав несовершеннолетних. Наибольший интерес среди нормативных актов указанной эпохи для нас представляют Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года (далее Уложение) и Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 года (далее Устав), как первые кодифицированные источники российского уголовного права, которые и будут рассмотрены далее.

Уложение объявило пределом невменяемости, вероятно, по примерупроекта Уголовного уложения Российской империи 1813 года,

---

<sup>1</sup>Слиозберг Г. В. Возраст в уголовном праве// Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т.12. М., 1991. С. 909.

семилетний возраст, однако, в действительности, таковым пределом оставался десятилетний возраст, так как по закону дети от семи до десяти лет не подлежали наказанию, а отдавались родителям или родственникам для домашнего исправления, при чем применение каких-либо мер исправления со стороны указанных лиц, законом не обеспечивалось; передача детей родителям или другим родственникам совершалась без предания их суду, «не ставя их преступление в какое-либо подозрение»<sup>1</sup>.

При составлении Уложения законодатель разделил возраст несовершеннолетних на 3 периода в соответствии с уровнем психофизиологического развития и возможности отвечать за совершенные деяния. 1) до десяти лет, 2) до семнадцати лет 3) до двадцати одного года. Устав же о наказаниях, устанавливает только два периода. Первый длился до достижения малолетним десятилетнего возраста, второй период – до достижения семнадцатилетнего возраста. По обоим актам (ст.187 Уложения и ст.10 п. 2 Устава) возраст до десяти лет был возрастом полной невменяемости; совершившие преступления в этом возрасте не подвергались судебному преследованию; они подлежали передаче родственникам или опекунам после установления судом их вины. Возрастной период от 10 до 17 лет имеет различное значение в рассматриваемых правовых актах. По уложению о наказаниях при назначении наказания преступникам данной возрастной категории всегда требовалась постановка судом вопроса о вменяемости и умысле указанного лица «действовал ли он с разумением или без разумения». При отрицательном ответе на вопрос несовершеннолетние отдавались родителям, опекунам или благонадежным лицам, изъявившим на то свое согласие, под ответственный надзор, сущность которого заключалась в том, что лицо, принявшее его на себя, оставило малолетнего без надзора и тот в свою очередь совершит преступление за которое предусмотрено уголовное наказание, то лицо, не выполнившее свои функции подвергается аресту сроком до 1 месяца<sup>2</sup>.

Если же при постановке судьей вопроса о наличии умысла, несовершеннолетний действовал «без разумения», то при назначении наказания, тюремное заключение заменялось на содержание в исправительных приютах либо колониях, а при невозможности поместить их в указанные заведения - в монастыри соответствующих вероисповеданий, избираемые по предварительному согласованию с епархиальными архиереями на срок, определяемый судом, но не дольше достижения ими восемнадцатилетнего возраста.

Следующий возрастной период от четырнадцати до семнадцати лет также имеет ряд особенностей. Несовершеннолетним, достигшим возраста четырнадцати лет, тюремное заключение могло быть заменено на передачу судом под ответственный надзор или в приюты, а также заключение в особые помещения при тюрьмах или домах для арестованных по приговорам мировых судей -при недостатке приютов, колоний.

<sup>1</sup>См.: Свод законов... С.Пб., 1875. Т. XV. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных, С. 144, 137.

<sup>2</sup>Сергиевский Н. Д. Русское уголовное право. Часть Общая. М., 1863. С.120.

Несовершеннолетним от четырнадцати до семнадцати лет за совершение деяний, влекущих за собой уголовные наказания, назначалось тюремное заключение на срок от трех до двенадцати лет<sup>1</sup>.

За деяния, влекущие уголовные наказания не ниже тюрьмы с лишением всех особых прав и преимуществ, они приговаривались к содержанию в тюрьме с сокращением сроков содержания, положенных за преступления для совершеннолетних преступников, на две или на три степени. При этом заключение в тюрьме, определенное взамен других видов наказания, в свою очередь заменяется помещением несовершеннолетних в приюты или колонии до достижения ими восемнадцатилетнего возраста либо же помещались в особые помещения при тюрьмах или при указанных домах для арестованных<sup>2</sup>.

В отличие от Уложения, Устав о наказаниях, постановления вопроса «о разумении» не требует, в нем предоставляется право на усмотрение судьи оправдать малолетнего или признать его виновным. Установив виновность несовершеннолетнего, судья мог отдать его под ответственный надзор родителей, опекунов или лиц, изъявивших на то согласие либо отослать их в исправительные приюты либо колонии. Согласно Уставу, несовершеннолетним в возрасте от четырнадцати до семнадцати лет взамен тюремного заключения наряду с передачей под ответственный надзор или в приюты, как и малолетние от десяти до четырнадцати лет, могли быть заключены в особые помещения при тюрьмах или домах для арестованных по приговорам мировых судей на срок в двое меньше установленного законодательством и не дольше достижения ими совершеннолетия.

Возраст от семнадцати до двадцати одного года по Уложению являлся возрастом уменьшенных наказаний, допускающих смягчение уголовной ответственности на одну треть, а назначение бессрочной каторги-заменяется конкретно определенным сроком –двадцать лет, с применением лишения всех прав и состояний. Смертная казнь за политические преступления, применявшаяся на практике к несовершеннолетним от 17 до 21 года сохраняется и в Уложении.

В Уставе о наказаниях отменяется уменьшение или смягчение наказания, достигшим возраста семнадцати лет, как периода зрелости.

Рассматривая правовые источники интересующего нас исторического периода и в частности Уложение о наказаниях, можно отметить, что в нем присутствовало ряд недостатков как теоретических, так и практических.

Прежде всего, проблему для правоприменителя создавало параллельное существование двух уголовных кодексов. Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, стоял несравненно выше Уложения в своей технической обработке, но, тем не менее, его появление внесло новую неурядицу в наше уголовное законодательство»<sup>3</sup>

Кроме того, говоря о возрасте уголовной ответственности несовершеннолетних в Уложении отсутствовала точность при определении

<sup>1</sup>Сергиевский Н. Д. Русское уголовное право. Часть Общая. М., 1863. С.120.

<sup>2</sup>См.: Свод законов... С.Пб., 1885. Т. XV. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. С. 16.

<sup>3</sup>Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть Общая: Лекции: В 2 т. Т. 1. М., 1994. С. 105.

масштаба и границ уголовного наказания, не до конца был ясен вопрос с исправительными заведениями для несовершеннолетних, некоторые постановления формально противоречили друг другу, текст отличался казуистичностью и отсутствием юридической техники<sup>1</sup>.

Уложением представляло собой и по форме, и по содержанию консервативный правовой акт феодально-монархической социально-классовой сущности, при этом не полностью кодифицированный. По своей отсталости оно явно противоречило новым индустриальным, аграрным, судебным реформам 70-х гг<sup>2</sup>.

Итогами проведенных реформ стали постепенная гуманизация системы исполнения уголовных наказаний и возраста уголовной ответственности несовершеннолетних, а также существенные изменения коснулись и порядка отправления правосудия по делам данной категории преступников. Все это подводило законодателя к мысли о принятии нового нормативного акта, который по форме и содержанию отвечал бы требованиям данной эпохи, и систематизировал накопленный опыт в рамках одного закона.

---

<sup>1</sup>Колоколов Г. Е. Новое уголовное уложение. Толкование и критический разбор. М., 1904. С. 43.

<sup>2</sup>Мальцев В.В. Введение в уголовное право. Волгоград, 2000. С. 16-20.



# Конституционное и административное право

## **Перспективы реализации принципа светского государства в России**

Агафонова Анастасия Александровна,  
старший преподаватель кафедры конституционного и международного  
права Томского государственного университета

Научный руководитель:  
Барнашов Александр Матвеевич,  
к.ю.н., доцент кафедры конституционного и международного права  
Томского государственного университета

Многие отечественные и зарубежные правоведы относят провозглашение свободы совести и светского государства к важнейшим завоеваниям человечества. Однако в России в последнее время часто стал обсуждаться вопрос о «возрастающей клерикализации российского общества» и «активном проникновении церкви во все сферы общественной жизни». Все более очевидным, в свете последних реформ - введение в общеобразовательных школах с четвертого класса курса «Основы религиозных культур и светской этики», реституция государством церковного имущества и принятие соответствующего Федерального закона РФ от 30.11.2010 № 327-ФЗ «О передаче религиозным организациям имущества религиозного назначения, находящегося в государственной или муниципальной собственности» и пр. – становится тот факт, что провозглашенное в Конституции 1993 г. (ст. 14) светское государство таковым останется только на бумаге и словах, а в реальности трансформируется в конфессиональное с вероисповедной политикой, рождающей «кооперационную форму» государственно-церковных отношений.

С самого начала в проектах Конституции, разрабатываемых как Конституционной Комиссией, так и Конституционным совещанием, государственно-конфессиональные отношения определялись как светские, церковь отделялась от государства, и обеспечивалось равноправие религий. «Независимость государства от церкви является составной частью государственного суверенитета. Фактически это запрет на создание теократического государства, запрет на создание теократии»<sup>1</sup>. Конституционной Комиссией было предложено поддержать закрепление этого принципа в основах конституционного строя.

В рамках работы Конституционного совещания вопрос о месте и роли религиозных объединений решался иначе. Изначально, например, в проекте Конституции (Основного закона) РФ, опубликованном 30.04.1993, уже ст. 1 характеризовала государство как светское. Однако позже этот термин был выведен из формулировки ст. 1 проекта Конституции, и она стала в основном

---

<sup>1</sup> Из истории создания Конституции Российской. Конституционная комиссия: стенограммы, материалы, документы (1990-1993): в 6 т. - М. : Волтерс Клувер, 2007. Т. 3/2 : июль-декабрь 1992 года. С. 320.

характеризовать форму государства. В таком виде статья и была одобрена и принята в последствии. Ведь в ином случае в ст. 1 Конституции необходимо было включить и иные характеристики российского государства, например, социальное. По этому поводу очень четко высказался член рабочей комиссии по доработке проекта Конституции на заседании 18.06.1993 А.Я. Слива: «мы руководствовались тем, что если сюда добавить «светское», то возникает вопрос о социальном, и количество характеристик государства переходящее в качество, сделает вообще неудобно читаемой эту часть. Поэтому мы ограничились только «суверенным демократическим федеративным правовым» - четырьмя элементами»<sup>1</sup>.

В целом можно отметить, что стремление закрепить светский характер государства в первой же статье Конституции, было вызвано желанием, с одной стороны, не допустить повторения опыта советского государства с господством одной обязательной для всех идеологии, а, с другой стороны, предоставить для всех конфессий равные возможности для их деятельности на территории России. В Конституции 1993 г., таким образом, были заложены основания для формирования светского государства. Но уже принятием Федерального закона РФ от 26.10.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (далее- Федеральный закон РФ от 26.10.1997) было введено неравное отношение к различным религиозным объединениям. Сегодня к основным его недостаткам относят: некорректно сформулированную преамбулу, где все религиозное разнообразие нашей страны представляется как иерархия религий с признанием особого вклада «православия в историю России и в формирование и развитие русской духовности и культуры»; использование в законе критерия разделения религиозных объединений в зависимости от наличия у них статуса юридического лица, при этом не уточняется объем прав тех и других; отсутствие самостоятельных определений таких понятий, как «свобода совести» и «свобода вероисповедания»; отсутствие в законе возможности предоставления государственной поддержки социально значимой деятельности религиозных организаций (реабилитация лиц, отбывших наказание, профилактика наркомании и алкогольной зависимости, забота о социально не защищенных слоях населения и т.д.); отсутствие правовых оснований и механизмов содействия государства религиозному паломничеству верующих; неэффективность и даже коррупциогенность существующего порядка производства государственной религиозно-экспертной экспертизы (отсутствуют четко обоснованные требования к экспертам, в качестве которых нередко заявляются люди недостаточно компетентные, представители отдельных конфессий и др.)<sup>2</sup> и др.

Свою негативную оценку ряда дискриминационных положений этого закона высказывали Уполномоченный по правам человека в РФ О. Миронов,

1 . Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы: в 21 т. М., 1995. Т. 12. С. 13.

2 Пчелинцев А.В. Какой должна быть государственная религиозно-экспертная экспертиза // Российская юстиция. 2009. № 3. С. 47-50; Бурьянов С.А., Мозговой С.А. Проблемы реализации свободы совести и тенденции в отношениях государства с религиозными объединениями в России. – М., 2004; Терехов О.Н. Проблемы развития конституционно-правового статуса религиозных объединений: дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2004; О проверке соответствия Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» международно-правовым обязательствам Российской Федерации»: заключение Уполномоченного по правам человека в РФ // РГ. 22.04.1999. № 77.

Парламентская ассамблея Совета Европы и ее Комиссия по соблюдению обязательств государствами-членами Совета Европы, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Европейский Суд по правам человека в рамках рассмотрения дела «Кимля и другие против Российской Федерации» (жалобы № 76836/01 и № 32782/03) и др. По этим причинам неоднократно высказывались мнения о необходимости внесения изменений в Федеральный закон.

В современный период в РФ можно выделить два подхода к реформированию законодательства в сфере реализации свободы совести и межконфессиональных отношений: изменение действующего Федерального закона РФ от 26.10.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» и принятие дополнительного закона, более детально регулирующего отдельные правоотношения и устраняющего пробелы по вопросам взаимоотношения государства и религиозных объединений, в том числе легального введения понятия «традиционных религиозных организаций», с закреплением за ними дополнительных прав и гарантий деятельности. В соответствии с концепцией каждого подхода были разработаны проекты нормативных правовых актов. Однако все они обладают определенными изъянами и, на наш взгляд, могут возникнуть трудности с их принятием. При этом законопроектов, изменяющих в целом концепцию государственно-конфессиональных отношений с отменой Федерального закона РФ от 26.10.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» и введением нового, не предлагалось.

Например, в октябре 2011 г. Министерство юстиции РФ опубликовало проект поправок к закону «О свободе совести и религиозных объединениях». Наиболее существенные нововведения законопроекта состоят в ликвидации понятия «религиозная группа» и в расширении полномочий государственной религиоведческой экспертизы. Для религиозных групп, которые не хотят или не могут войти в централизованную религиозную организацию, законопроект предлагает регистрацию в качестве самостоятельной организации, права которой будут ограничены не 15, а 10 лет и не так радикально, как согласно действующему законодательству (например, в больницы представителей такой организации не допустят, а на кладбище получают доступ). Это является некоторой либерализацией нормы. Но этим легализуется неравенство правовых статусов религиозных объединений – зарегистрированные религиозные организации и религиозные группы, зарегистрированные как организации, но ограниченные в правах 10 лет. Подобная ситуация наверняка вызовет злоупотребления и о них стоит подумать заранее. По крайней мере, нужны переходные положения, чтобы уже существующие религиозные группы, зарегистрировавшиеся по нынешнему закону как таковые, смогли бы использовать уже накопленный «период существования», когда они захотят зарегистрироваться как организации.

Второе нововведение – расширение полномочий религиоведческой экспертизы – вызовет еще большие злоупотребления, ведь чиновники в любой момент смогут проверять организации в религиоведческом плане, хотя цель

таких проверок неясна. Можно предположить, что расширение применения института религиоведческой экспертизы может быть необходимо для проверки новых организаций по истечении 10-летнего «испытательного срока», но об этом в законопроекте как раз ничего не сказано.

Говоря об общих подходах к регулированию государственно-конфессиональных отношений, на наш взгляд, целесообразно закрепить в РФ равный конституционно-правовой статус для всех религиозных объединений, что соответствует принципу светского характера государства. С другой стороны, возможен альтернативный вариант наделения отдельных религиозных объединений преференциальным статусом (например, «национальные церкви»). При этом перечень критериев, которым должна отвечать организация, претендующая на такой статус, должен быть предельно конкретным, объективным и достижимым. Например, участие в жизнедеятельности общества; итоги реализации общественно полезных программ; территориальный охват их деятельности; тенденции развития конфессии, активность миссионерской деятельности и т.д.). Однако смена основных принципов регулирования свободы совести и правового положения религиозных объединений не должно быть спонтанной, а, напротив, продуманной и последовательной. Реализовывать такую политику следует, безусловно, поэтапно, с введением новых положений и правил, их апробацией, выявлением недостатков с их последующим устранением. На первоначальном же этапе необходимо внести изменения в действующий Федеральный закон № 125-ФЗ. Но дополнительно целесообразно было бы принять правовые акты, регулирующие общественные отношения в сферах, не охваченных указанным законом (например, миссионерской деятельности, капелланства и пр.).

## **Функция Президента РФ по определению основных направлений внутренней и внешней политики государства**

Акунченко Евгений Андреевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шарнина Любовь Александровна,  
к.ю.н., доцент кафедры конституционного,  
административного и муниципального права  
Юридического института СФУ

Согласно ч.3 ст.80 Конституции Российской Федерации, Президент «... в соответствии с Конституцией РФ и федеральными законами определяет основные положения внутренней и внешней политики государства»<sup>1</sup>. Содержание данной нормы включает в себе две сферы реализации полномочий Президента: руководство государством как специфической организацией общества и руководство страной как субъектом международных отношений. Данные сферы тесно взаимосвязаны, так как Президент, определяя позицию государства во взаимоотношениях с внешним миром, будет исходить из сложившейся ситуации внутри страны. И это логично, так как Президент является гарантом прав и свобод человека в РФ, потому основополагающим в его работе будет приоритет интересов граждан страны. Однако возникает вопрос: в какой мере Президент обладает данным правом, и есть ли рычаги сдерживания у иных органов государственной власти?

Исходя из положения Президента в системе высших органов государственной власти Российской Федерации, он обладает автономией в плане концептуального определения основных направлений внутренней политики. Глава государства практически не связан содержательными рамками. Выбор политического курса зависит исключительно от личного восприятия сложившейся в стране ситуации и собственных воззрений на будущее государства. Президент, осуществляя полномочие по определению основных направлений внутренней политики, ограничен лишь действующим законодательством. Указанные им идеи не должны противоречить действующей Конституции и федеральным законам.

Свое материальное отражение основные направления политики находят как в нормативных, так и ненормативных актах, а также в иных формах отражения политического курса страны. Нормативную составляющую образуют указы и распоряжения, ненормативную — послания Федеральному Собранию. К иным формам можно отнести публичные выступления и официальные заявления Президента, в которых высказываются идеи относительно политики государства. Особой формой закрепления позиций

---

<sup>1</sup> Конституция РФ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2009. №4. Ст. 445.

Президента по вопросам политики государства выступают его поручения. Они представляют собой устные, реже документально закрепленные, указания, адресованные должностным лицам федеральных органов государственной власти. Статус поручений нормативно не закреплен и, как следствие, категорично определить их правовую природу видится проблематичным<sup>1</sup>. Вышеперечисленные формы являются базой для утверждения различными органами государственной власти целей и задач, которыми они будут руководствоваться в процессе своей деятельности. Чаще всего их реализация направлена на проведение модернизации и реформирования различных сфер жизни общества, однако некоторые из них связаны с решением текущих задач, содержание которых в значительной степени задается общественной практикой.

Вопрос об императивности положений, в которых определены направления внутренней политики является неоднозначным, ввиду провозглашения в действующей Конституции принципа разделения властей. Функция Президента по их определению в своей сущности корреспондирует функции по осуществлению. По существу, обладая правом определять политику государства, он должен иметь возможность ее воплощения в жизнь. В противном случае, такая форма определения приобретает характер кулуарного общения. Более того, не подкрепленное способностью реализации провозглашение собственных идей не влечет за собой ответственности, которая возможна по факту за произведенные действия, а не за «пустые» слова.

В плане реализации провозглашенных положений внутренней политики Президент уполномочен нормативно закрепить их в собственных подзаконных актах, которые могут приобретать силу закона в условиях опережающего нормотворчества<sup>2</sup>. Также глава государства обладает правом законодательной инициативы, тем самым участвуя в законодательном процессе, осуществляемом Федеральным Собранием. На этом его прямые возможности по переводу основных направлений внутренней политики в реальную заканчиваются, но в рамках системы сдержек и противовесов Президент РФ обладает определенными каналами влияния на дальнейший процесс воплощения в жизнь его позиций в области государственной политики. Так, например, в законодательной сфере Президент подписывает принятые Федеральным Собранием законы, вправе наложить на них вето в случае, если закон не соответствует проводимой в стране политике. В сфере исполнительной власти Президент обладает более широкими возможностями. Он вправе председательствовать на заседаниях Правительства, давать соответствующие поручения федеральным органам исполнительной власти в целом и должностным лицам в частности. Непосредственно ему подчинены силовые

---

1 См.: Startsev I. Les instructions du Président de la Russie. Analyse d'un instrument d'action discrétionnaire // Revue d'études comparatives Est-Ouest, 2000, vol. 31, n° 2, pp. 139-158.

2 По делу о проверке конституционности Указа Президента РФ от 30 нояб. 1994 г. №2137 «О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики»; Указа Президента РФ от 9 дек. 1994 г. №2166 «О мерах по пресечению деятельности незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и в зоне осетино-ингушского конфликта»; Постановления Правительства РФ от 9 дек. 1994 г. №1360 «Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности РФ, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа»; Указа Президента РФ от 2 нояб. 1993 г. №1833 «Об Основных положениях военной доктрины Российской Федерации»: Пост. КС РФ от 31 июл. 1995 г. № 10-П // СЗ РФ. 1995. №33. Ст. 3424.

министры. Также Президент РФ ежегодно направляет в Правительство бюджетное послание.

Основным средством достижения эффективного взаимодействия субъектов, реализующих положения государственной политики, является послание Президента Федеральному собранию. По сути, послание представляет собой комплексный политико-правовой документ, имеющий декларативный характер, содержащий анализ событий прошлого и план событий будущего с точки зрения реформирования законодательства и направления политического курса. В посланиях предлагается поэтапная программа законодательной деятельности, мотивировочной частью которой выступает отчет о проделанной работе, анализ текущей ситуации в стране и в мире. Палаты Федерального Собрания обязаны лишь рассмотреть положения послания и по возможности учесть его в процессе законотворчества<sup>1</sup>. В отношении федеральных органов исполнительной власти положения, содержащиеся в послании, имеют императивный характер, так как планирование их деятельности должно осуществляться на основе посланий<sup>2</sup>.

Организационно-обеспечительной деятельностью по созданию условий для реализации Президентом своих полномочий в сфере определения основных направлений внутренней политики занимается Управление Президента РФ по внутренней политике, которое является структурным подразделением Администрации Президента РФ. Организация взаимодействия Президента с органами государственной власти и подготовка предложений по вопросам внутренней политики являются основными задачами данного управления<sup>3</sup>. Для взаимодействия с региональными органами государственной власти по вопросам внутренней политики при президенте действует Государственный совет РФ<sup>4</sup>.

Таковым является механизм по определению Президентом РФ основных направлений внутренней политики государства и осуществлению их на практике. Очевидно что, Президент обладает безграничными возможностями лишь в определении собственных идей. Дальнейшая их реализация может встречать множество подводных камней на стадии нормативного оформления, так как Президент не обладает широкими полномочиями в данной сфере, о чем уже упоминалось выше. Тем не менее, современная действительность складывается таким образом, что в ситуации наличия большинства партии власти в Государственной Думе, поддерживающей президентский курс, обеспечивается реализация его позиции фактически в полном объеме.

В сфере внешней политики Президент также обладает большим объемом полномочий по ее определению. В основном они не связаны с нормотворчеством и реализуются в форме текущих мероприятий. Так,

---

1 См.: Акунченко Е.А. К вопросу о правовой природе Послания Президента РФ Федеральному Собранию // Проблемы современной юридической науки и практики: сборник статей студентов, аспирантов и молодых ученых / под ред. док. юрид. наук В.М. Шафиров, канд. юрид. наук Э.А. Павельевой, канд. юрид. наук Т.Ю. Сидоровой; ЮИ ФГОУ ВПО «СФУ». – Красноярск: СФУ, 2011. С. 201-209.

2 О Типовом регламенте внутренней организации федеральных органов исполнительной власти: Постановление Правительства РФ от 28 июля 2005 г. №452 // СЗ РФ. 2005. №31. Ст. 3233.

3 Об утверждении Положения об Управлении Президента Российской Федерации по внутренней политике: Указ Президента РФ от 21 июня 2004 №791 // СЗ РФ. 2004. №26. Ст. 2650.

4 О Государственном совете Российской Федерации: Указ Президента РФ от 01 сен. 2000 №1602 // СЗ РФ. 2000. №36. Ст. 3633.



Президент представляет Россию на международной арене, ведет переговоры с главами иностранных государств, назначает послов, подписывает ратификационные грамоты и международные договоры и т.д. В данной сфере Президент также ограничен нормами действующего законодательства и фактически вправе определять внешнюю политику государства самостоятельно. Тем более что он является верховным главнокомандующим, в его непосредственном подчинении находится министр иностранных дел. Таким образом, можно определить, что внешняя политика государства есть сфера исключительной компетенции ее руководителя. Вместе с тем, органы государственной власти имеют возможность повлиять на проводимую Президентом внешнюю политику. Подписывая тот или иной международный договор, глава государства руководствуется избранным политическим курсом. Однако для того чтобы его нормы начали действовать на территории страны, он должен быть ратифицирован Федеральным Собранием.

Таким образом, определение и осуществление внутренней и внешней политики есть сложный многоуровневый процесс, в котором Президент участвует лишь частично. Автономия его политического решения является неабсолютной ввиду необходимости нахождения ее в рамках законности. Реализация государственной политики и вовсе фактически может обойтись без его участия, так как данная задача лежит в основном на органах законодательной и исполнительной власти. Президент обладает лишь некоторыми средствами влияния на этот процесс. Даже полномочия по проведению внешней политики ограничиваются необходимостью участия в нем по некоторым вопросам Федерального Собрания. Все это говорит о том, что, с формально-правовой точки зрения, в России существует сбалансированная система определения и проведения политики государства, в которой в полной мере реализованы инструменты системы сдержек и противовесов.

Однако на практике ситуация складывается по-разному. Большую роль в сфере определения и осуществления государственной политики играет как политический состав парламента, так и взаимоотношения Президента с исполнительной властью. Так, в период президентства Бориса Николаевича Ельцина нестабильность политической ситуации, наличие сильной оппозиции в Государственной Думе приводили лишь к частичной реализации президентского курса. Частое отправление правительства в отставку говорит о неудовлетворительной работе исполнительной власти по реализации политики государства, что соответственно вызывало радикальное решение проблемы. Срок полномочий Владимира Владимировича Путина связан с формированием парламентского большинства, полностью поддерживающего направления политики, избранные Президентом. На данном этапе можно было с уверенностью утверждать, что подавляющее большинство инициатив главы государства найдет свое воплощение в реальности. Внутренняя политика при Дмитрии Анатольевиче Медведеве осуществляется в специфической ситуации: с одной стороны, парламентское большинство сторонников продолжает реализовывать политический курс, с другой – характер взаимоотношений руководящего тандема Президента и Председателя Правительства уже не

предоставляет главе государства автономии в плане принятия решений по определению основных направлений внутренней и внешней политики. Совещательный характер принятия решений указывает на уменьшение роли Президента как основного субъекта определения политики страны. Реализация его позиций в исполнительной сфере также снижается, о чем говорит соотношение количества поручений и фактов их выполнения<sup>1</sup>. Именно с этим, на наш взгляд, связаны идеи Президента о введении законодательно-закрепленной ответственности за их неисполнение<sup>2</sup>.

Определение основных направлений внутренней и внешней политики – важная функция Президента РФ как главы государства. С формальной точки зрения в стране сформирован сбалансированный механизм ее реализации, однако с практической точки зрения возможна его деформация. Политическая ситуация в государстве определяет характер и степень реализации политического курса Президента, и вопрос о пределах определения и осуществления основных направлений внутренней и внешней политики будет зависеть именно от нее.

---

1 Чиновникам раздадут за поручения // Коммерсантъ. 2010. 22 июн.

2 О мерах по совершенствованию организации исполнения поручений и указаний Президента Российской Федерации: Указ Президента РФ от 28 мар. 2011 №352 // СЗ РФ. 2011. №14. Ст. 1880.

## **Влияние видов индивидуальных правовых актов государственного управления на основания и процедуру их отмены**

Васильева Юлия Олеговна,  
студент 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель: Васильева Анна Федотовна, к.ю.н., доцент  
кафедры конституционного, административного и муниципального  
права Юридического института СФУ

Индивидуальный правовой акт государственного управления представляет собой одностороннее волевое властное действие, совершаемое органом государственного управления в соответствии с законом, по реализации норм права в связи с конкретным делом, возникающим в процессе функционирования данного органа, вызывающее возникновение, изменение или прекращение конкретных правоотношений<sup>1</sup>. Данные акты имеют большое значение для правоприменительной практики, поэтому в современный период весьма актуальной является проблема систематизации индивидуальных правовых актов с целью эффективного их использования в сфере управления<sup>2</sup>.

От того или иного вида индивидуального решения, в частности, зависят условия его отмены. Отмена индивидуальных актов является очень важным институтом, направленным как на поддержание законности, так и на защиту прав и интересов граждан и организаций. Поэтому выделение особенностей отмены отдельных видов индивидуальных актов в науке и в законодательстве является необходимой задачей. В данный момент анализ действующего законодательства, судебной практики и административно-правовой литературы позволяет сделать вывод о редкости подобных положений.

Прежде всего, на деление индивидуальных правовых актов управления на виды оказывает влияние орган, издающий данные акты. В зависимости от того или иного правоприменителя, например, зависят юридическая сила акта и его форма.

В зависимости от юридической силы индивидуальные правовые акты делятся на акты вышестоящих и нижестоящих органов<sup>3</sup>. Это деление имеет значение для установления порядка отмены акта управления: в предусмотренных законом случаях вышестоящий орган исполнительной власти может отменить акт нижестоящего органа. Юридическая сила влияет и на установление оснований отмены правоприменительных актов. Так, например, нижестоящие индивидуальные правовые акты должны соответствовать не только нормативным правовым актам, но и иным актам вышестоящих органов, иначе они могут быть отменены последними<sup>4</sup>.

1 Шишунова Е.В. Административно-правовые акты управления. Красноярск, 2000. С. 10-11

2 Слесарева Е.С. Индивидуальные акты управления: диссертация. М., 1984. С. 130

3 Целик А.М. Административно-правовые акты органов исполнительной власти Российской Федерации и их применение в деятельности органов внутренних дел: диссертация. М., 1998. С. 93

4 Слесарева Е.С. Индивидуальные акты управления: диссертация. М., 1984. С. 134

По форме индивидуальные акты управления могут быть разделены на устные и письменные. Данная классификация приведена в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих», в соответствии с которым ненормативные акты управления могут быть приняты как в письменной, так и в устной форме (например, объявление военнослужащему дисциплинарного взыскания)<sup>1</sup>. Устные акты предназначены для быстрого и оперативного вмешательства в текущее управление в целях решения каждодневных управленческих задач и выполнения самых общих функций управления<sup>2</sup>. Поэтому, в отличие от письменных, устные акты не требуют соответствующего письменного оформления, к ним неприменимы случаи отмены индивидуальных правовых актов государственного управления по основанию несоблюдения надлежащей формы акта. В то же время устная форма индивидуальных правовых актов существенно затрудняет определение условий их отмены. В законодательстве нет норм, прямо определяющих конкретные основания отмены устных актов управления, хотя их можно определить, исходя из положений некоторых законодательных актов. Так в п. 3 ст. 37 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе»<sup>3</sup> предусмотрено лишь, что командирам (начальникам) запрещается отдавать приказы (приказания) и распоряжения, не имеющие отношения к исполнению обязанностей военной службы или направленные на нарушение законодательства Российской Федерации. А в соответствии с п. 3 ст. 27 ФЗ «О полиции» сотрудник полиции обязан выполнять только приказы и распоряжения руководителей (начальников), отданные в установленном порядке и не противоречащие федеральному закону<sup>4</sup>. Таким образом, можно сделать вывод, что основаниями отмены данных актов может быть их нецелесообразность и незаконность.

Также нормы законодательства не предусматривают отдельного порядка отмены устных актов управления. Затруднительно делать и какие-либо общие выводы о порядке отмены устных актов управления, основываясь на общих положениях об отмене индивидуальных решений. Также вызывает трудности установление порядка принятия устных актов управления, а, следовательно, в ходе данной процедуры составляет сложность определение нарушений законодательства как оснований отмены данных актов. Это может привести к многочисленным злоупотреблениям со стороны правоприменителя и нарушениям прав и свобод гражданина и человека. Поэтому следует признать необходимой детализацию требований законности к данным актам в законодательстве.

На отмену индивидуального правового акта управления также влияет компетенция органа управления. Компетенция государственного органа – это

---

1 О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 № 2// Российская газета. 18.02.2009. № 27

2 Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. М., 2005. С. 395

3 О воинской обязанности и военной службе: Федеральный закон от 28.03.1998 № 53-ФЗ// Российская газета. 02.04.1998 . № 63-64

4 О полиции: Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ// Российская газета. 10.02.2011. № 28

круг вопросов, предусмотренных нормативным правовым актом, которые правомочен разрешать конкретный государственный орган<sup>1</sup>. Следовательно, отменить тот или иной индивидуальный правовой акт имеет право тот исполнительный орган, в компетенцию которого данное право входит. Это могут быть как органы (должностные лица), которые приняли данный акт управления (также вышестоящие органы и должностные лица), так и органы, имеющие право отмены в случае обнаружения несоответствия данного акта принципу законности<sup>2</sup>.

Также компетенция органа исполнительной власти влияет на установление оснований отмены индивидуальных актов. Например, деятельность органа, выходящая за рамки собственной компетенции, при издании правоприменительного решения может послужить основанием отмены данного акта по мотиву его незаконности<sup>3</sup>. В то же время наличие оснований отмены индивидуального правового акта тем или иным органом может изменяться в зависимости от вида компетенции (общая или специальная) последнего. Например, федеральный орган исполнительной власти общей компетенции может отменить индивидуальный правовой акт нижестоящего органа вследствие нарушения законности при его подготовке и издании, а также в результате нарушения законности в самом тексте акта. Органы исполнительной власти специальной компетенции вправе отменять акты управления нижестоящих органов (должностных лиц), не только руководствуясь наличием нарушения законности, но и учитывая полезность и целесообразность для социальной практики принятых актов управления<sup>4</sup>.

При отмене индивидуального акта необходимо учитывать его основание. В зависимости от основания можно выделить первичные акты и производные (принятые на основе другого индивидуального акта управления). Значение данной классификации заключается в том, что производный акт может быть отменен в результате отмены первичного акта в связи с установленным фактом незаконности последнего. Примером может послужить одно из Определений ВАС РФ<sup>5</sup>, которым было признано незаконным решение ИФНС о проведении выездной налоговой проверки в отношении общества с ограниченной ответственностью, вследствие чего также было признано недействительным решение налоговой инспекции о привлечении данного общества к ответственности за совершение налоговых правонарушений. Суд установил, что решение о проведении налоговой проверки было принято до окончания предыдущей проверки, проверка проводилась в отношении периода, превышающего три календарных года, что свидетельствует о нарушении п. 4 ст. 89 НК РФ<sup>6</sup>, а также сформулированного Конституционным Судом РФ<sup>7</sup> принципа

1 Завьялова И. С. Современное состояние форм государственного управления: административно-правовой аспект // Право: история, теория, практика: материалы междунар. заоч. науч. Конф. СПб. 2011

2 Старилов Ю.Н. Административно-правовой режим действия актов публичного управления // Российский юридический журнал. 2001. № 2. С. 72

3 Шишунова Е. В. Административно-правовые акты управления. Красноярск, 2000. С. 22, 24

4 Старилов Ю.Н. Административно-правовой режим действия актов публичного управления // Российский юридический журнал. 2001. № 2. С. 72

5 Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: Определение ВАС РФ от 21.03.2011 г. № ВАС-3294/10 // [www/glavbukh.ru/doc/4671?prin=1?prin=1](http://www.glavbukh.ru/doc/4671?prin=1?prin=1)

6 Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ // Российская газета. 06.08.1998. № 148-149

7 Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 № 14-П // Российская газета. 27.07.2004. № 158

недопустимости избыточного и неограниченного применения мер налогового контроля и целей налогового администрирования. Причем оснований проведения инспекцией данной проверки не было, что в соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 20 ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»<sup>1</sup> является грубым нарушением, влекущим недействительность результатов проверки.

Отмена индивидуальных актов может зависеть от их направленности. По направленности действия актов можно выделить внутриорганизационные и внешненаправленные акты<sup>2</sup>. Внутриорганизационными являются акты органа или должностного лица, адресованные подчиненным субъектам (например, подчиненным структурным частям органа управления или нижестоящим органам). Особенностью в отмене внутриорганизационных актов управления является наличие такого требования к данным актам как запрет ограничивать либо нарушать компетенцию и оперативную самостоятельность нижестоящих звеньев системы исполнительной власти<sup>3</sup>. Однако данное требование лишь косвенно прослеживается в законодательстве (например, через нормы о компетенции вышестоящих и нижестоящих органов), а в нормативно-правовых актах нет положений, прямо устанавливающих, что нарушение вышеуказанного требования является основанием отмены внутреннего индивидуального акта управления. Таким образом, отмена незаконных внутриорганизационных актов управления является неразработанной в законодательстве и представляющей широкие возможности для многочисленных нарушений.

Внешненаправленные индивидуальные акты управления представляют собой акты, направленные в отношении неподчиненных субъектов<sup>4</sup> для разрешения подведомственных тому или иному органу исполнительной власти индивидуальных юридических дел<sup>5</sup>. В отношении данных актов действует требование, в соответствии с которым акт не должен ограничивать либо нарушать установленные действующим законодательством права и законные интересы граждан и негосударственных формирований в сфере государственного управления<sup>6</sup>. Так, например, в соответствии со ст. 255 ГПК РФ к решениям органов управления (должностных лиц), оспариваемым в порядке гражданского судопроизводства, относятся коллегиальные и единоличные решения, в результате которых: нарушены права и свободы гражданина; созданы препятствия к осуществлению гражданином его прав и свобод; на гражданина незаконно возложена какая-либо обязанность или он незаконно привлечен к ответственности<sup>7</sup>. Таким образом, все перечисленные нарушения могут служить основаниями отмены внешненаправленного индивидуального акта управления. Причем, в данном случае является важным

1 О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля: Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ// Российская газета. 30.12.2008. № 266

2 Слесарева Е.С. Индивидуальные акты управления: диссертация. М., 1984. С. 148-150

3 Административное право/ под ред. Л.Л. Попова. М. 2005. С. 130

4 Слесарева Е.С. Индивидуальные акты управления: диссертация. М., 1984. С. 148-149

5 Хаманева Н.Ю. Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. М., 2004. С. 49

6 Административное право/ под ред. Л.Л. Попова. М. 2005. С. 130

7 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ// Российская газета. 20.11.2002. № 220

не только контроль за соблюдением законности данного вида актов управления, но и контроль за соблюдением прав и свобод граждан и организаций при отмене указанных актов.

Данная проблема связана с одной из важнейших классификаций индивидуальных актов управления, делением данных актов по характеру правовых последствий на обременяющие и благоприятствующие<sup>1</sup>. В административно-правовой литературе затронута проблема неисследованности приведенной классификации индивидуальных актов в законодательной, а также в судебной практике России.

Благоприятствующие акты – это акты, расширяющие сферу прав затронутого лица, создающие или подтверждающие какие-либо его права или существенные преимущества (любой признанный нормами права индивидуальный интерес). Например, решение о предоставлении льгот. Обременяющие акты – это акты, влекущие неблагоприятные последствия для адресата: например, акт об уплате задолженности. Однако при решении вопроса об отмене индивидуального акта стоит учитывать не только то, является ли акт благоприятствующим или обременительным, но и то, является ли отменяемый акт законным или незаконным.

Так, при отмене противоправных актов управления инициатором отмены является сам орган, принявший данный индивидуальный акт, прокурор или вышестоящий орган. Причем, при отмене благоприятствующего незаконного акта должна иметься в виду необходимость «защиты доверия» лица, в отношении которого данный акт был вынесен. Причем под «защитой доверия» к закону и действиям органов власти, в соответствии с п. 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 10.11.2009 № 17-П, понимаются действия законодателя, направленные на сохранение стабильности правового регулирования, недопущение умаления прав и свобод лиц, что связано с сохранением ранее достигнутого уровня социальной защиты<sup>2</sup>. Поэтому, в зависимости от того, каково значение, роль, вид благ, которые приобретает данное лицо, в законодательстве должны устанавливаться особенности, ограничения и запреты отмены правоприменительных актов в той или иной ситуации. Это означает, что при оценке подобного акта и решении вопроса об отмене дефектного благоприятствующего акта необходимо «взвешивание» необходимости отмены, направленной на поддержание законности, и частного интереса стороны, получившей благодаря незаконному акту выгоду. В законодательстве РФ такие особенности практически не предусмотрены и неспособны во многих случаях защитить от нарушений права заинтересованных лиц. Одним из немногочисленных примеров особенностей отмены благоприятствующих индивидуальных актов являются нормы, согласно которым акты, предоставляющие определенные права и свободы лиц, могут быть отменены только в случае подтверждения такой необходимости в судебном порядке. Так, в соответствии со ст. 22 ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» решение о приобретении или прекращении гражданства подлежит

1 Мицкевич Л. А. Основы административного права Германии. Красноярск, 2008. С. 120

2 Постановление Конституционного Суда РФ от 10.11.2009 № 17-П// Российская газета. 26.11.2009. № 224

отмене, только если в судебном порядке будет установлено, что данное решение принималось на основании представленных заявителем подложных документов или заведомо ложных сведений.

Также в зависимости от того, является акт законным или незаконным, различаются основания и порядок отмены индивидуального решения. В отличие от отмены незаконных благоприятствующих и обременяющих актов отмена законных индивидуальных актов управления осуществляется органом, принявшим акт, по своей инициативе (если он имеет такую компетенцию) или по инициативе заинтересованных лиц. При этом в отличие от незаконных актов, действие отмены начинается только с принятием отменяющего акта и обратной силы не имеет<sup>1</sup>.

Что касается непосредственно особенностей отмены обременяющих законных актов управления, то орган, имея полномочия на отмену своего решения, может отменить данный акт в любой момент, соблюдая при этом права лиц на законный порядок отмены. Например, в соответствии со ст. 2.9 КоАП РФ орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием при малозначительности совершенного административного правонарушения. Отмена же законных благоприятствующих актов должна быть допустима лишь в тех случаях, которые прямо предусмотрены в законодательстве (например, если это вызвано публичными интересами). Так, в соответствии с ч. 1 ст. 31 ФЗ «Об обращении лекарственных средств»<sup>2</sup> решение об отмене государственной регистрации лекарственного препарата и исключении лекарственного препарата из государственного реестра лекарственных средств принимается уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в случае представления соответствующим уполномоченным федеральным органом заключения о риске или об угрозе здоровью, жизни человека или животного при применении лекарственного препарата, превышающих его эффективность, по результатам осуществляемого им мониторинга безопасности лекарственного препарата.

На процедуру и основания отмены индивидуальных правовых актов государственного управления оказывают непосредственное влияние не только все представленные классификации индивидуальных правовых актов управления, но и отдельные виды решений органов исполнительной власти, принимаемые в конкретных сферах деятельности данных органов, что закрепляется в ведомственных нормативных правовых актах, в частности в административных регламентах, инструкциях, правилах и положениях, регулирующих осуществление этими органами отдельных административных функций. Стоит сказать, что такое положение не способствует обеспечению единообразия правовых форм деятельности различных органов исполнительной

---

1 Мицкевич Л.А. Административно-правовые акты: деление на благоприятствующие и обременяющие// Российское право в интернете. № 04// [http://www.rpi.msal.ru/prints/201004\\_13mitskevich.html](http://www.rpi.msal.ru/prints/201004_13mitskevich.html)

2 Об обращении лекарственных средств: Федеральный закон от 12.04.2010 № 61-ФЗ// Российская газета. 14.04.2010. № 78



власти и влечет возникновение многочисленных нарушений прав и законных интересов лиц, в отношении которых выносятся индивидуальные акты. Чтобы добиться сокращения подобных случаев, необходимо совершенствование правового регулирования относительно отдельных групп актов:

- закрепление и в науке административного права, и в законодательстве оснований отмены того или иного вида индивидуального акта управления;
- определение процедуры отмены данных актов в зависимости от их разновидности;
- повышение внимания к проблеме защиты прав и законных интересов граждан и организаций при отмене правоприменительных решений государственного управления.

Выполнила: Магодеева Дарья Олеговна

студентка 3 курса Юридического института Сибирского Федерального Университета

Научный руководитель: Мицкевич Людмила Абрамовна, профессор кафедры конституционного, административного и муниципального права Юридического института Сибирского федерального университета

Тема: «Прекращение действия административно- правового акта в административном и судебном порядке: сравнительно-правовой аспект»

В административно-правовой практике существуют различные понятия, характеризующие юридическое прекращение действия административно-правового акта, а именно: «отмена акта», «признание недействующим», «признание недействительным», «признание незаконным», «лишение юридической силы», «признание утратившим силу», «аннулирование», «нуллификация» и др.<sup>1</sup> Основными способами, которые можно использовать для правовой защиты публичных или индивидуальных интересов физических или юридических лиц, являются административный и судебный порядок прекращения действия неправомερных актов управления

Административный порядок прекращения действия административно-правового акта заключается в исключительном праве органа, издавшего акт, а также вышестоящего органа, уполномоченного на совершение такого действия, отменить данный акт. Понятие отмены административно-правовых актов в Российской Федерации используется как в отношении случаев отмены незаконных актов, так и в отношении случаев прекращения действия актов в связи с их нецелесообразностью в административном порядке. На том же принципе основывается и отмена административно - правовых актов в Германии. Однако административное право Германии в данном вопросе имеет свою особенность, которая заключается в том, что отмена как противоправного, так и законного административного акта зависит от того, является ли акт обременяющим или предоставляющим выгоду (благоприятствующим).<sup>2</sup>

В административном праве Германии отличие отмены противоправных (незаконных) актов от отмены правомерных (законных) актов имеет широкое практическое значение. Отмена противоправных актов (Rücknahme)

1 Российское административное право: Учебник/ Под ред. В.М. Манохина, Ю.С. Адушкина, З.А. Багишаева. М., 1996. С. 166.

2 Мицкевич Л.А. Основы административного права Германии. Красноярск, 2008. С. 139-141.

осуществляется вне зависимости от того, вступил этот акт в законную силу или нет, т е является ли он ещё подлежащим обжалованию или обжалование в процессуальных рамках уже невозможно. Эта отмена осуществляется, как правило, тем органом, который принял данный акт, и происходит вне рамок формализованной процедуры обжалования. Правовое регулирование данного вида отмены закреплено в § 48, 50 Закона об административной процедуре. Отмена правомерного (законного) акта (Widerruf), которая также возможна вне зависимости от того, действуют ещё сроки для обжалования или нет, регулируется § 49, 50 Закона об административной процедуре.<sup>1</sup> Таким образом, важным аспектом отмены административных актов в немецком административном праве является то, что существуют два вида отмены административно-правовых актов в зависимости от того, является ли акт противоправным или нет. Тем самым существуют различные термины для обозначения этих видов отмены (Rücknahme и Widerruf).

Хотелось бы обратить внимание на особенность отмены благоприятствующих и обременяющих административно-правовых актов.

Отмена противоправного акта, предоставляющего выгоду, регулируется специально в § 48 предл. 2 Закона об административной процедуре. Для такого рода актов отмена производится самим органом, т е в данном случае отмена акта – это право (усмотрение) органа, поскольку право сторон на обжалование акта регулируется другими правилами.

Отмена обременяющего противоправного акта возможна относительно всего акта в целом или его отдельной части, а также этот акт может быть отменён с момента вступления его в силу или с момента вступления в силу отменяющего акта.<sup>2</sup>

Также отмена предоставляющего выгоду противоправного акта зависит от того, имеет ли этот акт денежную или вещную форму исполнения, в указанных случаях установлен общий запрет на отмену такого акта, за исключением прямо предусмотренных законом обстоятельств. В других случаях также может действовать запрет на отмену акта, если эта отмена может вызвать требование адресата акта о материальной компенсации. Законодатель исходит из того, что сторона, получившая выгоду, предполагала постоянность, неизменность, законность административного акта, т е относилась с доверием к акту, и это доверие «достойно защиты». Срок для принятия акта об отмене установлен в течение года с момента, когда органу стали известны все факты, необходимые для принятия решения об отмене.

Для отмены обременяющих и иных, не предоставляющих выгоду актов (§ 49 предл. 1 Закона об административной процедуре), установлены правила о том, что отмена производится самим органом по его усмотрению в соответствии с компетенцией. Это означает, что у самого органа есть право на отмену своего акта, а у сторон имеется право не на отмену акта, а на то, чтобы сама отмена по усмотрению органа была законной и правомерной. Отменены могут быть акты, вступившие и не вступившие в силу, акт может быть отменён

---

<sup>1</sup> Закон об административной процедуре ФРГ (Verwaltungsverfahrensgesetz) от 25 мая 1976 г.

<sup>2</sup> Мицкевич Л.А. Указ. соч. С. 139-141.

полностью или частично. При этом в отличие от незаконных актов, действие отмены начинается только с принятием отменяющего акта и обратной силы не имеет. Орган не может отменить акт, если ему предстоит принять новый акт с таким же содержанием. Возможны и другие причины, не позволяющие отменить законный акт.<sup>1</sup>

Отмена предоставляющих выгоду законных актов в принципе допустима, лишь если это прямо предписано в правовых нормах, если распоряжение о получении выгоды не было исполнено в течение установленного срока и в других случаях, если эта отмена вызвана публичными интересами. При этом сторона, чьи интересы затронуты, может претендовать на возмещение имущественного ущерба, если это связано с необходимостью «защиты доверия».<sup>2</sup>

Судебный порядок прекращения действия административно-правовых актов является важным институтом, гарантирующим юридическую защиту граждан в отношении неправомерных действий администрации.

Хотелось бы обратиться к немецкому правовому опыту при рассмотрении судебного и административного порядка прекращения действия актов управления.

Международные требования к средствам юридической защиты применимы, и они перенесены в немецкое процессуальное законодательство. Как только гражданин получает административный акт, он может обжаловать его в администрации с так называемым «возражением» (*Widerspruch*).<sup>3</sup> В данном случае «возражение» гражданина против акта управления будет производиться в административном порядке. Такое возражение по своей сути является ничем иным, как материально-правовым требованием, обращенным к другой стороне административного правоотношения, и, в отличие от процессуального требования, направленным на урегулирование спорных вопросов без участия третьей стороны.<sup>4</sup> Если администрация оставляет акт в силе (в этом случае это обычно вышестоящий орган, издавший административный акт), гражданин может подать в суд так называемый «иск об оспаривании» «*Anfechtungsklage*». Это судебный иск, направленный против административного акта, с просьбой к суду аннулировать данный акт путем применения так называемого иска об аннулировании. Как административное обжалование, так и судебный иск имеют, при обычных обстоятельствах, эффект временной приостановки действия («приостанавливающий эффект»)<sup>5</sup> Это значит, что администрация не может исполнить свой административный акт с момента подачи гражданином судебного иска до тех пор, пока не будет принято решение административным органом и судом. Есть много исключений, но принцип таков: исполнение приостанавливается до принятия решения по административному обжалованию или судебному иску. Компетентный суд - это не гражданский суд, а специализированный административный суд, который

1 Мицкевич Л.А. Указ.соч. С. 139-141.

2 Там же.

3 Зеленцов А. Б. Административно-правовой спор (теоретико-методологические подходы к исследованию) // Правоведение. 2000. № 1. С. 70.

4 Амирганов Михаил. *Widerspruchsverfahren: Процедура подачи возражения (протеста)* // *neue Zeiten*. 2009. № 09(075). С. 2.

5 Старилов Ю.Н. *Административная юстиция. Теория, история, перспективы*. М.: Издательство НОРМА, 2001. С.38-42.

есть в Германии. Существует закон, называемый «Verwaltungsgerichtsordnung» (Административно-процессуальный кодекс для административных судов, который был принят в своей первоначальной версии в 1960 г.), в котором установлено наличие от двух до четырех административных судов в каждом из 16 регионов Германии. В каждом регионе есть Высший административный суд, и самой высокой инстанцией является Федеральный административный суд.<sup>1</sup>

Цель «иска об оспаривании» («Anfechtungsklage») заключается в аннулировании административно-правового акта. Главным здесь является то, что истец может или должен быть в состоянии заявить, что данный акт напрямую затрагивает его интересы. Если это не так, его иск будет объявлен в качестве не принимаемого судом. Соответственно, истец никогда не может заявить только то, что административный акт, который он оспаривает, является незаконным. Данный акт должен непосредственно затрагивать его интересы.

Это не означает, тем не менее, что третья сторона никогда не может обжаловать административный акт, который был издан в отношении другой стороны. Административный акт может нарушить также права третьих лиц, даже если акт не направлен лично в их адрес. Типичным примером является разрешение на строительство для соседа. Если гражданин считает, что этот акт нарушает его права, потому что новое строительство может иметь последствия для безопасности или иным образом затрагивает его интересы, он может обжаловать его, в результате чего строительство будет приостановлено.

Во многих случаях, однако, истец не будет удовлетворен тем, что административный акт аннулирован; в частности, в случаях, когда акт уже причинил вред или стал неактуален. Например, принят административный акт, который признаёт незаконной демонстрацию, следовательно, она не может быть проведена. Истец не заинтересован в судебном аннулировании данного акта, если дата, на которую запланирована демонстрация, уже прошла. В этом случае суд определит, что административный акт был противоправен. С этим решением истец может затем обратиться за компенсацией в случае, если имели место убытки, в гражданский суд (к ведению которого относятся вопросы, относящиеся к государственной ответственности).<sup>2</sup>

Рассмотрев судебный и административный способы прекращения действия административно-правовых актов в Германии, можно сделать вывод о том, что осмысление опыта использования процедуры возражения к органу, принявшему акт и ее имплементация в праве современной России, представляется весьма важной теоретической и практической задачей. В этом плане нельзя не приветствовать включение института возражения в один из инициативных проектов закона об административной процедуре.

---

<sup>1</sup> Зоммерманн К.-П., Старилев Ю.Н. Административное судопроизводство (юстиция) в Германии: История развития и основные черты. //Государство и право. 1999. № 7. С. 3-4.

<sup>2</sup> Карстен Вебер. Административное право и правосудие в Германии//Журнал «Закон». 2011. 16 марта. С. 7-9.

## Конституционализм в Казахстане: понятие и этапы становления

Испенбетова Лилия Амангельдиевна,  
студентка 3 курса юридического факультета  
Актюбинского государственного университета им. К. Жубанова

Кулушев Сейткали Максutowич,  
к.ю.н., доцент, декан юридического факультета  
Актюбинского государственного университета имени К. Жубанова

*«Свобода не выживет без принципа  
конституционализма»  
(Томас Вудро Вильсон)*

В разные периоды истории нашей республики существовало своеобразное отношение к конституционализму. Своеобразие данных отношений отразилось на понятии конституционализма в виде недостаточной разработанности в правовой литературе. Попыток ученых сформировать единое понятие в истории было много. Наиболее полное определение данного понятия было дано академиком О.Е. Кутафиным, который рассматривал «конституционализм» как теоретическую, доктрину, связанную с представлением о справедливости, с одной стороны, и как государственный строй с другой. Если следовать данному пониманию, то государство взявшее политику конституционализма за основу собственной политики должно отвечать определенным требованиям. К данным требованиям ученые относят: обеспечение основных прав и свобод человека, верховенство законов, разделение властей, равенство всех перед законом, и т.д.

Также, конституционализм в юридической литературе понимается в широком и узком смыслах. Конституционализм в широком смысле – это теория конституции, история и практика конституционного строительства в той или иной стране, группе стран, мировом сообществе в целом. В узком смысле – целостная система знаний о базовых общечеловеческих политико-правовых ценностях, которые находят свое отображение в демократических конституциях и демократической конституционной теории, их содержании, формах, методах и степени реализации.<sup>1</sup>

Итак, уяснив значение понятия «конституционализм» необходимо перейти к изучению периодизации. Степень развитости конституционализма в разные периоды истории соответствовала степени развитости и защищенности прав и свобод человека и гражданина в государстве. Впервые идеи конституционализма отражаются в конституции Англии в XVII- XVIII веках, конституции США 1787 года, конституции Франции 1781,1791,1793 годов.

---

<sup>1</sup> Юридическая энциклопедия / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. – М., 2001. С. 440-441

Борьба за конституционное развитие и становление в России, Европе и Северной Америке олицетворялось с понятием конституционализма.

На примере Республики Казахстан можно отметить, что эволюция государства в сторону конституционализма произошла только в XX веке, и уже на этой основе можно выделить соответствующие этапы эволюции:

- Досоветский (1900-1917 гг.)
- Советский период (20-е – конец 80-х гг.)
- Завершающий советский период (2-я половина 80-х – 1990-й гг.)
- Постсоветский период суверенного развития Казахстана «де-факто»<sup>2</sup>.

Остановимся на конкретизации последнего периода: Казахстан, в целях достижения легитимности государственной власти, 1 декабря 1991 г. провел выборы первого Президента Республики, и 16 декабря 1991 г. принял Конституционный закон «О государственной независимости Республики Казахстан». Следующим наиболее важным шагом является принятие Конституции, которая завершила становление суверенитета Республики де-юре, и явилось новым шагом на пути к установлению конституционализма де-факто. Конституция Республики предоставила возможность развитию казахстанского общества, политической, социальной, экономической независимости, а также предоставило право выступать на международной арене как новое независимое государство. Охарактеризовав все положительные стороны данной Конституции, можно заглянуть и «по ту сторону зазеркалья» конституционализма. Для этого необходимо раскрыть все проблемы действия Конституции в любом государстве и установить, характерны ли выявленные проблемы для Конституции Республики.

О проблемах действия Конституции в юридической литературе высказываются по-разному. Разрешение данной проблемы имеет большое значение, так как Конституция, независимо от формы государства, играет важнейшую роль в жизни общества. Поэтому для любого общества еще до принятия Конституции необходимо полностью изучить проблемы, которые могут возникнуть в последующем. Рассматривая проблемы действия Конституции их можно подразделить на определенные периоды, такие как разработка основных положений и, непосредственно, действие самой Конституции.

Если рассмотреть первый этап, то он характеризуется разработкой как норм и концепций, так и установлением определенного механизма действия после принятия. При этом если концепции Конституции не будут достаточно разработаны, основываясь на ее практическое применение, то разграничение положений «де-юре» и «де-факто» будут значительными. К примеру можно привести положения Конституции Республики Казахстан 1993 года.

В положении о праве собственности на землю было закреплено право государственной собственности. Но общество не стоит на месте и постепенно переходит к рыночным отношениям, а рыночные отношения даже и

---

<sup>2</sup> Котов А.К. Конституционализм в Казахстане: опыт становления и эффективность механизма власти. Алматы, 2000. С.27

представить нельзя без частной собственности на землю. Поэтому данная концепция права собственности была противоречива. В данной Конституции «полушага» как называл Конституцию 1993 г. Президент Н.А. Назарбаев, говорилось лишь о равенстве субъектов собственности, а не о равной защите и не о формах собственности<sup>3</sup>.

Но может быть и так, что концепция ясна, а конституционные нормы не следуют в полной мере ее положениям. Например, концепция разделения власти в Конституции Республики Казахстан 1993 года: Положения и механизм сдержек и противовесов между различными ветвями были установлены, а практическое применение не удалось осуществить. Только посредством принятия Конституции Республики Казахстан 1995 года удалось применить практически механизм взаимоконтроля между различными ветвями власти.

Необходимо отметить, что концепции Конституции не должны разрабатываться узким кругом специалистов. К их разработке следует привлекать представителей различных партий, классов, наций, социальных групп для того, чтобы выяснить и принять во внимание их интересы, требующие регулирования нормами Конституции. Ведь интересы указанных субъектов общественных отношений в совокупности представляет интересы всего общества, и неучет чьих-либо интересов может отрицательно сказаться на государственности в целом<sup>4</sup>.

Так, при разработке положений Конституции Республики Казахстан 1993 года во внимание были взяты интересы всех наций проживающих на ее территории, но в обществе еще сохранились противоречия вплоть до принятия новой Конституции 1995 года. Поэтому только при реальном закреплении положения народа и их прав, свобод и интересов возможно признание любого закона.

При разработке положений Конституции также возможно применение консенсуса, так как наиболее противоречивые вопросы должны решаться именно посредством достижения наиболее гибкого решения, учитывающего интересы каждого субъекта общественных отношений. Достигнутый консенсус в многонациональном обществе обеспечил разрешение противоречий лишь на время. Данный вопрос ежегодно поднимается в обществе, причиной этому служит несоответствие установленного, в ст. 7 Конституции Республики Казахстан статуса русского и казахского языка, применяемому на практике. Разногласия в обществе по данному поводу возникают по разным причинам, что никак не допустимо для многонационального государства утверждающего себя правовым.

Тем самым, проведя анализ основных положений и проблем Конституции Республики, можно сделать вывод, что, именно, данная конституционная эволюция предоставила Республике для перспективного развития и укрепления конституционного государства.

---

<sup>3</sup> Назарбаев Н.А. Конституция начинает жить. Речь на торжественной церемонии официального представления новой Конституции Республики Казахстан 6 сентября 1995 года в Алматы // Вести Казахстана. 08.09.95г.С.45.

<sup>4</sup> Сапаргалиев Г. Конституционное право Республики Казахстан: Академический курс. Изд. 3-е, с доп. – Алматы: Жеті Жарғы, 2007. С.39

Итак, Казахстанский конституционализм – есть не просто верховенство Конституции над государством, но и также историческое предопределение ею структуры и механизма этого государства вследствие легитимирования верховной власти и установления ее пределов самим народом Казахстана.



## **Лимит на легионеров как нарушение конституционного права иностранных граждан на труд**

Мовродов Валентин Иванович,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шарнина Любовь Александровна,  
к.ю.н., доцент кафедры конституционного, административного и  
муниципального права Юридического института СФУ

Проблема толкования и реализации норм трудового права о недопущении дискриминации граждан входит в круг наиболее актуальных проблем для российского правоприменителя. Ведь число граждан, полагающих, что им незаконно отказали в приеме на работу либо неправомерно ограничили их права по дискриминирующим основаниям, все время растет. Одним из проявлений дискриминации граждан, которое остро проявляется в последнее время, является ограничение права на труд в связи с национальной и политико-правовой принадлежностью. Данному виду ограничений, связанному с установлением лимита легионеров для профессиональных спортивных клубов, посвящена настоящая статья.

Прежде всего, следует определиться с понятиями. Лимит на легионеров – это установленное в локальном правовом акте и выражающееся в различных формах ограничение числа спортсменов-иностранцев в составе спортивной команды. Подобные лимиты существуют в различных видах спорта, но нами были выбраны футбольные соревнования, а именно, «СОГАЗ-Чемпионат России по футболу», проводимый Некоммерческим партнерством «Российская Футбольная Премьер-Лига», поскольку именно в данных соревнованиях введение лимита вызвало наибольший общественный резонанс.

«СОГАЗ-Чемпионат России по футболу» проводится ежегодно, правила его проведения и, в частности, лимит на легионеров были утверждены Российским футбольным союзом, общественной организацией, занимающейся проведением чемпионата страны, иных официальных футбольных турниров, а также поддержкой, развитием и популяризацией футбола в целом.

В соответствии с установленным лимитом на легионеров, в ходе футбольного матча на поле из одиннадцати игроков команды могут находиться не более шести легионеров. Об этом говорит пункт 5.9 Регламента чемпионата России по футболу на 2011/12 годы. Легионером же считается футболист, не имеющий паспорта и гражданства Российской Федерации.<sup>1</sup>

В странах Европы, входящих в ЕС, эта проблема стоит не так остро, как у нас, так как там по соглашению между соответствующими государствами, граждане одной из стран в ЕС не считаются иностранцами в другой.

---

<sup>1</sup> Регламент чемпионата России по футболу среди команд клубов премьер-лиги на 2011/12 гг., принят и утвержден Российским футбольным союзом // [http://rus.rfpl.org]

Лимит на легионеров был введен с целью стимулирования клубов к финансированию собственных спортивных школ и способствованию развитию детско-юношеского футбола. На практике это привело к тому, что российские игроки, значительно уступающие в классе легионерам, за счет лимита получали больше игровой практики, а после этого, требовали повышения зарплат, понимая, что они находятся в выигрышном положении. Ведь спрос на них заметно повысился.

В российском законодательстве под иностранным гражданином понимается - физическое лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее доказательства наличия гражданства (подданства) иностранного государства.<sup>1</sup>

Конституция закрепляет положение о том, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме специально установленных случаев.

Соответственно, на иностранцев распространяются статьи 19 и 37 Конституции РФ, гарантирующие равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от национальности, политико-правовой принадлежности, иных обстоятельств, и закрепляющие свободу труда и право каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию.<sup>2</sup>

Каждый имеет равные возможности для реализации своих трудовых прав. Запрещается ограничение трудовых прав или предоставление преимуществ в связи с расовой, половой, национальной либо иной принадлежностью.

Однако если такие ограничения или преимущества связаны с деловыми качествами работника, то это не будет являться дискриминацией, так как обусловлено характером деятельности и целью работодателя повысить эффективность выполняемых работ.<sup>3</sup>

Таким образом, иностранные граждане пользуются правами и исполняют обязанности в трудовых отношениях наравне с российскими гражданами, т.е. законодательство исходит из применения в области трудовых отношений принципа национального режима. Следовательно, на них распространяются общие положения трудового законодательства.

В частности, законом устанавливается, что иностранные граждане пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных законом.

---

1 О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федеральный закон от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ (ред. от 06.12.2011) // Собрание законодательства РФ, 29.07.2002, № 30, ст. 3032.

2 Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 26.01.2009, N 4, ст. 445.

3 Трудовой кодекс Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 22.11.2011) // Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, N 1 (ч. 1), ст. 3.

Законодательством Российской Федерации установлены различные ограничения права на труд для иностранцев. Гражданин иностранного государства должен получить разрешение на работу на территории Российской Федерации.

Кроме этого, работодатель, желающий нанять иностранного гражданина для осуществления последним трудовой деятельности, обязан, в установленном законодателем порядке, получить разрешение на привлечение и использование иностранных работников. Однако, в случае, если привлекаемый иностранный гражданин является высококвалифицированным специалистом, то работодатель может заключать с ним трудовой договор и при отсутствии указанного разрешения.

Установлены области трудовых отношений и должностей, в которых запрещено привлечение труда иностранцев: любые выборные должности в органах государственной власти и управления; иностранцам запрещено входить в состав членов экипажа воздушных судов; быть капитанами водных судов и др.<sup>1</sup>

Так, только граждане РФ могут быть: прокурорами и следователями, судьями, нотариусами.

Кроме этого, иностранные граждане не могут занимать должности, каким-либо образом связанные с государственной безопасностью Российской Федерации.

Также, одним из условий, исключаящим дискриминацию, будет являться факт военных действий, либо иной ситуации, которая угрожает безопасности государства. Причем, меры по отступлению от принципа запрещения дискриминации могут быть приняты только в той степени, в какой они могут служить средством для борьбы со сложившейся ситуацией. Такое положение было закреплено в «Конвенции о защите прав человека и основных свобод» 1950 года. Данная Конвенция была ратифицирована Российской Федерацией в 1998 году.

Таким образом, после анализа положений законодательства о случаях, когда возможны исключения из принципа запрещения дискриминации, можно с уверенностью сделать вывод, что лимит на легионеров не подходит под признаки исключений, связанных с обеспечением безопасности государства. То есть, может являться нарушением конституционного права иностранного гражданина на труд.

Для убедительности сделанного вывода необходимо также удостовериться, что занятость легионеров – есть реализация права на труд.

Право на труд было впервые провозглашено как важнейшее международное признанное право человека во Всеобщей декларации прав человека. Затем это право в расширенном виде было зафиксировано в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах.

---

<sup>1</sup> О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 25.07.2002 N 115-ФЗ (ред. от 06.12.2011) // Собрание законодательства РФ, 29.07.2002, N 30, ст. 3032.

В Пакте право на труд трактуется, как право каждого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается.<sup>1</sup>

Теперь следует проанализировать российское законодательство в соответствующей сфере.

Статьей 348.1 ТК РФ устанавливается, что спортивный работник наделяется следующими трудовыми функциями:- подготовка к спортивным соревнованиям и участие в спортивных соревнованиях по определенным виду или видам спорта.<sup>2</sup>

В статье 2 Федерального закона «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» даётся законодательное определение термина «спортсмен». Спортсмен – это физическое лицо, занимающееся выбранными видом или видами спорта и выступающее на спортивных соревнованиях.<sup>3</sup>

Модельный закон «О профессиональном спорте» выделяет дополнительную категорию спортсменов - профессиональный спортсмен - физическое лицо, для которого занятия профессиональным спортом являются основным видом деятельности, заключившее трудовой договор в области профессионального спорта (контракт о спортивной деятельности) и получающее вознаграждение (включая заработную плату) за подготовку к спортивным соревнованиям, участие в них и показанные результаты.<sup>4</sup>

На основании трёх, приведенных выше, положений можно сделать вывод, что в трудовую функцию спортсмена включается не только участие в спортивных соревнованиях, но и подготовка к ним, то есть тренировочный процесс. За подготовку к соревнованиям спортсмен получает заработную плату, следовательно, эта подготовка также входит в трудовую деятельность спортсмена.

Таким образом, мы установили, что труд игрока это не только участие в проводимых футбольных матчах. В этом выражается особенность трудовых правоотношений, их отличие от гражданско-правовых. При выполнении гражданско-правовых обязательств, например по договору оказания услуг, для заказчика важен результат произведенной деятельности, а в трудовых отношениях важен не только результат, но и сам процесс осуществления деятельности. Иными словами, для работодателя, привлекающего футболиста-иностранца в качестве работника, важен весь тренировочный и подготовительный процесс, а не только игра, показанная непосредственно в ходе соревнований.

Получается, что понятие «труд игрока» более широкое, чем понятие «участие игрока в матчах (соревнованиях)».

В российском законодательстве возможно установление преимущественной занятости граждан государства по сравнению с

---

1 См., напр.: Международное частное право: Учебник. / М.М. Богуславский. М., Юристъ, 2004. С. 172

2 Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, N 1 (ч. 1), ст. 3.

3 О физической культуре и спорте в Российской Федерации: ФЗ РФ от 04.12.2007 N 329-ФЗ (ред. от 06.12.2011) // Собрание законодательства РФ, 10.12.2007, N 50, ст. 6242

4 О профессиональном спорте: Модельный закон от 31 мая 2007 года, принят на двадцать восьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ // [http://www.lawmix.ru]

иностранцами в случаях, когда такое положение основывается на специфике отрасли либо особенностях трудовой деятельности. По общему правилу, ограничения для иностранцев в сфере труда не допускаются. Таких ограничений не должно быть и в сфере профессионального спорта.

Это объясняется тем, что профессиональный спорт, такая сфера трудовых отношений, где достижение высоких результатов непосредственным образом связано с квалификацией спортсменов. В целях достижения наивысших результатов работодатели (спортивные клубы) заинтересованы привлекать в команды спортсменов, обладающих высокой квалификацией, в том числе и иностранцев. Поэтому в случае введения ограничений, подобных лимиту на легионеров, профессиональный спорт может оказаться в состоянии стагнации. Имеет место искусственное подавление конкуренции, переоценка российских игроков. Подводя итог, можно сказать, что введение ограничений прав иностранцев в сфере профессионального спорта, и в частности лимита на легионеров, является необоснованным, так как может пагубно сказаться на уровне спортивных результатов, будет противоречить самой сути профессионального спорта.

На основании всего вышесказанного можно сделать вывод, что правило лимита на легионеров является существенным ограничением права иностранных граждан на труд, а именно, принципа равенства граждан в трудовых отношениях, так как иностранцы, согласно данному правилу, не могут осуществлять свою трудовую деятельность наравне с гражданами Российской Федерации.

## **Новый критерий допустимости проведения конкретного конституционного контроля в Конституционном суде Российской Федерации**

Печурина Анастасия Евгеньевна,  
студентка 3 курса очно-заочного отделения  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шарнина Любовь Александровна,  
к.ю.н., доцент кафедры конституционного, административного и  
муниципального права Юридического института СФУ

Дискуссии по поводу круга субъектов, объема их прав, актов, в отношении которых осуществляется нормоконтроль Конституционного Суда, делятся еще с 1993 года, со времени подготовки проекта Федерального конституционного закона «О Конституционном суде Российской Федерации». Принятие Конституции Российской Федерации, в статье 125 которой эти вопросы были урегулированы, не сняла их остроты ввиду множественности толкований в научной среде ее положений. Эта статья вызывала много вопросов в среде конституционалистов. Среди них: какой круг субъектов имеет право на обращение в Конституционный Суд РФ с жалобой на нарушение конституционных прав и свобод граждан? Какие суды вправе обращаться в Конституционный Суд РФ с запросами в соответствии с частью 4 статьи 125 Конституции? И многие другие.

В связи с неоднозначностью решения данных вопросов было решено ввести в Федеральный конституционный закон статью, где бы раскрывался весь круг субъектов, которые имеют право обратиться с «конституционной жалобой» (статья 96 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Позднее, в 1996 г., Конституционным Судом РФ было вынесено Постановление, в котором были разъяснены отдельные положения статьи 96.<sup>1</sup> Решение вопроса о том, какие суды могут обращаться с запросом в Конституционный Суд РФ, был решен 17 декабря 1993 года Конституционный Суд РФ указал, что «Правом на обращение в Конституционный Суд с запросом о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле, обладает суд, рассматривающий это дело».<sup>2</sup> Данные решения определили дальнейшее применение положения части 4 статьи 125 Конституции.

Спустя некоторое время после принятия Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» у суда возник новый

---

<sup>1</sup>Постановление Конституционного Суда РФ от 24.10.1996 № 17-П "По делу о проверке конституционности части первой статьи 2 Федерального закона от 7 марта 1996 года "О внесении изменений в Закон Российской Федерации "Об акцизах" // "Российская газета", N 213, 06.11.1996

<sup>2</sup> Митюков М.А. О некоторых аспектах дискуссии о полномочиях Конституционного Суда России (по материалам подготовки и принятия проекта ФКЗокС) // Конституционное и муниципальное право. 2011. №5. С. 50-59

вопрос, связанный с возможностями граждан подачи жалобы в Конституционный Суд на нарушение своих прав и свобод и судов, направляющих запрос о проверки конституционности закона, *примененного или подлежащего применению в конкретном деле*. И вот 9 февраля 2011 года вступила в силу восьмая поправка, внесенная в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», которая конкретизировала пункт 3 статьи 3, ограничив буквальный смысл статьи Закона в прежней редакции, теперь Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан проверяет конституционность закона, лишь примененного в конкретном деле. Также был введен пункт 3.1, который указал на возможность судов направлять в Конституционный Суд запросы о проверке конституционности закона, подлежащего применению соответствующим судом в конкретном деле. В Пояснительной записке к проекту<sup>1</sup> говорилось, что конкретизация данных положений устранил возможность возникновения коллизий в судебной системе.

Однако среди ученых – конституционалистов данные изменения вызвали неоднозначную реакцию. Но все они единодушны во мнении, что эффективность реализации новелл довольно сомнительна.

Согласно пояснительной записке: «все изменения направлены на оптимизацию процедуры конституционного судопроизводства с целью повышения ее эффективности», отражают опыт конституционного судопроизводства иностранных государств. При этом, однако, не были учтены целесообразность перенесения «чужой» сложившейся практики на российскую действительность, а также требования о соответствии вводимых изменений требованиям Конституции Российской Федерации.

Прежняя редакция Федерального конституционного закона «О Конституционном суде Российской Федерации» гласила: «В целях защиты основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции Российской Федерации на всей территории Российской Федерации Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле». Данная трактовка полностью воспроизводила часть 4 статьи 125 Конституции Российской Федерации.

Если рассматривать часть 4 статьи 125 Конституции Российской Федерации в буквальном смысле, то объем права гражданина на обращение в Конституционный суд Российской Федерации о проверке конституционности закона включал в себя возможность подачи «конституционной жалобы» как на нарушение конституционных прав и свобод, так и на закон, подлежащий применению в конкретном деле. Федеральный конституционный закон «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 03.11.2010г. №7-ФКЗ внес

---

<sup>1</sup> Пояснительная записка к проекту федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

некоторое разграничение или, точнее сказать, «конкретизацию» критериев допустимости «конституционной жалобы». В соответствии с новыми требованиями «конституционная жалоба» может быть признана допустимой только тогда, когда закон, нарушающий права и свободы граждан либо их объединений, был уже применен в конкретном деле. Этому есть объяснение, которое приводит в своей статье Гаджиев Г.А. - судья Конституционного Суда Российской Федерации, и связано оно, прежде всего, с тем, что после ратификации в 1998 году Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к Российской Федерация признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека и 10 октября 2003 г. было принято Постановление Пленума ВС РФ № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». После этого Конституционный Суд, руководствуясь принципом субсидиарности, стал усложнять условия допустимости жалобы в Конституционный Суд, вводя требование об обращении за защитой сначала в иные суды.<sup>1</sup> Внесением изменений в Закон о Конституционном Суде РФ именно эта тенденция была взята за основу.

Помимо ужесточения требований к допустимости конституционной жалобы в виде подачи ее на нарушение прав и свобод уже примененным законом, существует еще два ограничения. Первое заключается в том, что закон должен быть применен в конкретном деле, но не любым органом власти (в т.ч. не властным органом), а именно судом при рассмотрении дела в любой инстанции. Данное положение рассматривается как обязанность граждан до обращения в Конституционный Суд пройти другие судебные инстанции, чтобы устранить возможную конкуренцию судебных решений. Константин Сурков отмечал, что «КС так или иначе не способен одолеть всю эту кипу дел. Поэтому он должен рассматривать только подтвержденные обращения, прошедшие через иные суды»<sup>2</sup>.

Многие ученые, такие как Н.В. Витрук, С.А. Авакьян, Г.А. Гаджиев, в своих научных работах рассматривают еще один критерий сдерживания: жалоба частных лиц или объединений граждан сводится только лишь к возможности обжалования *закона* и никаких других актов. Тогда как, например, в Германии индивидуальная жалоба в Конституционный Суд может быть подана не только на закон, но и на любой акт, ограничивающий права и свободы гражданина.<sup>3</sup>

Новеллы усложнили также обращения судов в Конституционный Суд. После вступления в силу изменений от 3 ноября 2010 года суд может обратиться в Конституционный Суд РФ только с запросом о проверке конституционности закона, *подлежащего применению* в конкретном деле (ранее допускалась проверка конституционности закона, уже примененного в конкретном деле гражданина). Суд второй и последующих инстанций в этом случае

---

1 Гаджиев Г.А. Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»: новеллы конституционного судопроизводства 2010 г. // Журнал российского права. 2011. №10. С. 17-26.

2 В. Петров Правосудие без возраста / Российская газета. 2010. 27 октября.

3 Гаджиев Г.А. Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»: новеллы конституционного судопроизводства 2010г. / Журнал российского права. 2011. №10.



«сталкивается с ситуацией уже примененного закона, и как будто лишается возможности обращения в КС»<sup>1</sup>. Но существует статья 101 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», которая не исключает право обращения судов других инстанций в Конституционный Суд, если посчитает, что подлежащий применению закон не конституционен. Но среди ученых существуют другие мнения о возможном развитии событий. Они предлагают все же уточнить возможность судов последующих инстанций обращения в Конституционный Суд с запросом, так как выражение сомнений судом по поводу конституционности того или иного закона связано с оценкой закона, а значит и с началом судебных тяжб. Здесь вопрос состоит именно в формулировке фразы «*подлежащий применению закон*», так как во второй и последующих инстанциях это звучит как: «*примененный закон*» и, соответственно, последствия применения этих оборотов абсолютно разные. Сурен Адибекович Авакьян в своей статье предложил решить эту проблему, не меняя ничего, т.е. оставить прежнюю формулировку, записанную в Конституции Российской Федерации<sup>2</sup>.

В завершение рассмотрения данного вопроса хотелось бы отметить, что данные новеллы вызвали серьезный резонанс в ученой среде. Но факт заключается в том, что именно Конституционный Суд выступил с инициативой внесения данных изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», а, значит, посчитал, что изменение старой системы необходимо. Но пока не сложилась правоприменительная практика по данному вопросу, новые критерии будут видоизменяться, совершенствоваться и, возможно, через некоторое время снова будет также активно обсуждаться «уточнение каких-либо формулировок» или принятие новых уточняющих положений. Но какими бы не были соображения инициаторов изменения Закона, все же во главе угла должна стоять Конституция Российской Федерации. И через изменение законодательного регулирования вносить коррективы в сам текст Конституции недопустимо.

---

1 Кряжков В.А. Законодательная модернизация Конституционного Суда Российской Федерации / Конституционное и муниципальное право. 2011. №10. С. 29 – 34.

2 Авакьян С.А. Конституционный Суд Российской Федерации: неоднозначные законодательные новеллы / Конституционное и муниципальное право. 2011. №1.

## Понятие, предмет и объект науки конституционного права

Пугачев Александр Николаевич,  
к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права  
Полоцкого государственного университета

Научное знание о праве необходимо отличать от всех иных форм правового сознания. Правоведение подчиняется общим закономерностям становления и развития науки в целом, которые изучаются в рамках особого философского направления, охватываемого понятием «Философия науки». В.М. Сырых подчеркивает<sup>1</sup>, что в рамках этого направления наиболее заметные успехи были достигнуты такими крупнейшими философскими школами, как неокантианство, позитивизм и неопозитивизм, критический рационализм, а также советскими философами.

Правоведение, как и любая иная система научного знания, представляет собой органическое единство результатов познания и самой деятельности, обеспечивающей этим наличные знания. Только на научном, а не на обыденном уровне сознания познающий субъект может объяснить надлежащим образом причины возникновения, существования или изменения наблюдаемых им процессов и явлений, раскрыть основные закономерности общественной жизни.

Наука представляет собой знание о закономерностях функционирования и развития явлений и процессов существующего мира во всем многообразии его связей и зависимостей. Однако каждая отдельная научная отрасль отражает какую-либо конкретную совокупность объективных закономерностей, понимаемую как **предмет** этой науки, и «наличие своего, не дублируемого другими науками предмета является необходимым условием обособления, выделения той или иной системы знаний в отдельную отрасль»<sup>2</sup>. Познание предмета происходит от эмпирических форм к теоретическим обобщениям, ведь объективные закономерности в праве не существуют в чистом виде, их выявляют через теоретическое познание. В связи с этим совокупность явлений и процессов объективной реальности, которую изучают науки в процессе познания своего предмета, понимается как **объект** этих наук. Не случайно в науке выделяют два уровня познания: *эмпирический* и *теоретический*.

Познание предмета науки во всей его полноте и всесторонности возможно лишь в форме **теории**, то есть глубокого и системного знания, основанного на каком-либо едином, объединяющем начале. Для того, чтобы были получены объективно-истинные знания, в науке применяются способы научного познания, именуемые **методами** (всеобщий философский, общие, специальные и частные).

Представители конституционного права в процессе формирования теории неизбежно вынуждены заниматься исследованиями истории развития объекта науки, а полученные знания систематизировать в виде **истории**, которая

<sup>1</sup> См. Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. Т.1.: Элементный состав. М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2000. С. 22.

<sup>2</sup> Там же. С. 25.

отличается от теории тем, что она раскрывает предмет науки не в ее современном состоянии, а в историческом развитии. Для конституционного права очень важна не только история возникновения и развития государственно-правовых институтов, но и сама история науки конституционного права, ведь развитие любой науки подчиняется законам преемственности. Не секрет, что многие, казалось бы, давние идеи актуальны и для сегодняшней науки и конституционно-правовой практики (разделение властей, народовластие, суверенитет, верховенство закона и др.). Н. А. Богданова справедливо отмечает, что «исторический подход к изучению Конституционного права – необходимый фактор полноценного развития науки, но и дань памяти тем, кто трудился на ее благо»<sup>1</sup>.

В науке конституционного права может произойти смена одной научной теории другой за счет постепенного накопления эмпирических и теоретических знаний, а также в результате укрепления в обществе новых мировоззренческих основ, смены политического курса государства, восприятия иных идеологических ценностей и т.п. Поэтому в дискуссии по объекту и предмету науки конституционное право никогда не будет поставлена точка, ведь всякое научное знание неизбежно вступает в противоречие с системой наличных знаний и приводит к борьбе различных точек зрения, школ и учений. Но для развития науки это нормальное состояние, так как способствует появлению новых, более совершенных знаний.

Понимание конституционного права как науки, отрасли и учебной дисциплины во многом предопределено решением вопроса о соотношении объекта и предмета науки конституционного права. Как было отмечено, нельзя допускать смешения объекта и предмета науки. Объект науки всегда находится вне ее, а предмет науки неотделим от нее. В советской юридической науке обоснование последовательного различения предмета и объекта науки было впервые дано в 1961 г. О. А. Красавчиковым применительно к науке гражданского права, а попытка провести грань между предметом и объектом теории государства и права предпринималась П. Е. Недбайло в 1971 г. Кстати, второй автор справедливо обратил внимание на то, что предмет науки определяет точку зрения на объект и находится между субъектом и объектом исследования, выступает как своеобразный посредник между ними. В теории конституционного права вопросами содержательного наполнения предмета в разное время занимались В.Ф. Коток, В.С. Основин, Б.В. Щетинин, В.О. Лучин и др., но зачастую в трудах указанных авторов предмет науки и объект изучения отождествлялись.

В настоящее время утверждается подход, согласно которому объект и предмет изучения необходимо считать разнопорядковыми явлениями. На этот аспект, в частности, обращают внимание Р.В. Енгибарян и Э.В. Тадевосян<sup>2</sup>. Можно сказать, что **объект** изучения относится к праву и проявляет себя в

---

<sup>1</sup> Конституционное право. Учеб. пособие для юридич. вузов. Хрестоматия / Под ред. Н.А.Богдановой. М., 1994. С. 5.

<sup>2</sup> См.: Енгибарян Р.В., Тадевосян Э.В. О некоторых дискуссионных теоретико-методологических вопросах курса конституционного права // Государство и право. 2001. №1. С. 15.

нормах и конституционно-правовых отношениях, а **предмет** изучения имеет отношение к научному знанию о таких нормах и отношениях, получившему свое выражение в научных источниках (монографиях, диссертациях, статьях и т.п.). Как точно указывает Н.А. Богданова, «исследование различных проявлений объектов науки конституционного права способствует всестороннему постижению ее предмета. Поэтому можно утверждать, что объект заключен в предмете науки, а предмет раскрывается через познание объекта»<sup>1</sup>.

Таким образом, **понятие науки конституционного права** отражает объективные закономерности познаваемой наукой конституционного права сферы действия конституционно-правовых норм и иных фрагментов конституционно-правовой действительности, а детализация посредством выделения конкретных объектов исследования и уточнения задач научного поиска позволяет структурировать саму науку.

---

<sup>1</sup> Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М.: Юристъ, 2001. С. 10.

## **Особенности конституционно-правового статуса временно пребывающих иностранных граждан**

Райбекас Алла Ростиславна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шарнина Любовь Александровна,  
к.ю.н., доцент кафедры конституционного, административного и  
муниципального права Юридического института СФУ

Исходя из положений действующего законодательства Российской Федерации можно с уверенностью сказать о многогранности категории временно пребывающих иностранных граждан. Федеральный закон № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» под временно пребывающим в Российской Федерации иностранным гражданином понимает лицо, прибывшее в Российскую Федерацию на основании визы или в порядке, не требующем получения визы, и получившее миграционную карту, но не имеющее вида на жительство или разрешения на временное проживание.<sup>1</sup>

Как следует из законодательного определения, временно пребывающие иностранные граждане по режиму пребывания делятся на иностранцев, прибывших по визе и прибывших в порядке, не требующем получения визы. Кроме того, законодатель, закрепил общий и специальный статус временно пребывающих иностранных граждан. Специальным статусом наделены высококвалифицированные специалисты, иностранные граждане, привлеченные для реализации проекта инновационного центра «Сколково», и иностранные граждане, осуществляющие трудовую деятельность у физических лиц.

Российское законодательство закрепило специальные, отличные от общих, условия пребывания и осуществления трудовой деятельности для данных категорий временно пребывающих иностранных граждан.

Постараемся разобраться с тем, каковы основные особенности и причины, побудившие законодателя наделить указанных иностранных граждан специальным статусом.

Начнем с общих правил, установленных законодателем для временно пребывающих иностранных граждан.

Как уже отмечалось, данная категория дифференцируется в зависимости от режима пребывания на визовый и безвизовый порядок. На наш взгляд, такое деление обусловлено необходимостью закрепить в законе льготные условия для пребывания и осуществления трудовой деятельности гражданами тех стран, с которыми у Российской Федерации заключены соглашения о взаимных безвизовых поездках граждан (например, Соглашение между Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан, Правительством

---

<sup>1</sup> О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 25 июля 2002г. №115-ФЗ (ред. от 06.12.2011)// Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

Кыргызской Республики, Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Таджикистан о взаимных безвизовых поездках граждан от 30.11.2000 г.<sup>1)</sup>

По общему правилу, срок пребывания на территории Российской Федерации временно пребывающих иностранных граждан, определяется сроком выданной им визы. Если же соответствующее лицо прибыло в Россию в порядке, не требующем получения визы, срок его временного пребывания на территории нашей страны не может превышать 90 суток. Данный срок может быть продлен, но, по общему правилу, не может превышать один год со дня въезда в Российскую Федерацию (указанное ограничение срока временного пребывания не распространяется на специальные категории временно пребывающих иностранных граждан, о чем будет сказано далее).<sup>2</sup> Кроме того, законодатель устанавливает обязанность временно пребывающего иностранного гражданина получить миграционную карту, которая, в свою очередь, служит средством контроля за временным пребыванием на территории Российской Федерации.<sup>3</sup>

Законодателем также установлены условия привлечения на работу иностранных граждан. По общему правилу, работодатель имеет право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения и только в пределах ежегодно устанавливаемой Правительством Российской Федерации квоты.

В свою очередь, иностранный гражданин имеет право осуществлять трудовую деятельность только при наличии разрешения на работу. Данные нормы имеют императивный характер, но распространяются не на всех трудящихся-мигрантов. Так, например, статьей 13 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» предусмотрен перечень иностранных граждан, на которых не распространяются указанные ограничения. К их числу закон относит иностранных граждан: постоянно проживающих в Российской Федерации; являющихся участниками Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению соотечественников; являющихся сотрудниками дипломатических представительств, работниками консульских учреждений иностранных государств, сотрудниками международных организаций, а также частными домашними работниками указанных лиц; являющихся работниками иностранных юридических лиц, выполняющих монтажные работы, сервисное и гарантийное обслуживание, поставленного в Российскую Федерацию технического оборудования; являющихся журналистами, аккредитованными в Российской Федерации; обучающихся в Российской Федерации в образовательных учреждениях профессионального образования; приглашенных в Российскую Федерацию в качестве научных работников или преподавателей, в

---

<sup>1</sup>Соглашение между Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан, Правительством Кыргызской Республики, Правительством РФ и Правительством Республики Таджикистан от 30.11.2000 "О взаимных безвизовых поездках граждан" (с изм. от 24.03.2005)// Собрание законодательства РФ. 2003.№ 34. Ст. 3566.

<sup>2</sup> См.: Мосейчук М.А. Особые категории работников. Иностранцы// Заработная плата. №10. 2010. С. 33.

<sup>3</sup> О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 18 июля 2006г. № 109-ФЗ (ред. от 03.12.2011)//Собрание законодательства РФ. 2006. № 30. Ст. 3285.

случае их приглашения для занятия научно-исследовательской или преподавательской деятельностью, либо в качестве преподавателей для проведения занятий в иных образовательных учреждениях; приглашенных в Российскую Федерацию с деловой или гуманитарной целью либо в целях осуществления трудовой деятельности; являющихся работниками аккредитованных представительств иностранных юридических лиц, в пределах численности, согласованной при аккредитации.

Еще одно исключение содержится в заключенном 19 ноября 2010 года между Российской Федерацией, Республикой Беларусь и Республикой Казахстан Соглашении о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей. Указанное соглашение предоставляет значительные преференции для трудящихся – мигрантов, прибывших в Российскую Федерацию из Республики Беларусь и Республики Казахстан. Так, например, предусматривается значительное упрощение порядка пребывания и осуществления трудовой деятельности на территории Российской Федерации для граждан указанных стран.<sup>1</sup>

В соответствии с данным Соглашением работодателю предоставляется право привлекать трудящихся-мигрантов к трудовой деятельности без получения соответствующего разрешения. В свою очередь трудящиеся-мигранты осуществляют трудовую деятельность без учета установленных квот и без получения разрешения на работу.

Думается, что причина введения таких преференций обусловлена исторической общностью национальных культур и выражена в стремлении создать единое экономическое пространство между сторонами Соглашения.

В первоначальной редакции Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» статус временно пребывающих иностранных граждан регулировался единообразно. По мере его применения законодателем была воспринята необходимость дифференциации статуса. Федеральным законом от 19.05.2010 года №86-ФЗ в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» были внесены изменения, в соответствии с которыми была введена категория высококвалифицированных специалистов.<sup>2</sup>

В первоначальной редакции статьи 13.2 к высококвалифицированным специалистам относились иностранные граждане, обладающие профессиональными знаниями и признанными достижениями в трудовой деятельности, при условии, что их заработная плата за период, не превышающий одного года, составит не менее 2 миллионов рублей. Соответственно, единственным обязательным условием для признания иностранного гражданина высококвалифицированным специалистом являлся размер заработной платы. С одной стороны, законодательно установленный минимальный размер оплаты труда для такого специалиста является своего рода

---

<sup>1</sup> О ратификации Соглашения о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей: Федеральный закон РФ от 11 июля 2011г. № 186-ФЗ// Собрание законодательства РФ. 2011. № 29, Ст. 4277.

<sup>2</sup> О внесении изменений в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 19 мая 2010г. № 86-ФЗ//Собрание законодательства РФ. 2010. № 21. Ст. 2524.

гарантией и мерой, позволяющей противодействовать нелегальной миграции. Но, с другой стороны, данное условие не позволяет реализовать задачу, направленную на привлечение в Российскую Федерацию высококвалифицированных специалистов.

В результате, в конце 2010 года в Федеральный Закон «О правовом положении иностранных граждан» вновь были внесены изменения. Новеллы существенно расширили указанную категорию временно пребывающих иностранных граждан. Под высококвалифицированным специалистом, закон стал понимать иностранного гражданина, имеющего опыт работы, навыки или достижения в конкретной области деятельности, если условия привлечения его к трудовой деятельности в РФ, предполагают получение им заработной платы:

1) не менее одного миллиона рублей в год - для высококвалифицированных специалистов, являющихся научными работниками или преподавателями, в случае их приглашения для занятия научно-исследовательской или преподавательской деятельностью, а также для высококвалифицированных специалистов, привлеченных к трудовой деятельности резидентами промышленно-производственных, туристско-рекреационных, портовых особых экономических зон.

2) не менее чем семьсот тысяч рублей в год - для иностранных граждан, привлеченных к трудовой деятельности резидентами технико-внедренческой особой экономической зоны (за исключением индивидуальных предпринимателей);

3) не менее двух миллионов рублей в год – для иных иностранных граждан.

Указанное правило не распространяется на иностранных граждан, участвующих в реализации проекта «Сколково».

Из сказанного видно, что и на сегодняшний день, основным, но не единственным критерием для отнесения того или иного иностранного гражданина к категории «высококвалифицированный специалист», является размер заработной платы. Исключение предусмотрено для участников проекта «Сколково», в отношении которых требования к минимальному размеру вознаграждения отменены.<sup>1</sup>

Вторым критерием является уровень компетентности иностранного гражданина. Работодатель обязан представить сведения о компетентности и об уровне квалификации иностранного гражданина и сведения о документах, подтверждающих наличие у данного специалиста профессионального образования (если соответствующие требования к осуществлению отдельных видов профессиональной деятельности предусмотрены законодательством Российской Федерации), для внесения указанных сведений в банк данных об осуществлении иностранными гражданами трудовой деятельности.

Как и в предыдущей редакции, не придается особого значения специальности, по которой трудится иностранный специалист.<sup>2</sup> Однако действующим законом предусмотрены некоторые ограничения. А именно: не

<sup>1</sup> Об инновационном центре «Сколково»: Федеральный закон РФ от 28 сент. 2010г. № 244-ФЗ (ред. от 28.11.2011)// Собрание законодательства РФ. 2010. № 40. Ст. 4970.  
<sup>2</sup> См.: Сомов А. Добро пожаловать в Россию// Эж-Юрист. 2010.№5. С.20.



могут привлекаться к трудовой деятельности в Российской Федерации в качестве высококвалифицированных специалистов лица для занятия проповеднической либо иной религиозной деятельностью, включая совершение богослужений, других религиозных обрядов и церемоний, обучение религии и религиозное воспитание последователей какой-либо религии. Помимо этого, Постановлениями Правительства Российской Федерации могут устанавливаться ограничения для привлечения к трудовой деятельности в Российской Федерации в качестве высококвалифицированных специалистов иностранных граждан, являющихся работниками организаций розничной торговли, для торгового обслуживания покупателей в процессе розничной торговли товарами народного потребления (включая фармацевтические товары).<sup>1</sup>

Таким образом, законодатель несколько сузил круг лиц, которые могут быть приглашены в качестве таких специалистов.

Необходимость реализации приоритетных направлений модернизации российской экономики породила ряд преференций, предоставляемых высококвалифицированным специалистам. Во-первых, указанные лица исключены из системы квотирования. Во-вторых, они получают разрешение на работу, сроком до 3 лет с правом последующего продления и возможностью получить его одновременно в нескольких регионах. В-третьих, членам семьи высококвалифицированного специалиста, выдаются рабочие визы, и может быть оформлен вид на жительство в России. В-четвертых, высококвалифицированный специалист и члены его семьи, освобождаются от обязанности постановки на миграционный учет, на срок, не превышающий 90 дней и от обязанности постановки на учет по новому месту пребывания, на срок, не превышающий 30 дней.<sup>2</sup>

Что касается работодателей, то для них преимущества нового режима найма таких специалистов заключаются, прежде всего, в том, что они освобождаются от необходимости получения разрешения на их привлечение.

На наш взгляд, введение специального регулирования пребывания на территории Российской Федерации высококвалифицированных специалистов можно рассматривать как шаг к упрочнению положения страны на мировом рынке. Провозглашенное Российской Федерацией направление на инновационное развитие экономики поставило вопрос о кадровом обеспечении такого развития. Несмотря на то, что в России имеется большое число хорошо образованных людей, с каждым годом становится все заметнее необходимость привлечения специалистов из других государств.

Тем временем многие развитые страны уже пришли к выводу о том, что привлечение иностранных ученых, инженеров, преподавателей и других специалистов ведет к так называемому «импорту знаний», что может быть очень выгодным для страны в целом.

По этой причине происходит корректировка миграционного законодательства, и создаются специальные условия для высококвалифицированных специалистов.

---

1 См.: Суховская С.Г., Рымкевич А.В. Топ-кадры из-за рубежа// Главная книга. 2010. №15. С. 17.

2 См.: Бахарев П. Высококвалифицированный специалист – иностранец: порядок трудоустройства// Служба кадров и персонала. 2011. №3. С.119.

На сегодняшний день в России стоит остро не только вопрос о том, как сократить процент «утечки умов» из нашей страны, но и о том, как сделать ее привлекательней для зарубежных специалистов высокого уровня.

В связи с этим нынешнюю политику нашего государства в указанной сфере можно выразить словами Д.А. Медведева о том, что Россия включилась в процесс «охоты за головами».

Следует также отметить, что вопрос миграционной привлекательности страны тесно связан с ее инвестиционной привлекательностью, так как приток инвестиций зачастую предполагает миграцию высококвалифицированных кадров. Исходя из этого важно, что анализируемый закон находится в прямой взаимосвязи с утвержденным Правительством РФ перечнем приоритетных инвестиционных проектов, реализуемых с привлечением иностранных инвестиций. Из числа указанных проектов на сегодняшний день следует особо отметить проект инновационного центра «Сколково», реализация которого происходит не только путем привлечения иностранных инвестиций, но и благодаря участию в нем высококвалифицированных специалистов, привлекаемых из стран ближнего и дальнего зарубежья.

Так, согласно статье 16 Федерального закона «Об инновационном центре «Сколково» юридические лица, участвующие в реализации проекта, вправе привлекать и использовать иностранных граждан для осуществления трудовой деятельности в целях реализации проекта в порядке и на условиях, которые предусмотрены для соответствующих категорий иностранных граждан Федеральным законом "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации".

На иностранных граждан, привлеченных для реализации проекта инновационного центра «Сколково», распространяются все те же преференции, что и на других высококвалифицированных специалистов.<sup>1</sup> Единственное отличие – вне зависимости от размера заработной платы указанные лица признаются высококвалифицированными специалистами.

Положение о присвоении и утрате статуса участника проекта создания и обеспечения функционирования инновационного центра «Сколково» императивно установило, что каждый, кто хочет стать резидентом «Сколково», должен привлечь в свою группу иностранного специалиста, который имеет значительный авторитет в инвестиционной и (или) исследовательской среде. Наличие этого авторитета и есть подтверждение высокого профессионального уровня специалиста.

Федеральным законом от 19.05.2010 № 86-ФЗ в Федеральный закон от 25.07.2002 N 115-ФЗ "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" были введены новеллы, касающиеся регулирования трудовой деятельности иностранцев, работающих у физических лиц. Новый порядок распространяется на иностранных граждан, прибывших в Российскую Федерацию в порядке, не требующем получения визы и получивших патент на осуществление трудовой деятельности у физических лиц. К числу стран, с

---

<sup>1</sup> Об инновационном центре «Сколково»: Федеральный закон РФ от 28 сент. 2010г. № 244-ФЗ (ред. от 28.11.2011)// Собрание законодательства РФ. 2010. № 40. Ст. 4970.

которыми Российская Федерация установила безвизовый режим, относятся, например, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Таджикистан.<sup>1</sup>

В соответствии с положениями статьи 13.3 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» трудовой деятельностью у физических лиц признается привлечение гражданами Российской Федерации к трудовой деятельности по найму на основании трудового договора или гражданско-правового договора на выполнение работ (оказание услуг) для личных, домашних и иных подобных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Как уже было отмечено ранее, высококвалифицированные специалисты обязаны получить разрешение на работу. Тогда как иностранцы, которых для личных нужд нанимают российские граждане, осуществляют трудовую деятельность без такого разрешения, оформляя вместо него патент и предварительно оплачивая его стоимость.

Однако высококвалифицированные специалисты могут переоформлять разрешительный документ один раз в три года. А иностранцы, трудящиеся по найму у граждан - физических лиц, должны беспокоиться о продлении своего статуса примерно один раз в три месяца, то есть в зависимости от того на какой срок им был выдан патент (от 1 до 3 месяцев). Кроме того, если иностранный гражданин, имеющий патент, начнет осуществлять деятельность, не являющуюся трудовой деятельностью у граждан, то он обязан будет получить разрешение на работу в установленном порядке. Такое разрешение может быть ему выдано на срок не более одного года со дня его въезда в Российскую Федерацию. В свою очередь и на ту, и на другую категории, не распространяется система квотирования.<sup>2</sup>

Можно предположить, что подобное законодательное закрепление анализируемой категории, обусловлено необходимостью регламентировать правовое положение массово занятой категории иностранных работников и соответственно упростить порядок их пребывания на территории Российской Федерации.

В заключении, хотелось бы отметить, что современное российское миграционное законодательство является относительно новым и на сегодняшний день оно продолжает динамично развиваться, в том числе в отношении временно пребывающих иностранных граждан, подтверждением чему являются постоянные изменения, вносимые в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан».

Хочется верить, что рассматриваемые новеллы – это шаг на пути создания продуманной и соответствующей интересам страны миграционной политики.

---

<sup>1</sup>См.: Семенихин В. Трудовой договор с гражданином Беларуси// Служба кадров и персонала. 2011. №10. С.120.

<sup>2</sup> О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 25 июля 2002г. №115-ФЗ (ред. от 06.12.2011)// Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

# Гражданское право

## **К вопросу об участии несовершеннолетних в гражданско-процессуальных правоотношениях**

Алексеева Елена Ильинична,  
курсант 4 курса юридического факультета  
Самарского юридического института ФСИН России

Научный руководитель:  
Алексеева Елена Сергеевна,  
к.ю.н., преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин  
Самарского юридического института ФСИН России

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы.

Российское законодательство, в том числе, в области защиты детей формируется и развивается с учетом международных норм и стандартов. В его основу положены важнейшие международно-правовые документы, содержащие основные требования государственной политики в отношении детей.

Статья 1 Конвенции о защите прав ребенка от 20 ноября 1989 г.<sup>1</sup> гласит, что ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигает совершеннолетия ранее.

Законодательством Российской Федерации возраст совершеннолетия определен восемнадцатью годами (ч. 1 ст. 21 ГК).

В научной литературе отмечается, что личность конкретного человека может не соответствовать заложенному в законе представлению о моменте наступления юридической зрелости. И защитой несовершеннолетних в подобных случаях выступают специальные нормы права в разных его отраслях<sup>2</sup>. Высказывается также мнение о том, что дееспособность необходимо оценивать исключительно индивидуально, в зависимости от набора предпосылок, необходимых для осуществления функций. Вопрос о дееспособности несовершеннолетнего гражданина должен решаться судьей в каждом конкретном случае индивидуально. И при приеме искового заявления помимо прочего придется устанавливать готовность субъекта к процессу (деловые, волевые качества; организационные возможности и т.д.). Но с другой стороны, возможно, подобный подход будет способствовать более полной реализации права несовершеннолетнего на защиту<sup>3</sup>.

На наш взгляд, введение в российское законодательство нормы, обязывающей судью в каждом конкретном случае решать вопрос о

1 Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР от 7 ноября 1990 г. № 45. Ст. 955 // Действующее международное право. Т. 2.

2 См.: Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция: проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. М., 2000. С. 12.

3 См.: Хасина Л.К. Особенности правового положения несовершеннолетних лиц, участвующих в гражданском судопроизводстве // Российский судья. 2010. № 10. С. 17.

дееспособности несовершеннолетнего гражданина нецелесообразно. Поскольку в таком случае от судьи будут требоваться знания в области психологии несовершеннолетних. Кроме того, впоследствии, признание (непризнание) несовершеннолетнего дееспособным может стать поводом для обжалования решения суда и его последующей отмены или изменения.

Таким образом, полагаем, что нынешнее позиция законодателя, связывающая наступление совершеннолетия с достижением определенного возраста, является оптимальной.

С участием несовершеннолетних в гражданско-процессуальных правоотношениях связан ряд как теоретических, так и практических проблем, одной из которых является проблема неопределенности их гражданско-процессуального статуса.

Так, согласно ч. 4 ст. 37 ГПК, в случаях, предусмотренных федеральным законом, по делам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, публичных и иных правоотношений, несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет вправе лично защищать в суде свои права, свободы и законные интересы.

К примеру, в соответствии с ч. 3 ст. 62 Семейного кодекса Российской Федерации, несовершеннолетние родители имеют права признавать и оспаривать свое отцовство и материнство на общих основаниях, а также имеют право требовать по достижении ими возраста четырнадцати лет установления отцовства в отношении своих детей в судебном порядке.

Часть 2 ст. 56 устанавливает право ребенка по достижении возраста четырнадцати лет самостоятельно обращаться в суд при нарушении его прав и законных интересов, в том числе при невыполнении или при ненадлежащем выполнении родителями (одним из них) обязанностей по воспитанию, образованию ребенка либо при злоупотреблении родительскими правами.

Итак, закон, предоставляя несовершеннолетнему возможность лично защищать свои права и законные интересы, вместе с тем, не устанавливает, в каком процессуальном статусе он должен участвовать в рассмотрении гражданского дела. А ведь без определения правового положения ребенка весьма затруднительно определить объем его прав и обязанностей, что, в свою очередь, может создать препятствия для эффективного осуществления правосудия.

Логично предположить, что раз несовершеннолетний с 14 лет уполномочен самостоятельно защищать свои права, то выступать в гражданском процессе он может в качестве лица, участвующего в деле (одной из сторон, третьим лицом). Здесь следует отметить, что он обладает всеми процессуальными правами и обязанностями, закрепленными в ст. 35 ГПК РФ.

В связи с изложенным возникает другой логичный вопрос: поскольку несовершеннолетний не обладает необходимым объемом правовых знаний и, в первую очередь, необходимым жизненным опытом, сможет ли он эффективно использовать принадлежащие ему процессуальные права?

Видится несколько путей решения данной проблемы. В частности, в юридической литературе, предлагается предусмотреть в законе обязательное

участие адвоката в рассмотрении дел по защите прав несовершеннолетних<sup>1</sup>. На наш взгляд, на сегодняшний день данная мера вряд ли является оправданной, и нецелесообразно во всех случаях, связанных с защитой прав несовершеннолетнего в порядке гражданского судопроизводства, привлекать адвоката. Связан подобный вывод, в том числе, с принятием Федерального закона от 21.11.2011 № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»<sup>2</sup>, предоставляющим широкие возможности для получения бесплатной квалифицированной юридической помощи.

Вместе с тем, выделение отдельных категорий гражданских дел, по которым несовершеннолетние могли бы получать бесплатную адвокатскую помощь, было бы вполне уместным. На наш взгляд, к таковым можно было отнести дела по защите семейных и трудовых прав несовершеннолетних.

Более распространено участие несовершеннолетнего в гражданско-процессуальных правоотношениях, когда его права, свободы и законные интересы защищают его законные представители - родители, усыновители, опекуны, попечители или иные лица, которым это право предоставлено федеральным законом.

По смыслу нормы п. 4 ст. 37 ГПК РФ присутствие законных представителей в процессе является необязательным.

Следует упомянуть и о Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству», в п. 19 которого говорится, что судье следует обсудить вопрос о необходимости привлечения к участию в деле законных представителей несовершеннолетнего<sup>3</sup>.

В связи с этим возникает вопрос о процессуально-правовом значении действий, совершаемых в таких делах законными представителями, а также действия суда при возникновении противоречий в процессуальных действиях несовершеннолетнего и его законного представителя.

Так, Л.И. Носенко отмечает, что, «поскольку в норме п. 4 ст. 37 ГПК РФ четко не обозначено процессуальное положение участников, мы не находим ответа на вопрос, кто в данном случае является стороной в исковом производстве: сам несовершеннолетний или его законный представитель»<sup>4</sup>.

По результатам анализа норм закона, а также имеющихся в юридической литературе точек зрения полагаем, что верно будет присоединиться к тем авторам, которые самостоятельной стороной в процессе признают именно несовершеннолетних.

Законные представители же могут давать согласие на то или иное гражданско-процессуальное заявление или действие. Причем с помощью оборота «суд вправе привлечь...» законодателю удалось подчеркнуть

---

1 См.: Попова Л. И. Защита прав несовершеннолетних в гражданском процессе: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 6.

2 О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации: ФЗ РФ от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ // СЗ РФ. 28.11.2011. № 48. Ст. 6725.

3 О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству: Пост. ПВС РФ от 24 июня 2008 г. № 11 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2008. № 9.

4 См.: Носенко Л.И. Защита имущественных прав несовершеннолетних граждан в судебном порядке. URL: <http://www.to-1.ru/articles/292/> (дата обращения 23.03.2012).

необязательность присутствия родителей (лиц, их заменяющих) при отправлении правосудия по гражданским делам<sup>1</sup>.

На основании изложенного в статье, можно сделать следующий вывод: несмотря на то, что к участию несовершеннолетних в рассмотрении гражданских дел устанавливаются специальные требования, они должны выступать полноправными субъектами гражданско-процессуальных отношений с тем, чтобы иметь возможность в полной мере отстаивать и защищать свои права и законные интересы.

---

<sup>1</sup> См.: Ситдикова Л.Б. Несовершеннолетний как участник гражданского процесса // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 4. С. 28.



## К вопросу о понятии государственного органа и должностного лица (ст. 1069 ГК РФ)

Багмет Татьяна Михайловна,  
студентка 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института Сибирского федерального университета

Научный руководитель:  
Богданов Вячеслав Петрович,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права Юридического института  
Сибирского федерального университета

Участие граждан и юридических лиц в гражданском обороте предполагает не только приобретение прав, но и несение на равных началах с иными участниками гражданского оборота обязанностей, в том числе связанных с бременем ответственности. Современное законодательство содержит нормы, обязывающие государство нести ответственность за неправомерные действия (бездействие) своих органов и должностных лиц, однако далеко не всегда публично-правовые образования, осуществляя свои полномочия, не выходят за рамки дозволенного

Анализируя право на возмещения вреда, причиненного незаконными решениями, действиями (бездействием) органов власти и их должностных лиц, можно выявить некоторые проблемы. Так, в связи с изменениями действующего законодательства и судебной практики обнаружилась неопределенность в вопросе о том, за действия каких государственных органов и должностных лиц публичные образования могут нести ответственность в соответствии со ст. 1069 ГК РФ.

В соответствии со ст. 1069 ГК РФ субъектами, непосредственно причинившими вред, названы государственные органы, органы местного самоуправления, а также их должностные лица. В статье 53 Конституции РФ<sup>1</sup> речь идет об органах государственной власти и их должностных лицах. Как мы видим, Конституция РФ не содержит такое понятие как «государственные органы», которое употребляется Гражданским кодексом РФ.

Согласно ст. 11 Конституции РФ, государственную власть осуществляют Президент РФ, Федеральное Собрание РФ, Правительство РФ, а так же суды РФ. Каждый из названных органов имеет свою подведомственную систему органов власти, которые осуществляют властные полномочия, однако в Конституции они прямо не указаны. По мнению А.Л. Маковского, из-за недостаточной определенности решения в конституционном законодательстве вопроса о понятии и круге «органов государственной власти» в ст. 16 и ст. 1069 ГК РФ возникло такое понятие как «государственный орган».<sup>2</sup> Попробуем разобраться с тем, какие именно органы понимаются в смысле статьи 1069 ГК РФ.

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации принята всенародным голосованием 12.12.1993 (в ред. от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ) // СЗ РФ. 2009. N 4. ст. 445.

<sup>2</sup> Маковский А.Л. Гражданская ответственность государства за акты власти. Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С.12.

В юридической литературе существуют разные понятия государственного органа. Так, например, в учебнике по административному праву государственный орган определяется как учрежденное в системе государственной администрации структурное организационно-правовое образование.<sup>1</sup> Также имеются и другие значения, например «государственный орган – это орган непосредственно и от имени государства осуществляющий его задачи и функции посредством определенного вида государственной деятельности»<sup>2</sup>, или «орган несущий ответственность перед государством за свою деятельность».<sup>3</sup> В теории государства и права государственный орган рассматривают как звено (элемент) механизма государства, участвующее в осуществлении функций государства и наделенное для этого властными полномочиями.<sup>4</sup> Таким образом, обобщив перечисленные определения, можно вывести основные признаки государственного органа: во-первых, это орган власти, во-вторых, он выполняет определенные задачи и функции, в-третьих, наделяется государством властными полномочиями, в-четвертых, отвечает за свою деятельность перед государством. При этом, на наш взгляд, самым существенным является наличие властных полномочий.

На законодательном уровне понятие государственного органа ранее содержалось в Федеральном законе «Об основах государственной службы РФ» от 31.07.1995 года №119-ФЗ, в соответствии с которым государственными органами являлись федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов РФ, а так же иные государственные органы, образуемые в соответствии с Конституцией РФ.<sup>5</sup> Однако данный закон утратил силу в связи с принятием Федерального закона «О государственной гражданской службе» от 27.07.2004 N 79-ФЗ<sup>6</sup>, в котором определение государственного органа отсутствует.

В настоящее время Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» от 09.02.2009 N 8-ФЗ (ред. от 11.07.2011) в п. 2 ст. 1 определяет государственные органы как органы государственной власти Российской Федерации, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и иные государственные органы, образуемые в соответствии с законодательством Российской Федерации, законодательством субъектов Российской Федерации.<sup>7</sup>

Анализ приведенного определения позволяет сделать вывод, что законодатель органы государственной власти РФ, субъектов РФ и иные органы, образуемые в соответствии с законодательством, объединил в одно понятие – государственные органы. Таким образом, понятие «государственный орган» определяется шире понятия «орган государственной власти». Значит, мы можем

1 Административное право: Учебник для вузов / Под ред. Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. 3-е изд., пресмотр. и доп. М.: Норма, 2007. С. 261.

2 Козлов Ю.М. Органы государственного управления. М., 1960. С.18.

3 Лазарев Б.М. Органы советского общенародного государства. М., 1982. С.39.

4 Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. Корельского В.М., Перевалова В.Д. 2-е изд., изм. и доп. М.: Норма, 2002. С. 159.

5 Об основах государственной службы РФ: ФЗ РФ от 31.07.1995 № 119-ФЗ (ред. от 27.05.2003) // СЗ РФ. 1995. N 31. Ст. 2990.

6 О государственной гражданской службе Российской Федерации: ФЗ РФ от 27.07.2004 № 79-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // СЗ РФ. 2004. N 31. Ст. 3215.

7 Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления: ФЗ РФ от 09.02.2009 N 8-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст.776; 2011. №29. Ст. 4291.

сделать вывод, что статья 1069 ГК РФ к субъектам непосредственно причинившими вред относит органы государственной власти РФ, органы государственной власти субъектов РФ, а так же органы местного самоуправления, и должностные лица этих органов.

Стоит отметить, что Пленум Верховного суда РФ в п. 2 Постановления «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» от 10.02.2009 г. № 2<sup>1</sup> (далее - Постановление Пленума ВС РФ от 10.02.2009) закрепил перечень государственных органов и органов местного самоуправления, чьи решения, действия (бездействие) могут быть оспорены. При этом в указанном пункте значатся только органы исполнительной и законодательной власти, и ничего не сказано об органах судебной власти. Таким образом, получается, что под государственными органами в значении ст. 1069 ГК РФ понимаются любые органы власти государства, наделенные властными полномочиями, за исключением судебной власти.

Для организаций, которые не являются государственными органами, либо органами местного самоуправления, ответственность за причиненный вред предусмотрена ст. 1068 ГК РФ.

Однако существуют субъекты, которые, не входят в существующий перечень органов государственной власти РФ, органов государственной власти субъектов РФ, тем не менее, обладают главным признаком государственного органа, то есть имеют полномочия властного характера (например, призывные комиссии). Возникает вопрос, на основании какой нормы закона указанные организации при причинении вреда своими решениями, действиями (бездействием) должны нести ответственность?

На этот вопрос Пленум ВАС РФ в п. 11 Проекта постановления о способах защиты прав и законных интересов участников экономического оборота в случае причинения им вреда со стороны государственных органов, органов местного самоуправления, а также их должностных лиц<sup>2</sup> (далее Проект Пленума ВАС РФ) обозначил, что в соответствии со ст. ст. 16 и 1069 ГК возмещается вред, причиненный не только органами, входящими в структуру публичных органов, но и органами и организациями (и их должностными лицами), которым делегированы властные полномочия, если вред причинен в рамках выполнения этих полномочий.

В Постановление Пленума ВС РФ от 10.02.2009 пунктом 5 так же указывается, что дела об оспаривании решений, действий (бездействия) органов, которые не являются органами государственной власти и органами местного самоуправления, но наделены властными полномочиями в области государственного управления или распорядительными полномочиями в сфере

---

1 О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих: Пост. Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 N 2 (ред. 09.02.2012 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. N 4.

2 О способах защиты прав и законных интересов участников экономического оборота в случае причинения им вреда со стороны государственных органов, органов местного самоуправления, а также их должностных лиц: Проект Постановления Пленума ВАС РФ // [http://www.arbitr.ru/\_upimg/C7899235EE81F7DDE110EAC397F147C9\_vas\_zp\_2008-04-24.pdf.]

местного самоуправления и принимают решения, носящие обязательный характер для лиц, в отношении которых они вынесены рассматриваются и разрешаются в порядке главы 25 ГПК РФ. Кроме того, в данном пункте так же говорится, что могут быть рассмотрены дела (по правилам главы 25 ГПК РФ) об оспаривании решений, действий (бездействия) юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, принятых, совершенных при осуществлении ими переданных в установленном порядке конкретных государственно-властных полномочий.

При этом Верховный суд РФ определяет перечень таких органов: аккредитованные в установленном порядке для выполнения работ по сертификации, государственные учреждения, уполномоченные на проведение государственного контроля (надзора) за соблюдением требований технических регламентов, государственные учреждения, подведомственные федеральному органу исполнительной власти, осуществляющему кадастровый учет и ведение государственного кадастра недвижимости.

На наш взгляд, такая позиция судов выглядит вполне оправданной. Если государство наделило какой-либо орган или организацию своими функциями властного характера, и этот орган при осуществлении данных ему полномочий причинил вред, непосредственно возмещение такого вреда должно быть в порядке ст. 1069 ГК РФ. Однако здесь нужно обратить особое внимание на то, что вред, причиненный решениями, действиями (бездействием) негосударственных организаций может быть возмещен в порядке ст. 1069 ГК РФ лишь в том случае, когда такие организации при причинении вреда осуществляли свою деятельность именно в рамках властно-распорядительных полномочий, которыми их наделило государство. Вред же, причиненный такими организациями вне осуществления полномочий властного характера, должен возмещаться в рамках других статей деликтных обязательств в зависимости от существа дела.

Поэтому вполне логичным будет дополнить статью 1069 ГК РФ, наряду с названными причинителями вреда, так же негосударственными органами и организациями, на которых возложены государственно-властные полномочия.

Статья 1069 ГК РФ, наряду с государственными органами и органами местного самоуправления, причинителем вреда называет и их должностных лиц. Однако это понятие не раскрывается, и, как следствие, не совсем ясно кого же именно следует понимать под должностным лицом.

Пленум ВС РФ в п. 3 Постановления от 10.02.2009 г. определил, что к должностным лицам, решения, действия (бездействие) которых могут быть оспорены по правилам главы 25 ГПК РФ, следует относить лиц, постоянно, временно, в том числе по специальному полномочию, выступающих от имени федеральных органов государственной власти, иных федеральных государственных органов, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск и воинских формирований Российской Федерации, принявших оспариваемое решение, совершивших оспариваемое действие (бездействие), имеющие обязательный характер и затрагивающие

права и свободы граждан и организаций, не находящихся в служебной зависимости от этих лиц.

Кроме того, в Постановлении Верховный суд РФ привел перечень лиц, которые можно отнести к должностным, в том числе называя государственных и муниципальных служащих. При этом оговаривается то, что в федеральных органах государственной власти, государственной власти субъектов РФ, органах местного самоуправления могут быть предусмотрены должности, не являющиеся должностями государственной и муниципальной службы, и решения, действия (бездействие) таких лиц, не подлежат оспариванию по правилам главы 25 ГПК РФ. Какой вывод можно сделать из данной позиции?

Как нам представляется, наиболее важным признаком должностного лица является наличие у него властных полномочий, которыми он наделяется государством, в отношении других лиц, не находящихся в служебной зависимости от него. И поэтому, если лицо, находясь на государственной или муниципальной службе, в результате осуществления своих государственно-властных полномочий причинило вред, то возмещение нанесенного вреда должно быть в порядке статьи 1069 ГК РФ. Если же лицо, не является государственным служащим, а например, исполняет обязанности по техническому обеспечению деятельности государственных органов, ответственность за его неправомерные действия регулируется положениями ст. 1068 ГК РФ, как за вред причиненный работником при исполнении трудовых обязанностей.

Однако может возникнуть вопрос, будет ли возмещен вред по ст. 1069 ГК РФ, если лицо является должностным и причинило вред не в результате властно-распорядительных полномочий, а в результате выполнения каких-либо хозяйственных или технических функций?

В п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 10.02.2009 говорится о том, что к решениям, действиям государственных органов и их должностных лиц относится властное волеизъявление, и соответственно к бездействию неисполнение возложенных властных функций. Таким образом, статья 1069 ГК РФ может быть применима лишь в том случае, если вред должностным лицом будет причинен не просто в результате исполнения (либо неисполнения) им своих служебных обязанностей, а в результате должностных действий (бездействия), которые основываются на властном волеизъявлении.

Однако в практике встречаются решения, где статью 1069 ГК РФ суды применяют неправомерно. Так, прокурор Ленинского района г. Владивостока обратился в суд с иском в интересах Российской Федерации о взыскании в порядке регресса денежных средств с сотрудников РУВД Г. и А. В обоснование заявленных требований он указал, что вступившим в законную силу решением Ленинского районного суда г. Владивостока с Министерства финансов РФ за счет средств казны Российской Федерации в пользу К.Е.А. взысканы денежные средства. Решением суда установлено, что вред К.Е.А. был причинен вследствие ненадлежащего выполнения своих должностных обязанностей работниками Ленинского РУВД г. Владивостока, а именно начальником дежурной смены Г. и оперуполномоченным ОУР А. Согласно приказу А. и Г.

привлечены к дисциплинарной ответственности за недобросовестное отношение к выполнению своих служебных обязанностей, которое выразилось в непринятии мер к сохранности автомашины К.Е.А., угнанной от Ленинского РУВД г. Владивостока. В связи с тем, что мерами розыска автомашину обнаружить не удалось, суд в счет возмещения вреда взыскал с Министерства финансов РФ за счет средств казны Российской Федерации стоимость автомашины.

Разрешая дело и удовлетворяя заявление прокурора, суд исходил из того, что вред К. причинен бездействием ответчиков, который в соответствии с требованиями закона (ст. 1069 ГК РФ) возмещен за счет казны Российской Федерации, поэтому сумма подлежит взысканию с А. и Г. в порядке регресса в полном размере на основании п. 1 ст. 1081 ГК РФ.<sup>1</sup>

По нашему мнению с таким решением дела можно не согласиться. Так, решением Ленинского районного суда г. Владивостока был возмещен вред, причиненный в результате хищения автомобиля, принадлежащего истцу, в порядке ст. 1069 ГК РФ из-за недобросовестного исполнения служебных обязанностей сотрудников РУВД. Значит, одной из обязанностей сотрудников являлась охрана имущества на территории РУВД. Однако такого рода обязанность нельзя отнести к функциям властного характера. В данном случае охрану имущества сотрудниками следует рассматривать как выполнение технической функции, которая отношения к властному волеизъявлению не имеет. Как упоминалось выше, вред по ст. 1069 ГК РФ может быть возмещен лишь при осуществлении должностным лицом властных полномочий. Таким образом, суд неправильно истолковал норму, приравняв техническую функцию к невыполнению властного волеизъявления. В данном случае, на наш взгляд, вред потерпевшему должен возмещаться на основании ст. 1068 ГК РФ, за счет средств работодателя (Ленинского РУВД г. Владивостока), так как работодатель несет ответственность за вред, причиненный его работниками.

Подводя итоги, можно прийти к следующему выводу: для того чтобы возместить вред на основании ст. 1069 ГК РФ очень важно правильно определить субъекта, причинившего этот вред, то есть нужно понимать какой именно орган или лицо попадает под действие указанной нормы. В своей работе мы выявили, что не только государственные органы могут быть причинителями вреда, как указано в ст. 1069 ГК РФ, но также ими могут являться и негосударственные органы и организации, наделенные властными полномочиями. Важно и то, что не всякое действие должностного лица, причинившее вред, можно признать незаконным в силу ст. 1069 ГК РФ. Так указанная норма закона, может быть применена, только если такое действие (бездействие) или решение основано на властном волеизъявлении. Кроме того, приведенный пример из судебной практики показывает, что от верного толкования законодательных норм, будет зависеть правильное определение субъекта, ответственного к возмещению причиненного вреда.

---

<sup>1</sup> Заочное решение Ленинского районного суда г. Владивостока от 07.11.2008 по делу N 2-5042/08 // [СПС Консультант Плюс]

## **Правовая природа Интернет-сайта и некоторые аспекты его использования**

Голубев Антон Юрьевич,  
студент 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шепель Тамара Викторовна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса  
Юридического факультета Новосибирского государственного  
технического университета

Сегодняшняя ситуация с соблюдением законодательства в сфере интеллектуальной собственности, безусловно, далека от идеальной, и, вне всякого сомнения, наименее защищены авторские права именно в сети Интернет. Это вызвано не только спецификой работы виртуального пространства с его глобальным характером и космическими скоростями обмена информацией, но также твердо выработанной привычкой самих потребителей к легкому доступу к любой необходимой информации, что рано или поздно неизбежно приводит к нарушению прав их законных обладателей.

Действующие гражданско-правовые нормы не в состоянии в равной степени удовлетворить интересы всех участников процесса потребления информации с помощью какого-то универсального решения, а тем временем авторские права и результаты интеллектуальной деятельности становятся все более уязвимыми. Всемирная паутина компьютерной сети с каждым днем набирает обороты, вовлекая все большее количество новых пользователей, не обеспечивая при этом объекты авторских прав эффективной защитой.

Разберем подробнее, что следует понимать под Интернет-сайтом (иначе, вебсайт, англ. website: web - "паутина", "сеть" и site - "место", буквально "место, сегмент, часть в сети"). На законодательном уровне данное определение не закреплено. Согласно экономическому взгляду под сайтом понимают совокупность электронных документов, файлов частного лица или организации, объединенную в компьютерной сети (как правило, в Интернете) под одним адресом (доменным именем или IP-адресом). Иногда Интернет-сайты иначе называют интернет-представительством человека или организации<sup>1</sup>.

С технической точки зрения под web-сайтом (Интернет-сайтом) подразумевается представляемая в Интернете иерархически организованная, непосредственно адресуемая совокупность связанных визуально воспринимаемых информационных страниц и элементов управления доступом к программно-информационным средствам web-сервера. Web-сервер - совокупность компьютерных программно-технических средств,

---

<sup>1</sup>Королев С.А. Расходы на Интернет-сайт// "Налог на прибыль: учет доходов и расходов", 2011, N 2

обеспечивающих web-представительство в Интернете. Таким образом, можно сказать, по сути web-сайт представляет собой программу для электронной вычислительной машины (ЭВМ) и базу данных<sup>1</sup>.

По поводу правовой природы такого явления как Интернет-сайт в науке ведутся споры. М. Каранда приходит к выводу, что сайт не относится к объектам авторского права исходя из того, что он не является ни компьютерной программой, ни базой данных, а законодательством охраны подобного рода высокотехнологического продукта, как он выражается, не предусмотрено. То есть ни под какую из существующих категорий произведений авторского права он не подпадает, а специально, как разновидность объекта авторского права законом он также не признан<sup>2</sup>. Несколько иное мнение высказывает Ю. Кобелев: «естественно, сайт, представляя собой определённую систему, имеет признаки, не являющиеся совокупностью признаков документов Интернета, из которых он состоит, следовательно, может считаться самостоятельным объектом. Но документ Интернета сам по себе имеет все признаки произведения и в не меньшей степени может быть объектом авторского права. Поэтому было бы неверным в качестве особого объекта сетевых отношений признавать только сайт в целом, т. к. это может привести к нарушению прав авторов документов Интернета»<sup>3</sup>. В научной среде есть сторонники признания сайта базой данных, в частности, такого мнения придерживается С. Петровский<sup>4</sup>.

Серго А.Г. определяет Интернет-сайт, как творение автора (или группы авторов – соавторов), которое охраняется законодательством об интеллектуальной собственности. Интернет-сайт представляет собой «совокупность гипертекстовых документов (в виде html-страниц или хранящихся в базе данных), электронных произведений и программного обеспечения, необходимого для функционирования данных инструментов»<sup>5</sup>.

Ученый В. Наумов считает, что «... с позиций ГК РФ, посредством организации сайта в сети Интернет пользователям сети Интернет предоставляется возможность использовать различные объекты авторского права»<sup>6</sup>. Практически тех же взглядов придерживается В. О. Калятин, он обращает внимание на то, что «Интернет-сайт в подавляющем большинстве случаев объединяет множество объектов исключительных прав»<sup>7</sup>. Отдельные элементы Интернет-сайта: программное обеспечение (программы ЭВМ); литературные произведения, графические произведения являются объектами авторского права.

Некоторые исследователи предлагают признавать сайт сложным объектом, включающим в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности в соответствии со ст. 1240 ГК РФ. Из анализа перечисленных в законе сложных объектов (кинофильм, иное

1 Гусев А. Создаем собственный Интернет-сайт // "Бюджетные организации: бухгалтерский учет и налогообложение", 2010, N 12

2 Каранда М. Создание сайта как объекта авторского права и смежных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. - 2000. - № 5-6. - С. 75.

3 Кобелев Ю. Авторское право и Интернет // Сборник материалов Всероссийской конференции «Право и Интернет. Теория и практика». - М., 2000. - С. 65-67.

4 Петровский С. Защита прав автора сайта // Российская юстиция. - 2001. - № 1. - С. 64.

5 Серго А.Г. Интернет и право. - М.: Бестселлер. - 2003. - с. 93

6 Наумов В. Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. — М.: Книжный дом «Университет», 2002.

7 Калятин, В. О. Закон об авторском праве : использование произведений в Интернете / В. О. Калятин // Патенты и лицензии. - 2004. - N12. - С. 3-10.



аудиовизуальное произведение, театральное-зрелищное представление, мультимедийный продукт, единая технология) видно, что сложность объектаносит не собирательный, как у составного произведения (ст. 1260 ГК РФ), а взаимосвязанный, системный характер.

Признаку сложности - множественности неоднородных элементов (результатов интеллектуальной деятельности), расположенных многослойно, - отвечает и Интернет-сайт. С одной стороны, в составе сайта присутствует множество объектов правовой охраны различной природы: графические изображения, литературные произведения, программы ЭВМ, базы данных, аудиовизуальные произведения и проч. С другой стороны, указанные результаты интеллектуальной деятельности расположены в составе Интернет-сайта не собирательно, а иерархически, системно. Системообразующим элементом в данном случае служит само тело Интернет-сайта, его оболочка - HTML-код, задающий формат гипертекстовых страниц, отвечающий за их дизайн и форму расположения объектов в их пределах. Далее, отдельные гипертекстовые страницы сайта не существуют изолированно, а соединены гипертекстовыми ссылками, в результате установления которых сайт приобретает целостную иерархическую структуру.

Юридическая конструкция сложного объекта влечет особенности передачи прав на результаты интеллектуальной деятельности в его составе. Этот вопрос в полной мере освещает ст. 1240 ГК РФ, согласно п. 1 которой права на использование охраняемых результатов интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта приобретает лицо, организовавшее создание этого сложного объекта. При этом между лицом, организовавшим создание сложного объекта, и обладателями исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности заключаются договоры об отчуждении исключительного права либо лицензионные договоры. По договору об отчуждении исключительного права (ст. 1234 ГК РФ) исключительное право на результат интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта будет передаваться в полном объеме.

По лицензионному договору передается не исключительное право целиком, а предоставляется лишь право использования результата интеллектуальной деятельности в предусмотренных договором пределах. По общему правилу, установленному п. 3 ст. 1233 ГК РФ, договор, в котором прямо не указывается, что исключительные права по нему передаются в полном объеме, признаются лицензионным договором, за исключением договора, заключаемого в отношении права использования результата интеллектуальной деятельности, специально созданного или создаваемого для включения в сложный объект.

Будет ли действительна данная презумпция для Интернет-сайта? Этот вопрос остается неразрешенным, поскольку, несмотря на то, что Интернет-сайт по всем своим характеристикам отвечает признакам сложного объекта, в перечень сложных объектов, указанных в п. 1 ст. 1240 ГК РФ, он не включен. Поэтому, дабы избежать неопределенности, в договорах с обладателями исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в составе

Интернет-сайта следует четко установить, какой объем прав передается от правообладателя (лицензиара) к приобретателю (лицензиату), какой конкретно тип договора - об отчуждении исключительного права, простая (неисключительная) либо исключительная лицензия - имеется в виду<sup>1</sup>.

В свою очередь законодатель закрепляет Интернет-сайт в качестве объекта авторских прав – составного произведения в проекте ФЗ о внесении изменений в ГК РФ, в т.ч. в раздел VII. Последняя редакция проекта была опубликована на сайте ВАС РФ<sup>2</sup>. Данным проектом планируется дополнить п. 2 ст. 1600 ГК определением, согласно которому Интернет-сайтом является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть размещены в сети Интернет.

Интернет-сайт может выступать объектом гражданско-правовых сделок, как целиком, так и частью (например, дизайнерское оформление, текстовое насыщение и т.д.). Как правило, при продаже сайта (или иной передаче) сайт передается вместе с доменным именем, насыщением и т.д. В таком случае в интересах, как покупателя, так и продавца надлежаще оформить переход прав на передаваемые объекты интеллектуальной собственности: во-первых, составить договор купли-продажи Интернет-сайта, во-вторых, акт приемки-передачи элементов входящих в Интернет-сайт, который должен являться неотъемлемой частью договора<sup>3</sup>.

Авторское право складывается из двух групп правомочий (ст. 1255 ГК РФ): прав личного неимущественного характера и исключительных прав на использование произведения (так называемые имущественные права). Нужно отметить, что относительно личных неимущественных прав в науке гражданского права общепризнанно, что гражданин, создавший произведение, является его автором, следовательно, обладает всеми личными неимущественными правами по отношению к своему произведению. Это в полной мере относится и к автору Интернет-сайта.

Владелец сайта, размещая на нем соответствующую информацию, представленную в «электронной форме и записываемую на носитель информации сервера, на котором размещается соответствующий сайт», реализует свое право воспроизведения (подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Правомочие воспроизведения, безусловно, принадлежит автору сайта. Хотя данное право в «цифровой среде» оказывается очень неустойчивым, не обеспечивающим обладателям авторских прав возможности надежного контроля за использованием принадлежащих им объектов, но оно, несомненно, реализуется.

Закон не дает точного определения права на распространение (подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), но принято считать, что оно относится к введению экземпляров произведения в гражданский оборот, прежде всего путем продажи. Если же перенести данное правомочие на «почву» интернета, можно предположить, что

---

<sup>1</sup>Басманова Е.С. О приобретении прав на Интернет-сайты юридическим лицом // Журнал российского права. 2010. N 7. С. 118 - 122.

<sup>2</sup><http://arbitr.ru/press-centr/news/44088.html>

<sup>3</sup>Великомыслов Ю.Я., Равлик А.В. Пособие по защите Ваших прав в сети Интернет. // Allpravo.Ru. - 2005.

оно осуществляется через предоставление Интернет-провайдером контролируемого доступа к объекту.

Относительно возможности применения данного правомочия другого мнения придерживается Наумов В. Б., который считает, что поскольку закон не дает точного определения данного права, то принято считать, что оно относится к введению экземпляров произведения в гражданский оборот, прежде всего путем продажи, и поэтому данная конструкция в общем не может описывать отношения, связанные с использованием объектов авторского права в сети Интернет<sup>1</sup>.

В следующую группу правомочий можно объединить права на разрешение сообщения (включая показ, исполнение, передачу в эфир) для всеобщего сведения по кабелю, проводам, а также право на доведение до всеобщего сведения (подпункты 3, 6, 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Право на доведение до всеобщего сведения было внесено в ГК РФ вместе с 4 частью, для этого появились веские причины. Передача данных в Интернете имеет существенные особенности, связанные с многообразием используемых средств, с возникающими дополнительными возможностями, интерактивностью коммуникации.

Под доведением до всеобщего сведения ГК РФ понимает сообщение таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору. Данное понятие уже используется в договорах ВОИС, его включение в ГК РФ было необходимо для интеграции и унификации международного и российского законодательства. Кроме того, указанное правомочие позволяет более точно отразить использование охраняемых объектов в Интернете.

Таким образом, автор в сети Интернет обладает практически всеми исключительными правами на сайт как объект авторского права. Если пользователь намерен в коммерческих целях использовать в своей деятельности авторское произведение (с применением Интернет технологий), в частности, заимствованное из сети Интернет, то в соответствии с ГК РФ пользователь обязан заключить с правообладателем (автором или третьим лицом) авторский договор в письменной форме. Несоблюдение данного положения ГК РФ есть прямое и существенное нарушение авторских прав, которое, как показывает судебная практика РФ и других стран, может повлечь гражданскую, административную и даже уголовную ответственность.<sup>2</sup> При этом коммерческое или некоммерческое использование авторского произведения для суда является очень важным условием для определения нарушений авторского права.

С развитием технологий, направленных на обеспечение развития Интернета, оборот результатов интеллектуальной деятельности в цифровом пространстве увеличивается в больших масштабах. Практически все объекты авторских прав, за исключением отдельных случаев, располагаются на определенных Интернет-страницах или, иначе, сайтах. Несомненно, в ближайшее время необходимо законодательное регулирование гражданско-

---

<sup>1</sup> Наумов В. Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. — М.: Книжный дом «Университет», 2002. — с. 202

<sup>2</sup> Семилетов С. И. Проблемы охраны авторских прав в российском секторе Интернета // Проблемы информатизации. - №3. - М., 2000. - С. 52-59.

правовых отношений, связанных с использованием такого сложного объекта авторских прав, как Интернет-сайт и составляющих его элементов. Посредством чего будут обеспечиваться интересы не только правообладателей отдельных объектов расположенных в сети, но и владельцев сайтов. При этом частично решится вопрос как с использованием Интернет-сайта в качестве самостоятельного объекта, так и отдельных произведений, созданных для включения в сложный объект.

## **К вопросу об ответственности сторон в случае неисполнения денежных обязательств**

Горбунова Светлана Викторовна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сорокина Светлана Яковлевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Особое место в Гражданском кодексе Российской Федерации занимает ст. 395, посвященная вопросам ответственности за неисполнение денежного обязательства. Дело здесь не только в актуальности соответствующих норм в условиях кризиса неплатежей, когда, с одной стороны, повсеместно не оплачиваются поставленные товары, выполненные работы или оказанные услуги, а с другой - недобросовестные продавцы, подрядчики и другие контрагенты, получив в качестве предоплаты денежные суммы покупателей и заказчиков, пользуются ими в своих интересах, не выполняя обязательств по договору. Включение в ГК РФ названной статьи преследовало цель защиты прав и законных интересов участников имущественного оборота, добросовестно исполняющих свои обязательства, от незаконных, а нередко и жульнических действий их контрагентов и компенсации причиненного им ущерба.<sup>1</sup> Потенциал данной статьи очень велик, но сегодня практика её применения порождает больше вопросов, чем ответов.

Неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства влечет наступление гражданско-правовой ответственности должника перед кредитором. Ответственность за неисполнение денежных обязательств приобретает специфические черты, прежде всего тогда, когда должник допускает просрочку их исполнения. Нарушение иных требований, предъявляемых законом к исполнению денежных обязательств (например, требований относительно места исполнения), на характере ответственности должника не сказывается. В этих случаях ответственность наступает на общих основаниях.<sup>2</sup>

Следует учитывать также и особенности денег как предмета исполнения по денежному обязательству. Физические и ценностные свойства денежного знака, поскольку они не выражаются в виде числового отношения этого знака к определенной счетной единице, сами по себе не принимаются во внимание при производстве и приеме платежей. Каких либо требований по качеству, количеству, ассортименту передаваемых кредитору денежных знаков закон не

<sup>1</sup> Ненашев М.М. Неисполнение денежного обязательства как основание для применения ответственности по ст. 395 ГК РФ. М.: Юрист, 2008. С. 26.

<sup>2</sup> Богдановская Г.Н. Особенности ответственности за неправомерное пользование чужими денежными средствами: автореф. дис. канд. юрид. наук: ПГУ. – СПб, 2006. С.

устанавливает. Главное, чтобы кредитор получил сумму, находящуюся в определенном числовом отношении к принятой в соответствующей стране счетной единице. В связи с этим ненадлежащим исполнением денежного обязательства будет, как правило, при несвоевременной передаче требуемой суммы.

При неисполнении денежных обязательств помимо общих последствий для всех случаев нарушения обязательств - возмещения убытков и взыскания неустойки, наступает и особое, не присущее никаким иным случаям нарушения обязательств, последствие - обязанность уплатить проценты за пользование "чужими денежными средствами", предусмотренная ст. 395 ГК РФ. Не возвращается ли кредит, не оплачиваются ли поставленные товары, не поставляются ли товары против произведенного платежа, не зачисляются ли банком деньги на счет клиента, задерживаются ли выплаты зарплаты, дивидендов, процентов - спасает кредиторов и стимулирует должников к исполнению обязательств ст. 395 ГК РФ.

Адекватным внешним проявлением практической актуальности данной статьи ГК РФ стало Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами".<sup>1</sup> Отдельные вопросы применения данной статьи ГК разрешены также в постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"

С появлением в ГК России ст. 395, озаглавленной «Ответственность за неисполнение денежного обязательства», в научной литературе между цивилистами возникли дискуссии о правовой природе процентов, которые затем нашли своё отражение в судебной-арбитражной практике. Вопрос о юридической природе процентов и их соотношения с другими мерами гражданской ответственности имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение, поскольку он оказывает влияние на толкование и применение ст. 395 ГК РФ.

В правовой литературе выделяют четыре основные точки зрения по данному вопросу.

Согласно первой точке зрения, проценты за пользование чужими денежными средствами представляют собой плату (вознаграждение) за пользование капиталом. Этой позиции придерживались М.Г. Розенберг, Л.А. Лунц, М.И. Брагинский, И.Б. Новицкий.<sup>2</sup>

Согласно второй точке зрения, проценты за пользование чужими денежными средствами представляют собой неустойку (пеню) за нарушение обязательств. Такой позиции придерживались Э.П. Гаврилов и А. Попов. Э.П.

---

1 Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 08.10.1998 N 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» // Консультант Плюс: Судебная практика.

2 Розенберг М.Г. Правовая природа процентов годовых по денежным обязательствам // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова. - М.: Юристъ, 2006. С.330 – 332.

Гаврилов, ссылаясь на высказанную схожую позицию В.В. Витрянским<sup>1</sup>, отмечал, что проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, во всех случаях представляют собой неустойку.

Третья точка зрения определяет проценты за пользование чужими денежными средствами, как способ возмещения убытков, причинённых неисполнением должником денежного обязательства. То есть проценты - есть заранее определенный законом размер убытков, которые может получить кредитор по денежному обязательству. Этой позиции придерживались О.Н. Садилов, и Д.Г. Лавров.<sup>2</sup>

И наконец, согласно четвёртой точке зрения, проценты за пользование чужими денежными средствами представляют собой нетипичную, специальную меру гражданско-правовой ответственности. Данной позиции придерживались Б.И. Пугинский, В.В. Витрянский и Л.А. Новосёлова.<sup>3</sup>

Как видно среди ученых-цивилистов нет единой точки зрения по поводу определения правовой природы процентов. Но, несмотря на это судебно-арбитражная практика больше придерживается последней точки зрения, которая предлагает рассматривать проценты в качестве особого рода гражданско-правовой ответственности, не являющейся ни убытками ни неустойкой.<sup>4</sup> Так в п. 4. Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 8.10.1998 №13/14 законодатель сам определяет проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК РФ, как меру гражданско-правовой ответственности за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства, а не как плату за пользование чужими денежными средствами.<sup>5</sup> Конечно, данная позиция может быть подвергнута определенной критике, как и любая другая, имеющая отношение к изучению правовой природы процентов. Это доказывает лишь одно, что проценты, подлежащие уплате при неисполнении денежных обязательств являются довольно сложной юридической категорией, сущность которых ещё до конца не исследована. И в будущем цивилистической науки ещё не раз возникнут споры, касающиеся определения природы процентов по денежным обязательствам.

Неисполнение денежного обязательства заключается в уклонении от оплаты, а ненадлежащее исполнение - имеет место, как правило, при несвоевременной передаче требуемой суммы. При неисполнении (просрочке исполнения) денежного обязательства на должника возлагается обязанность уплатить кредитору проценты, начисленные на сумму долга. В этом состоит главная особенность ответственности по таким обязательствам. Именно проценты представляют собой дополнительное обременение, которое ложится на должника, нарушившего обязательство по оплате.

---

1 Витрянский В.В. Проценты за пользования чужими денежными средствами // Хозяйство и право.2007. № 12.С.24- 26.

2 Егоров Н.Д., Елисеев И.В.Гражданское право: Том 1. – 6-е изд., перераб. и доп.. М.:ТК Велби, Проспект,2008.С.658.

3 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М.: Юристь,2006. С. 552.

4 Суханов Е.А. О юридической природе процентов по денежным обязательствам // Законодательство.2006. № 1. С.18.

5 Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 08.10.1998 N 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» // Консультант Плюс: Судебная практика.

Предусмотренные ст. 395 ГК РФ проценты подлежат взысканию лишь при наличии полного состава правонарушения, закрепленного в этой статье.

Во-первых, необходимо неправомерное неисполнение денежного обязательства.

Во-вторых, требуется, чтобы должник пользовался чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания. Законодатель определил, что применение ст.395 ГК РФ возможно лишь к денежным правоотношениям. Как указывается в п.1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. №13/14, имея в виду, что ст.395 ГК РФ предусматривает последствия неисполнения или просрочки исполнения денежного обязательства, в силу которого на должника возлагается обязанность уплатить деньги, положения данной статьи не применяются к отношениям сторон, если они не связаны с использованием денег в качестве средства платежа, средства погашения денежного долга. В Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ N 6/8 указано, что в качестве пользования чужими денежными средствами следует рассматривать также просрочку уплаты должником денежных сумм за переданные ему товары, выполненные работы или оказанные услуги. Однако начисление процентов на сумму денежного долга не всегда связано с ответственностью должника. Проценты могут взиматься и при правомочном пользовании должником чужими денежными средствами. В этом случае они представляют собой плату кредитору за пользование принадлежащим ему имуществом и не являются формой ответственности.<sup>1</sup>

Размер процентов за неисполнение денежного обязательства определяется существующей в месте жительства кредитора, а если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения, учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором. В отличие от ранее действовавшего законодательства, размер процентов, подлежащих уплате при нарушении денежного обязательства, теперь не фиксируется в ГК РФ, он определяется учетной ставкой банковского процента. Как отмечают исследователи, поскольку ГК РФ не дает расшифровки понятия «учетная ставка банковского процента», основываясь на общепринятом понимании действия финансового механизма обслуживания оборота, можно прийти к выводу, что в данном случае имеются в виду ставки, существующие на финансовом рынке, или, иными словами, ставки, которые используют коммерческие банки при кредитовании своих клиентов, и если в месте, где должен устанавливаться размер процентов, существует несколько банков, то

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 01.07.1996 N 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Консультант Плюс: Судебная практика.



должна быть использована усредненная ставка процентов годовых по соответствующим кредитам.<sup>1</sup>

Из всего вышеизложенного можно сделать ряд выводов.

Во-первых, проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами являются самостоятельной формой гражданско-правовой ответственности предпринимателей. Спецификой применения данной формы ответственности является то, что для удовлетворения требования кредитора о взыскании процентов на сумму своевременно неуплаченных денежных средств, ему достаточно доказать лишь сам факт нарушения такого обязательства его контрагентом, а также размер ставки банковского процента, существующий в месте его нахождения (месте жительства).

Во-вторых, размер процентов за пользование чужими денежными средствами определяется учетной ставкой банковского процента, которая существует в месте жительства (для граждан) или в месте нахождения (для юридических лиц) кредитора. В настоящее время, суды применяют единую ставку рефинансирования Центрального Банка РФ.

В-третьих, проценты за пользование чужими денежными средствами по отношению к убыткам, носят зачетный характер. При наличии оснований, подлежащие возмещению должником кредитору убытки, уплачиваются только в части, превышающей суммы процентов за пользование чужими денежными средствами.

В-четвертых, период, в течение которого начисляются проценты за пользование чужими денежными средствами, заканчивается днем уплаты суммы долга кредитору, если более короткий срок не установлен законом, иным правовым актом или договором.

Подытоживая, необходимо отметить тот факт, что решение рассмотренных проблем видится в более четком законодательном регулировании понятий, используемых в данном виде правоотношений. Также необходимо обращать внимание на судебную практику, устранить пробелы нынешнего законодательства.

---

<sup>1</sup> Трахтенгерц Л.А. Обязательственное право // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный); Отв.ред. Л.А. Трахтенгерц. М.:Инфра,2009.С.654-657.

## **Проблемы гражданской ответственности за вред, причиненный гражданину правоохранительными органами**

Грак Денис Валерьевич,  
студент 5 курса исторического факультета  
КГПУ им. В.П. Астафьева

Научный руководитель:  
Мельникова Татьяна Витальевна  
д-р филос. наук, профессор кафедры Правоведения  
СибГАУ им. М.Ф. Решетнева

Исследования, касающиеся ответственности государства за вред, причиненный органами государственной власти, и, в частности, правоохранительными органами, дают неоднозначную оценку природе этого правового института и его применению на практике. Неоднозначность, с которой ученые и специалисты подходят к этой проблеме, порождает двусмысленность в законодательстве, дублирование и перекрывание норм другими нормами, регулирующими схожие случаи. Кроме того, в современном российском гражданском праве скопились некоторые противоречия, затрагивающие данную проблему, разрешение которых позволит в полной мере реализовать принцип верховенства прав и свобод человека и гражданина.

Если исследовать исторический аспект и проследить становление института ответственности государства за вред, причиненный государственными органами, то заметны «метания» законодателя, которые прослеживаются в нормативно-правовых актах на протяжении почти ста лет.

В XIX и начале XX века не было дано однозначного и утвердительного ответа на принципиальный вопрос о юридической природе и основаниях ответственности государства за вред, причиненный в сфере осуществления публичной власти. Позиция дореволюционного законодателя, заключающаяся в том, что государство не несет ответственности за действия своих чиновников, проводилась непреклонно и не была сколько-нибудь скорректирована. Единственная попытка была предпринята в 1909 году, но она была отклонена Сенатом. Как отмечают многие исследователи, такая позиция была связана с боязнью разорения государственной казны<sup>1</sup>.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г., несмотря на пересмотр отношения государства к частной собственности все-таки отразил в нем норму, гарантирующую защиту от вреда, причиненного государством. Хотя при детальном изучении данной нормы говорить о качественной защите не приходится – законодатель предусмотрел ряд условий, которые ее ограничивали, делали неэффективной и громоздкой.

---

<sup>1</sup> Михайленко О.В. Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 25 – 27.

Как считают многие исследователи, после февраля 1956 года, ознаменовавшегося XX съездом КПСС, государственная власть сняла негласный запрет и санкционировала возможность более открыто говорить об ответственности государства. В 50-е началась серьезная работа над второй кодификацией советских законов. Многие видные ученые-цивилисты активно включились в разработку Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик. По проблемам ответственности государства за вред, причиненный в сфере власти, развернулась серьезная научная полемика, в среде ученых разгорелся спор о принадлежности института ответственности государства за вред, причиненный органами государственной власти, причем особое место в нем занимает проблема ответственности за вред, причиненный правоохранительными органами<sup>1</sup>. Столкновение публично-правового и частного правового подходов во многом характеризуют и конкретизируют этот спор.

В отличие от ст. 407 ГК РСФСР 1922 г., содержащей общую формулировку об ответственности государственных учреждений, в Основах и ГК РСФСР 1964 г. уже проводилось разграничение ответственности государства по сферам подчинения – на административное управление и уголовное преследование. Ответственность государственных учреждений в сфере административного управления продолжала рассматриваться как гражданско-правовая, поскольку ч.1 ст. 89 Основ и ст. 446 ГК РСФСР 1964 устанавливали их ответственность на общих основаниях, по крайней мере, в отношении граждан.

К 90-м годам XX столетия в российской юридической науке окончательно оформилось два основных подхода к определению правовой природы ответственности государства за вред, причиненный при осуществлении власти, и отраслевой принадлежности норм, ее регулирующих:

1. Частноправовой или гражданско-правовой (цивилистической), в соответствии с которым ответственность государства является разновидностью гражданско-правовой обязанности возместить вред независимо от сферы причинения вреда (административное управление или уголовное преследование).

2. Публично правовой, рассматривающий отношения по возмещению вреда, причиненного государством только лишь в сфере уголовного преследования<sup>2</sup>.

Итак, необходимо указать, что доминирующей точкой зрения на данный момент является положение, согласно которому правоотношения по возмещению вреда, причиненного осуществлением власти, по своей правовой природе являются исключительно гражданско-правовыми, а не публично-правовыми или комплексными (гражданско-правовыми и публично-правовыми) и уж тем более не уголовно-процессуальными.

Разобщенность во взглядах на природу ответственности государства в научной литературе отразилась и на современном законодательстве. В

---

<sup>1</sup>Коваленко А.А. Гражданско-правовая ответственность должностных лиц правоохранительных органов. С 27.

<sup>2</sup>Михайленко О.В. Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике. М.: Волтерс Клувер, 2007. С 70.

современном Гражданском кодексе возмещение вреда, причиненного осуществлением публичной власти, строится исключительно как гражданско-правовая деликтная ответственность государства или муниципального образования независимо от сферы причинения.

Но с другой стороны, взгляды их оппонентов воплотились в уголовно-процессуальном законодательстве. В действующем УПК РФ как порядок определения размера вреда, так и порядок его возмещения носят ярко выраженный публично-правовой характер.

Сосуществование и функционирование таких разнородных положений приводит к тому, что одновременно функционирует несколько нормативно-правовых актов, регулирующих схожие правовые отношения (УПК РФ, ГК РФ, Указ Президиума ВС СССР от 18.05.1981, ФЗ от 03.07.1998 года «О борьбе с терроризмом»). Представляется, что возможен вариант, при котором действие данных норм будет объединено в едином нормативно-правовом акте, который будет всеобъемлюще регулировать рассматриваемые ситуации.

Современные реалии ставят необходимость пересмотра норм, регулирующих рассматриваемые правоотношения и пересмотра целого комплекса нормативно-правовых актов, содержащих данные нормы. Сейчас наибольшее количество дел рассматриваемой категории связано с возмещением вреда, причиненного незаконными действиями органов внутренних дел, прокуратуры, таможенных органов, судебных приставов - исполнителей. Встречаются также дела, связанные с незаконными актами судов общей юрисдикции.<sup>1</sup>

Одним из вариантов, при котором будет гарантирована полная правовая защита гражданина, является отказ от закрепления в статье 1070 ГК РФ конкретного перечня мер процессуального принуждения, при которых гражданин имеет право на возмещение вреда, причиненного правоохранительными органами. Статья 53 Конституции РФ провозглашает, что каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, и, следовательно, нарушение прав гражданина и возмещение ему вреда должно трактоваться исключительно в конституционном смысле.

Эта мысль опирается на постановления Конституционного суда, куда неоднократно обращались граждане (в частности дело Аликиной<sup>2</sup>), права которых были нарушены в результате процессуальных действий, не предусмотренных в ст. 1070 ГК РФ (такие как задержание, обыск и т.п.), но фактически действия правоохранительных органов нанесли этим лицам моральный ущерб, компенсации которого они требовали.

Следует указать, что положение лица, задержанного в качестве подозреваемого и помещенного в условия изоляции, а так же иные меры, не предусмотренные статьей 1070 ГК РФ, по своему правовому режиму, степени

---

1 Булыгин Р.В. Представление интересов казны Российской Федерации по делам о возмещении вреда // Российская юстиция, 2001. С. 9.

2 По жалобе гражданки Аликиной Татьяны Николаевны на нарушение ее конституционных прав п. 1 ст. 1070 ГК РФ: Пост. КС РФ от 4 декабря 2003 г. N 440-О // СЗ РФ - 2004 - №7 - ст. 596.

применяемых ограничений и претерпеваемых в связи с этим ущемлений равнозначны мерам процессуального принуждения, обозначенных в ст. 1070 ГК РФ. Предполагается, что и вред, причиненный незаконными действиями правоохранительных органов, должен возмещаться государством в полном объеме независимо от вины соответствующих должностных лиц не только в прямо перечисленных в п.1 ст.1070 случаях, но и тогда, когда вред причиняется в результате незаконного применения в отношении гражданина таких мер процессуального принуждения, как задержание<sup>1</sup>.

Юридическая практика и фактическое положение убеждают в необходимости отказа от закрепления в статье 1070 ГК РФ какого-либо перечня конкретных мер процессуального принуждения. При отсутствии конкретизации возможна более полная защита прав и свобод человека и гражданина, попавшего в ситуацию, схожую с обозначенными выше, а механизм обеспечения конституционных прав и свобод станет эффективнее.

Также важным является вопрос об органах и лицах, выступающих от имени казны при возмещении вреда за ее счет.

Статья 1071 ГК РФ устанавливает, что в случаях, когда в соответствии с Гражданским кодексом или другими законами причиненный вред подлежит возмещению за счет казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации или казны муниципального образования, от имени казны выступают соответствующие финансовые органы, если в соответствии с пунктом 3 статьи 125 ГК РФ эта обязанность не возложена на другой орган, юридическое лицо или гражданина. Это закрепление не дает прямого ответа на вопрос о том, к кому же конкретно должен предъявляться иск о возмещении вреда.

Под казной Российской Федерации в статье 1071 ГК РФ понимается<sup>2</sup> принадлежащее Российской Федерации имущество, не закрепленное за конкретными государственными предприятиями или учреждениями. В первую очередь к казне относятся средства соответствующих бюджетов, которые управляются органами Минфина России, финансовыми органами субъектов Федерации и муниципальных образований. При удовлетворении иска взыскание средств производится за счет средств соответствующего бюджета, а при отсутствии средств – за счет другого имущества, составляющего казну<sup>3</sup>.

Исследователи отмечают, что в конце 1990-х годов в качестве ответчика чаще всего привлекался Минфин, как уполномоченный действовать от имени казны Российской Федерации.

Арбитражные суды и суды общей юрисдикции до 2000 г. в качестве представителя Российской Федерации по делам о возмещении вреда, причиненного федеральными государственными органами и их должностными лицами, привлекали Минфин России либо органы федерального казначейства,

---

1 По жалобе гражданки Аликиной Татьяны Николаевны на нарушение ее конституционных прав п. 1 ст. 1070 ГК РФ: Пост. КС РФ от 4 декабря 2003 г. N 440-О // СЗ РФ - 2004 - №7 – ст. 598.

2 Короткова О.И. Роль государственной казны в социально-экономических и общественно-политических процессах // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. №2. С. 15.

3 О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Пост. Пленумов ВС РФ и ВАС РФ N 6/8 от 1 июля 1996 г. N 6/8 // Вестник ВАС РФ, 1996, № 9.

которые на тот момент имели статус территориальных органов Минфина России.<sup>1</sup>

Однако привлечение Минфина было нецелесообразно, так как, во-первых, министерство было перегружено подобными делами, кроме того, что имеет свои специфические направления деятельности. Во-вторых, представитель Минфина не может полноценно отстаивать интересы государства и казны, так как имеет иную профильную функцию. В-третьих, отсутствовала обратная связь между неправомерными действиями государственного органа или должностного лица и взыскиваемым ущербом.<sup>2</sup>

В связи с перечисленными проблемами законодатель с 1 января 2000 г. п. 10 ст. 158 БК РФ ввел норму, согласно которой обязанность по представлению ответчика по искам к Российской Федерации о возмещении вреда, причиненного физическому или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов или должностных лиц этих органов, возлагается на главного распорядителя средств соответствующего бюджета по ведомственной принадлежности, который должен выступать в суде от имени Российской Федерации в качестве представителя.

Практическое воплощение в жизнь указанных положений обернулось тем, что подходы судов общей юрисдикции и арбитражных судов к решению вопроса о том, какой конкретно государственный орган должен привлекаться к участию в деле в качестве ответчика от имени казны Российской Федерации, оказались разными.

Практика арбитражных судов, согласно которой от имени казны Российской Федерации в подобных делах выступают различные министерства и ведомства, должностными лицами и органами которых причинен вред, опирается на ст.158 БК, которая имеет приоритет перед правилами, закрепленными в подзаконных актах. Но так как в составе средств, выделяемых из федерального бюджета министерствам и ведомствам как главным распорядителям, не предусмотрена такая статья расходов, как возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) их органов и должностных лиц, реальное возмещение производится Минфином России за счет федерального бюджета по разд. 30, подразд. 04 «Прочие расходы, не отнесенные к другим целевым статьям».

С этого момента арбитражные суды в качестве ответчика по делам о возмещении ущерба, причиненного органами государственной власти и их должностными лицами, стали привлекать соответствующих главных распорядителей бюджетных средств. Окончательно данная судебная практика нашла закрепление в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 июня 2006 г. N 23 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами норм Бюджетного кодекса Российской Федерации».

---

<sup>1</sup> Комягин Д.Л. Правовое регулирование возмещения вреда от незаконных действий государственных органов и их должностных лиц: хроника проб и ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика, 2007. С. 4.

<sup>2</sup> Комягин Д.Л. Правовое регулирование возмещения вреда от незаконных действий государственных органов и их должностных лиц: хроника проб и ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика, 2007. С. 7.

Верховный Суд РФ обозначил же свою позицию тем, что БК РФ регулируются правоотношения между субъектами этих правоотношений в процессе составления проектов бюджетов, их утверждения, формирования доходов и осуществления расходов бюджетов всех уровней (ст. 1 БК РФ), а перечень участников бюджетного процесса приведен в ст. 152 БК РФ. Физические лица в этом перечне не указаны, следовательно, они не являются участниками бюджетного процесса, и нормы БК РФ к правоотношениям, в которых одной из сторон выступают граждане, неприменимы.

Следующим аргументом, который приводили суды при привлечении в качестве ответчика от имени Российской Федерации Минфина России, стало то обстоятельство, что начиная с 2001 г<sup>1</sup> и по настоящее время согласно ст. 242.2 БК РФ исполнение решений судов по искам к казне Российской Федерации возложено на Министерство финансов Российской Федерации (а не на главных распорядителей средств федерального бюджета).

Как считает Комягин Д.Л.<sup>2</sup>, представление интересов Российской Федерации в суде и исполнение вступивших в законную силу судебных решений являются разными стадиями гражданского процесса и отличаются качественно разными полномочиями. Кроме того, возложение на Минфин России одновременно и обязанности представлять интересы Российской Федерации, и обязанности исполнять соответствующие решения суда приведет к размыванию ответственности виновных государственных органов и их должностных лиц за свои неправомерные действия.

Что касается судов общей юрисдикции то они, вследствие неоднократно высказанной позиции Верховного Суда РФ, содержание ст. 158 БК РФ проигнорировали и по искам к Российской Федерации или к казне Российской Федерации до настоящего времени в качестве ответчика привлекается Минфин России (финансовый орган). В итоге судами общей юрисдикции при рассмотрении исков о взыскании ущерба от незаконных действий государственных органов и их должностных лиц не применяется ни ст. 125 ГК, ни ст. 158 БК.

В настоящее время такие разночтения породили ситуацию, когда на едином правовом пространстве Российской Федерации один и тот же закон применяется по-разному арбитражными судами и судами общей юрисдикции.

Вопрос о том, кто должен выступать от имени казны Российской Федерации по искам из причинения вреда незаконными действиями (бездействием) государственных органов и их должностных лиц, достаточно сложен и решается на практике неоднозначно. Однако любые трудности, связанные с его решением, не должны ложиться на плечи потерпевших от незаконных действий.

Для преодоления подобных неточностей и неопределенности представительства в суде ответчика следует скорректировать содержание статьи 1071 ГК РФ, непосредственно включив и указав в ней ответчика, что позволит

---

1 Константинов П.Н., Стуканов А.П. Институт реабилитации // Законность. 2004. № 7. С. 14.

2 Комягин Д.Л. Правовое регулирование возмещения вреда от незаконных действий государственных органов и их должностных лиц: хроника проб и ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика, 2007. С. 9.

ликвидировать разные подходы. Представляется более предпочтительным занять позицию арбитражных судов и указать в качестве ответчика главного распорядителя средств федерального бюджета, бюджета субъекта Российской Федерации, бюджета муниципального образования, привести в соответствие нормы ГК и БК.

Статья осветила лишь некоторые проблемы, существующие в российском гражданском праве, противоречия же, сложившиеся в юридической теории и практике, нуждаются в дальнейшем рассмотрении и принятии конкретных мер со стороны законодателя.



## **Некоторые проблемы исполнения обязанностей покупателем по договору поставки**

Дабаев Бато Аюрович,  
студент 5 курса Юридического факультета  
Бурятского государственного университета

Научный руководитель:  
Сапожникова Наталья Сергеевна,  
преподаватель кафедры гражданского права и процесса  
Юридического факультета  
Бурятского государственного университета

На практике встречаются определенные проблемы при исполнении обязанностей покупателем. Так, например проблема, связанная с последствиями нарушения порядка приемки товара покупателем при доказывании ненадлежащего качества, некомплектности товара либо его недопоставки. Данная проблема связана с тем, что при приемке продукции в соответствии с п. 2 ст. 513 ГК РФ покупатель обязан в этот же срок проверить количество и качество принятых товаров в порядке, установленном законом, иными правовыми актами, договором или обычаями делового оборота, и о выявленных несоответствиях или недостатках незамедлительно письменно уведомить поставщика.

В свою очередь, в ст. 513 ГК РФ не установлено, какие последствия для покупателя могут возникнуть при приемке товара с нарушением установленного порядка.

В судебной практике можно найти несколько выводов судов, касающихся последствий нарушения порядка товара покупателем при доказывании ненадлежащего качества, некомплектности товара либо его недопоставки.

1) нарушение порядка приемки товара рассматривается судами как основание для признания факта поставки некачественного товара недоказанным. Если при приемке товара, проведенной с нарушением установленного порядка, были составлены документы, то они не принимаются судом в качестве доказательства поставки некачественного товара.<sup>1</sup>

2) Нарушение порядка приемки товара рассматривается судами как основание для признания недоказанным факта недопоставки. Документы, которые были составлены при приемке, проведенной с нарушением установленного порядка, не принимаются судом в качестве доказательств недопоставки товара.<sup>2</sup>

3) Несоблюдение порядка приемки, в результате чего установить количество продукции стало невозможно либо если при этом были нарушены (могли быть нарушены) законные права поставщика (перевозчика) при

---

<sup>1</sup> Определение ВАС РФ от 11.04.2011 N ВАС-4823/11 по делу N А32-2862/2010-21/40.

<sup>2</sup> Определение ВАС РФ от 27.05.2011 N ВАС-6256/11 по делу N А68-4684/09.

определении ее количества, может подтверждать, что товар был поставлен в полном объеме.<sup>1</sup>

Таким образом, мы приходим к выводу, что при нарушении покупателем порядка приемки товара расценивается как основание для признания факта поставки некачественного товара недоказанным. И поэтому в последующем удовлетворении требования покупателя будет преимущественно отказано.

Следующий вопрос, который мы бы хотели раскрыть связан с применением Инструкций № П-6<sup>2</sup> и -№ П7<sup>3</sup> и к отношениям сторон по приемке товара. В соответствии с Постановлением ВАС РФ указанные инструкции применяются, только когда это предусмотрено договором поставки. Судебная практика следует данным разъяснениям ВАС РФ. Однако возникает вопрос о соотношении положений указанных Инструкций с условиями договора поставки, что особенно актуально, если между ними есть противоречия.

В соответствии с первой позицией судов инструкции N N П-6 и П-7 применяются к отношениям сторон по приемке товара, если это предусмотрено договором.

Согласно второй позиции судов- Инструкции N N П-6 и П-7 можно применить в порядке обычаев делового оборота, если стороны не согласовали в договоре порядок приемки товара.

Третья позиция судов, о том что - если в договоре предусмотрена приемка по Инструкциям N N П-6 и П-7 и отдельные условия договора им противоречат, применяются правила Инструкций.

Согласно четвертой позиции судов - Если договором предусмотрено использование Инструкции N П-7 и отдельные положения договора ей противоречат, то правила инструкций применяются в части, не противоречащей договору.

Таким образом, мы считаем, что необходимо придерживаться последней позиции судов, т.к стороны если стороны согласовали дополнительные условия, касающиеся приемки товара, а затем и указали также действия инструкций, то в случае противоречий применяются условия договора, если в нем указано, что Инструкция применяется в части, не противоречащей договору.

На практике не всегда своевременно возможно обнаружить недопоставленное имущество, который получено, к примеру, в запечатанном контейнере, внешний вид которого целостен и сохранен. Однако при его вскрытии обнаруживается, что определенное количество товара недопоставлено, либо определенный товар поставлен ненадлежащего качества. Как следует из указаний по применению и заполнению форм первичной учетной документации по учету торговых операций, утвержденных Постановлением Госкомстата России N 132, формы N ТОРГ-2 и N ТОРГ-3 применяются для оформления приема товарно-материальных ценностей, имеющих количественные и качественные расхождения по сравнению с

1 Постановление ФАС Поволжского округа от 27.08.2010 по делу N А12-14770/2009.

2 Инструкция о порядке приемки производственно-технического назначения и товаров народного потребления по количеству от 15 июня 1965 г. N П-6

3 Инструкция о порядке приемки производственно-технического назначения и товаров народного потребления по качеству от 25.04.1966 № П-7

данными сопроводительных документов поставщика, и являются юридическим основанием для предъявления претензии поставщику.

Однако, на практике применение унифицированной формы ТОРГ-1, ТОРГ-2, ТОРГ-3, ТОРГ-12 в действительности не всегда является удобным для отображения товара ненадлежащего качества. Заполнение указанных форм требуют определенного опыта работы бухгалтером. На практике кладовщик не имеет полной информации необходимой даже для формального заполнения всех граф. Однако в случае указания в договоре о применении указанных форм, и в последующем ненадлежащем заполнении, это повлечет отказ в удовлетворении требований покупателя к поставщику.

На практике встречаются случаи, когда стороны включает в договор условие о рекламации (рекламационном акте). Законодательно не определено понятие рекламация (рекламационный акт), а необходимость его составления имеется.

Поэтому мы предлагаем следующий проект формы рекламационного акта. В данном акте считаем необходимым и обоснованным указание следующих пунктов:

- дата, время начала и окончания приемки, место составления акта меры
- лица, которые участвовали в приемке
- наименование получателя
- номер договора поставки, номер партии, адрес поставщика
- наименование товара, дата получения товара транспортной организацией товара (номера железнодорожной накладной, а также других документов, выданных соответствующими транспортными организациями в подтверждение принятия груза к перевозке)
- количество товара по каждому виду ассортимента, указанного в спецификации и других сопроводительных документах, выданных соответствующими транспортными организациями и подтверждение принятие груза к перевозке, фактическое количество, установленное составителями акта, недостача товара по количеству против указанного в упомянутых документах
- некомплектность, несоответствие качества и ассортимента товаров документам, представленным поставщиком
- состояние тары и упаковки
- фотографии в формате JPEG или GIF с разрешением не менее 2560x1920 точек
- видео в формате AVI разрешением не менее 720x576 точек.

В заключительной части рекламационного акта необходимо указать следующее:

- при недостатке товара, нарушении ассортимента, некомплектности - данные о фактической недостатке, нарушении ассортимента или некомплектности в единицах измерения, указанных в транспортных документах или упаковочном листе, спецификации или другом сопроводительном документе;
- при несоответствии товара установленным требованиям по качеству - дефект и его характер, фактическое количество товара, не соответствующего

условиям договора и/или контракта, а также снижение уровня качества товара в процентах.

- причины, вызвавшие недостачу товара и/или его дефект (производственные дефекты, повреждение в пути, ненадлежащее хранение и т.д.).

Стороны могут сами определить в срок в течении, которого составляется рекламационный акт со дня прибытия к нему товаров. Как правило, на практике, поставщики заинтересованы в возможном меньшем сроке – 48 часов. Это делает очень затруднительным составление акта в такие строки, и ущемляет права покупателя. На основании вышеизложенного, рассматривая имеющуюся практику, полагаем, что составление рекламационного акта по предложенной нами структуре позволит сократить возможные споры входе претензионной работы контрагентов.

## **Некоторые проблемы привлечения к ответственности пользователей социальных сетей**

Давыдова Полина Александровна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Рычкова Наталья Юрьевна,  
**старший преподаватель кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ**

В настоящее время редкий пользователь услугами Интернета не имеет странички в какой-нибудь социальной сети. На данный момент крупнейшей социальной сетью в мире является Facebook. Аудитория пользователей Facebook на декабрь 2011 года насчитывала более 850 млн. человек. При этом количество просмотров страниц составило 1 триллион. Выручка Facebook за 2011, по собственной оценке, составила 5 млрд. долларов США<sup>1</sup>. Догоняют по масштабности американский аналог и такие российские социальные сети как: «ВКонтакте», «Одноклассники», «Мой мир» и другие. Например, в настоящий момент количество пользователей «Одноклассники» достигло 100 миллионов. А посещаемость составила 31 млн. посетителей в сутки<sup>2</sup>.

Расширенные опции сайтов дают простор пользователям не только для общения и обмена информацией, но и для правонарушений в сети Интернет, в частности, для правонарушений в социальных сетях, о чем и пойдет речь далее.

Одним из наиболее частых правонарушений является нарушение авторских прав.

В чем же оно заключается? Данное нарушение может проявляться в первую очередь в том, что лицо размещает чужие музыкальные произведения, изображения, видеозаписи, литературные произведения в социальной сети.

Размещение в социальных сетях произведений науки, литературы и искусства без согласия правообладателя является незаконным на основании абзаца третьего части первой статьи 1229 ГК РФ: «Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом»<sup>3</sup>. Эти случаи предусмотрены следующими статьями ГК РФ: ч.2 1264, 1272-1280, 1306, 1325 и частью 2 1343. Если в результате размещения файла в социальной сети, произведение доводится до всеобщего сведения, действия пользователя не попадают ни под одно исключение, указанное в вышеперечисленных статьях.

---

1 Facebook: Свободная энциклопедия Википедия. URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/Facebook> (дата обращения: 21.03. 2012).

2 Одноклассники.ру: Свободная энциклопедия Википедия. URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9E%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D1%81%D1%81%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B8.ru> (дата обращения: 21.03. 2012).

3 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): федер. закон от 18 дек. 2006 г. N 230-ФЗ. // Рос. газ. – 2006 – 22 дек.

Возможность создания пользователями копий соответствующих произведений на своей страничке является еще одной особенностью социальных сетей. Копия хранится на «профиле», но использовать ее может не только владелец страницы. Некоторые социальные сети предоставляют пользователям возможность самостоятельно определять круг лиц, которые могут использовать размещенные на его странице файлы. Главная проблема заключается в том, что все незаконно размещенные на странице видеозаписи, изображения, литературные произведения и музыкальные файлы могут не только использоваться, но и быть скопированы на страницы других пользователей в социальных сетях. Это качество социальных сетей значительно осложняет процедуру защиты нарушенных прав.

Согласно п. 34 Постановления Пленумов ВС и ВАС от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» «..нарушением исключительного права на произведение является изготовление одного экземпляра произведения или более, осуществленное с контрафактного экземпляра либо при неправомерном доведении до всеобщего сведения (в том числе при неправомерном размещении в сети Интернет)»<sup>1</sup>.

Согласно ст. 1273 ГК РФ «Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение гражданином при необходимости и исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения» за некоторыми исключениями. Согласно статье 1270 ГК РФ «запись произведения на электронном носителе, в том числе, запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением». То есть пользователи, которые копируют незаконно размещенные файлы, гражданско-правовой ответственности не подлежат, в случае, если они копируют файл «при необходимости и исключительно в личных целях». С целями все достаточно ясно. Непонятной остается формулировка «при необходимости», законодатель не поясняет ее значение. То есть исходя из всего вышесказанного, сохранять для себя какой-либо файл пользователь социальной сети может теперь только, если у него есть такая необходимость. Причем наличие такой необходимости в случае судебного разбирательства ему придется доказывать самому.

Существуют и иные случаи свободного воспроизведения объектов авторского права, но они немногочисленны.

Законным в рассматриваемой сфере является только воспроизведение произведения, перешедшего в общественное достояние (ст. 1230, 1281, 1282 ГК РФ), цитирование с указанием имени автора (п.1 пп. 1 ст. 1274 ГК РФ), использование правомерно обнародованных произведений и отрывков из них в звуко- и видеозаписях учебного характера в объеме, оправданном поставленной целью (п.1 пп. 2 ст. 1274 ГК РФ).

Ответственность за нарушение авторских прав предусмотрена различными отраслями права: уголовным, административным и гражданским.

---

<sup>1</sup> О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: Постановление Пленумов ВС и ВАС от 26 марта 2009 г. № 5/29 // Рос. газ. - 2009. - 22 апр.

Привлечение пользователя к административной ответственности представляется нам затруднительным, так как пользователь не преследует цель – извлечение дохода из использования того или иного объекта интеллектуальных прав, что является необходимым признаком для привлечения лица к данному виду ответственности согласно пункту первому статьи 7.12 КоАП РФ<sup>1</sup>.

К уголовной же ответственности привлекаются, согласно статье 146 УК РФ, лица, которые совершили одно или несколько перечисленных в статье действий: «незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере». Крупный размер может проявляться в тех случаях, когда «пиратские» копии фильмов появляются в социальной сети до или во время выхода фильма в прокат. Так по данным «Видео 24» правообладатели лишаются из-за подобных действий нарушителей существенной доли дохода, иногда до половины кассовых сборов<sup>2</sup>. Но на мой взгляд, в подавляющем большинстве случаев, сложно говорить о нарушении авторского права в социальных сетях в крупном размере<sup>3</sup>. К тому же подобный способ борьбы с нарушениями авторских прав в сети Интернет представляется излишне жесткой мерой.

Поэтому наиболее вероятным, думается, будет привлечение пользователя социальной сети к гражданско-правовой ответственности, на основании статей 1250, 1252 ГК РФ. Согласно этим статьям, каждый, чьи интеллектуальные права нарушены, может защищать их всеми способами, предусмотренными ГК РФ, с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права. Причем отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав. Виды требований в рамках гражданского законодательства, которые могут быть предъявлены правообладателем к лицу, нарушившему исключительное право, перечислены в статье 1252 ГК РФ (представленный в этой статье перечень является исчерпывающим). Причем, санкции, на мой взгляд, должны применяться и к нарушителю, который разместил на своей страничке тот или иной объект авторского права, и к тому, кто скопировал.

Существует мнение, что в Интернете невозможно обеспечить правовую защиту авторских прав из-за отсутствия ограничений на свободное копирование и сложности ведения контроля за копированием и использованием произведений<sup>4</sup>.

Сложность заключается в двух аспектах данной проблемы<sup>5</sup>:

1) Трудность отслеживания процесса незаконного использования объектов авторских прав из-за сложности технического обеспечения социальных сетей и огромных потоков информации.

1 Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: федер. закон от 30 дек. 2001г. N 195-ФЗ. // Рос. газ. - 2001. - 31 дек.

2 Сытенко Г.И., Вилинов А.А. Актуальные вопросы регулирования отношений по охране авторского и смежных прав в сети Интернет. С. 7-11.

3 Уголовный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 13 июня 1996г. N 63-ФЗ. // Рос. газ. - 1996. - 18 июня.

4 Семилетов С.И. Проблемы охраны авторских прав в российском секторе Интернета // Проблемы информатизации. 2000. №3. С. 52-59.

5 Николаева Е. Хранилище нелегальных копий//ЭЖ-Юрист. 2011. № 32. С.5.

2) Сложность определения субъекта, подлежащего ответственности в связи с нарушением исключительных прав. Ведь объект авторского права может быть одновременно использован большим количеством пользователей.

По мнению И. Иванова и Е. Николаевой для того, чтобы не стали возникать прецеденты привлечения к ответственности пользователей социальных сетей, стоит принять ряд мер. Наиболее логичными нам представляются меры, предложенные Е. Николаевой. Во-первых, исключить возможность хранения копий объектов авторских прав на сайтах, относящихся к категории «социальная сеть». Во-вторых, информировать об ответственности за подобные правонарушения<sup>1</sup>, непосредственно при регистрации в социальной сети (данная мера будет иметь эффект только в случае роста правовой культуры пользователей).

Наряду с предложениями о привлечении пользователей к ответственности существует и иное мнение о недопустимости ответственности конечных пользователей социальных сетей. Эта позиция нашла понимание и получила поддержку большинства органов государственной власти, так или иначе касающихся в процессе своей деятельности описанных проблем<sup>2</sup>.

По этому поводу есть еще одно предложение - использование в рассматриваемой сфере принудительных лицензий<sup>3</sup>. Суть этой меры заключается в том, что владелец принудительной лицензии имеет право осуществлять действия, охватываемые исключительным правом, с разрешения властей помимо воли обладателя исключительного права. Эта мера, а также возможно расширение случаев свободного использования произведений при условии выплаты вознаграждения представляется наиболее целесообразным для применения в рассматриваемой нами сфере.

Это поможет не только урегулировать отношения в этой сфере, но сохранить максимальную свободу для обмена и распространения информации для пользователей социальных сетей.

---

1 Николаева Е. Хранилище нелегальных копий. С.5.

2 Сытенко Г.И., Вилинов А.А. Актуальные вопросы регулирования отношений по охране авторского и смежных прав в сети Интернет. С. 7-11.

3 Калятин О. В. Законодательство об интеллектуальной собственности XXI века: тенденции развития // Право. 2011. № 3. С. 62 .



## **О хозяйственных партнерствах: плюсы и минусы**

Дерменева Виктория Евгеньевна,  
студентка 2 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Машарова Юлия Циденевна,  
старший преподаватель кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

С 1 июля в России вступает в силу Федеральный закон от 3 декабря 2011 года № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах». Закон вводит новую организационно-правовую форму - хозяйственное партнерство, занимающего, по моему мнению, промежуточное положение между хозяйственным товариществом и хозяйственным обществом.

Согласно ч.1 ст.2 ФЗ «О хозяйственных партнерствах» хозяйственным партнерством признается созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой в соответствии с настоящим Федеральным законом принимают участие участники партнерства, а также иные лица в пределах и в объеме, которые предусмотрены соглашением об управлении партнерством.<sup>1</sup>

Краткая характеристика хозяйственного партнерства: создается на основании соглашения его учредителей, создание партнерства путем реорганизации существующего юридического лица не допускается, партнерами могут быть физические, юридические лица, в том числе и иностранные. Учредительным документом является устав. Также важное значение отводится соглашению об управлении партнерством, которое также заключается при его учреждении и т.д.

Такая новая правовая конструкция создавалась по инициативе Президента РФ Д.А. Медведева и, как пишут, представляет собой модель действующих в США и Великобритании «ограниченных партнерств», что должно сделать юридические лица в России понятными и узнаваемыми.<sup>2</sup>

Это поручение Правительство РФ получило в июле 2010 года. Предпосылкой к этому стало отсутствие привлекательных для инвесторов правовых форм совместного вложения денег в венчурные бизнес-проекты, что является барьером на пути развития инновационного сектора малого бизнеса в РФ. Конечно, частично можно обратиться по этому вопросу к существующей форме простого товарищества, по которому инвесторы могут объединить свои вклады и действовать без образования юридического лица, но и у этой формы есть масса ограничений по деятельности.

---

<sup>1</sup> О хозяйственных партнерствах: ФЗ РФ от 3 дек. 2011 г. № 380-ФЗ(с послед.изм.) // [Информационно-правовой портал ГАРАНТ]

<sup>2</sup> Визлогузов В. Общества с ограниченными последствиями // [Торгово-промышленные ведомости. 2011, №6].

Именно для решения этой проблемы в российском законодательстве появляется специальная разновидность договора простого товарищества – инвестиционное товарищество.<sup>1</sup>

Рассматриваемые мною хозяйственные партнерства тоже помогают в решении этой проблемы. Говорят, что объединение положительных свойств ООО (ограничение ответственности) и товариществ (гибкость управления) позволит инвесторам запускать свои проекты с меньшими проблемами, так как все внутренние вопросы партнеры определяют сами нотариально заверяемым соглашением об управлении партнерством. Из этого можно подчеркнуть, что Правительство всерьез рассчитывает на деньги иностранных венчурных инвесторов.<sup>2</sup>

Немного из опыта зарубежных государств. В США партнерства – удобная форма объединения высококвалифицированных специалистов для занятия профессиональной деятельностью в сфере юридических и финансовых услуг, медицины и т.д. Как правило, это сфера малого и среднего бизнеса. Однако известны случаи, когда в виде партнерств функционируют весьма крупные организации. Эта организационно-правовая форма бизнеса играет в США значительно большую роль, чем их российский аналог – товарищества. Весьма широко партнерства применяются в международном бизнесе и оффшорных схемах.

В Германии партнерство является организационно-правовой формой, созданной для объединения двух и более лиц свободных профессий. Свободной профессией называется самостоятельно практикуемая научная, художественная, писательская, преподавательская, воспитательная или сходная деятельность. К лицам свободных профессий относятся адвокаты, врачи, художники, журналисты и т.п. Партнерство не является коммерсантом в смысле торгового кодекса. Партнерство не является юридическим лицом, но обладает ограниченной правоспособностью.<sup>3</sup>

В настоящее время существует несколько негативных особенностей законодательства России: отсутствие гибкости в вопросах правового регулирования предпринимательской деятельности, невозможность заключения всеобъемлющих гибких соглашений между участниками (акционерами) общества, в полной мере соответствующих международной практике. Также использование традиционных для российского рынка организационно-правовых форм АО и ООО в качестве проектных компаний существенно снижают императивные положения действующего правового регулирования о приоритете прав кредиторов над участниками организации при ликвидации и банкротстве. Нельзя не отметить и то, что введение новой организационно-правовой формы, возможно, потребует и дополнительных уточнений налогового законодательства.

ФЗ «О хозяйственных партнерствах» определяет правовое положение хозяйственного партнерства в соответствии с ГК РФ. Так как ГК РФ содержит

---

1 Об инвестиционном товариществе: ФЗ РФ от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ (с послед. изм.) // [Российская газета: <http://www.rg.ru/2011/12/07/invest-tov-dok.html>].

2 Визлогузов В. Общества с ограниченными последствиями // [Торгово-промышленные ведомости. 2011, №6].

3 Макарова О. Хозяйственные партнерства: ноу-хау российского законодательства? // Хозяйство и право. 2012. №2. С.65.

закрытый перечень организационно-правовых форм коммерческих организаций, Государственной Думой принят ФЗ «О внесении изменения в статью 50 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О хозяйственных партнерствах», который тоже вступает в силу с 1 июля 2012 года.

Анализируя содержание интервью одного из авторов проекта закона «О хозяйственных партнерствах», члена Комитета Госдумы по информационной политике, информационным технологиям и связи Ильи Пономарева<sup>1</sup>, можно выделить следующие негативные признаки хозяйственных товариществ, вызвавших к жизни потребность в создании нового вида юридического лица:

- жесткое закрепление различий в правовом статусе участников командитного товарищества;
- устаревшее по своей сути требование к наименованию полного или командитного товарищества, которое должно содержать либо имена (наименования) всех полных товарищей, либо имя (наименование) не менее чем одного полного товарища с добавлением слов «и компания»;
- запрет на участие в хозяйственном товариществе в качестве полного товарища некоммерческим организациям, что, по мнению разработчиков проекта, будет препятствовать участию в таких товариществах государственных корпораций и пенсионных фондов, которые в международной практике выступают основными венчурными инвесторами;
- неограниченная ответственность полных товарищей по обязательствам товарищества.<sup>2</sup>

Рассмотрим положительные и отрицательные стороны создания хозяйственных партнерств.

Новые виды компаний – это хорошая идея, но новация не вызовет притоков венчурных инвестиций в Россию, так как российский рынок для них слишком мал.

Но хозяйственное партнерство даст возможность заключения гибкого всеобъемлющего соглашения, включающего в себя не только участников компании, позволит организовать гибкое постадийное финансирование за счет наличия складочного капитала и ограничит ответственность всех участников по сделкам, совершаемым компанией.

Из всех законов, ныне регламентирующих правовое положение коммерческих организаций, ФЗ «О хозяйственных партнерствах» максимально диспозитивный, что, конечно же, является положительным моментом. Регулирование отношений в сфере деятельности, организации, ликвидации осуществляется на договорном уровне – соглашением об управлении партнерством.

По информационной прозрачности партнерства являются закрытыми, но любое заинтересованное лицо имеет возможность ознакомиться с уставом

---

<sup>1</sup>Кальшева Е. Форма для венчура. Иностранцам откроют подходы к российским инновациям // [<http://www.rg.ru/2011/08/30/venchur.html>].

<sup>2</sup> Серова О.А. Хозяйственное партнерство и хозяйственное товарищество: возможные пути интеграции организационно-правовых форм // Законы России. 2012. №2. С. 37.

партнерства, а также получить у регистратора сведения о составе участников партнерства, которые вносятся в ЕГРЮЛ.

Однако генеральный директор АКГ «МЭФ – Аудит» Ян Гританс считает хозяйственные партнерства абсолютно бесполезной новой правовой конструкцией. Аргументируя это тем, что такая форма способна привести к дополнительным спорам в правовой цивилистике.<sup>1</sup>

Обязательных ограничений всего несколько: наличие единоличного исполнительного органа (директора партнерства), минимальное количество участников партнерства 2 человека, максимальное – 50. Также существующие юридические лица нельзя преобразовывать в партнерства.

В принципе, средние и крупные компании вполне могут использовать хозяйственные партнерства как реализации инвестиционных проектов.

Не стоит обходить стороной мнения экспертов. Вот некоторые из них:

«Появление Закона, регулирующего деятельность хозяйственных партнерств, в целом вполне закономерно – рано или поздно нечто подобное должно было появиться..» - Дмитрий Степанов, кандидат юридических наук.

«Ускоренное прохождение этого закона через парламент свидетельствует как об уровне депутатского корпуса (большинство депутатов, скорее всего не поняли, за что они голосуют, хотя думский Комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству дал на этот законопроект резко отрицательное заключение), так и об истинной цене постоянно декларируемых намерений по борьбе с коррупцией...» - пишет заместитель председателя Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства Е.А. Суханов.

«Следует принять во внимание, что наличие в хозяйственном партнерстве одновременно устава, являющегося учредительным документом, и соглашения об управлении отвечает мировой практике подготовки и реализации венчурных бизнес-проектов. Это предполагает возможность гибкого управления компанией на основании договора, сторонами которого могут быть не только участники юридического лица, но и само юридическое лицо, а также иные лица...» - Александра Нестеренко, президент Объединения Корпоративных Юристов.<sup>2</sup>

В общем, сколько людей, столько и мнений.

Как пишет О.Макарова по результатам анализа ФЗ «О хозяйственных партнерствах»: это смешанная форма осуществления предпринимательской деятельности, сочетающей некоторые черты товарищества и общества с ограниченной ответственностью. Такое смешение превращает партнерство в нечто «аморфное» и весьма не только «непрозрачное», но и непонятное образование. Закон не лишен неточностей и противоречий.<sup>3</sup>

По заданной мною теме еще много вопросов и противоречий. Постепенно эти проблемы будут решаться. И в будущем время покажет, как будет реализовываться на практике новая организационно-правовая форма

---

1 Литвинова А. В России может появиться новый вид юрлица – хозяйственное партнерство // [Торгово-промышленные ведомости. 2011. №4]

2 Хозяйственные партнерства в России // Закон. Январь, 2012. С.19-23.

3 Макарова О. Хозяйственные партнерства: ноу-хау российского законодательства? // Хозяйство и право. 2012. №2. С.65.

## **К вопросу о соотношении самовольной постройки и самовольной реконструкции**

Иванчик Анастасия Михайловна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Серебренникова Светлана Александровна,  
ассистент кафедры гражданского права Юридического института СФУ

Действующее законодательство РФ не содержит норм непосредственно направленных на регулирование самовольной реконструкции. Так как это явление достаточно распространенное, суды постоянно сталкиваются с проблемой разрешения дел по поводу самовольно реконструированных объектов. По причине отсутствия прямо предусмотренных законодательством правовых санкций за самовольную реконструкцию объектов недвижимости, зачастую суды применяют правила о самовольной постройке. В связи с чем, возникает вопрос, распространяются ли нормы о самовольных постройках на реконструируемые объекты недвижимого имущества?

Сначала следует разобраться в самом понятии реконструкции и целях её осуществления, а также целесообразности и основаниях сходного правового регулирования данных явлений.

Согласно легальному определению, закрепленному в Градостроительном кодексе Российской Федерации (далее - ГрК РФ ), реконструкция - это изменение параметров объектов капитального строительства, их частей (количества помещений, высоты, количества этажей, площади, показателей производственной мощности, объема) и качества, инженерно-технического обеспечения.<sup>1</sup>

В свою очередь самовольная постройка предполагает строительство нового недвижимого объекта.

Капитальное строительство - это деятельность, направленная на создание новых и модернизацию имеющихся основных фондов производственного и непроизводственного назначения. Реконструкция выступает одним из видов капитального строительства, наряду с новым строительством, расширением, техническим перевооружением действующих предприятий.

Она проводится в целях улучшения первоначальных характеристик объекта, условий проживания, качества обслуживания, увеличения объема услуг или в целях придания объекту новых качеств.<sup>2</sup> Таким образом, я считаю целесообразным использовать нормы о самовольной постройке, которые применяются к новым объектам строительства, к одному из видов такого строительства- реконструкции.

<sup>1</sup> Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 N 190 (ред. от 06.12.2011) // СЗ РФ. – 2005. - № 1 (часть 1). – Ст. 16; 2011. - № 50. – Ст. 7343.

<sup>2</sup> Об определении понятий нового строительства, расширения, реконструкции и технического перевооружения действующих предприятий: Письмо Минфина СССР от 29 мая 1984 г. N 80 (в ред. Письма Минфина СССР от 11.02.1986 N 30) // <http://www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=LAW;n=1682>

Гражданский Кодекс РФ прямо закрепляет понятие самовольной постройки - ей является жилой дом, другое строение, сооружение или иное недвижимое имущество, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом и иными правовыми актами, либо созданное без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил.

В таком случае, если самовольно реконструированный объект обладает рядом вышеперечисленных признаков, норма ст.222 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее- ГК РФ)<sup>1</sup>, предусматривающая ответственность за возведение самовольной постройки, имеет обоснованное применение.

Но не стоит забывать про такую форму реконструкции как пристройка, несмотря на то, что она может обладать всеми признаками самовольной постройки, в ее отношении довольно сложно ответить на вопросы правового регулирования. Пристройкой называется часть здания, расположенная вне контура его капитальных наружных стен, она является вспомогательной по отношению к зданию и имеющая с ним одну (или более) общую капитальную стену. Пристройки в большинстве своем имеют внутреннее сообщение с основным зданием. К ним следует относить: пристроенные кухни, жилые пристройки, сени, тамбуры, веранды и т.п.

Вопросы правового режима этих видов реконструкции зданий рассматривались Президиумом окружного суда Северо-Кавказского округа. В отношении пристроек и надстроек ФАС Северо-Кавказского округа руководствуется Постановлением Президиума окружного суда от 30 октября 2006 г. N 51, в котором изложены следующие рекомендации. Если в результате строительных работ, произведенных без разрешения или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил, создается недвижимое имущество в виде новых объектов права - частей здания, пристройки или надстройки, то к таким объектам применяются правила ст. 222 ГК РФ. В этом случае право собственности на прежний объект не прекращается.<sup>2</sup>

Итак, с точки зрения буквального прочтения ст. 222 ГК РФ нормы о самовольных постройках на реконструируемые объекты недвижимого имущества не действуют, потому что статья распространяет свое действие только на вновь созданные объекты недвижимости. Именно поэтому в законе целесообразно говорится о применении такой санкции, как снос.

Но, Пленум Верховного Суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 г. N 10/22 прямо закрепляет, что положения статьи 222 ГК РФ распространяются на самовольную реконструкцию недвижимого имущества, в результате которой

---

<sup>1</sup>Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 06.04.2011) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, N 32

<sup>2</sup> Гордюк А.В. Применение законодательства о самовольных постройках // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. 2008. N 4. // <http://justicemaker.ru>.

возник новый объект<sup>1</sup>. Попробуем разобраться, из чего исходил суд, давая такое толкование.

Ст. 222 ГК прямо не регулирует вопросы самовольной реконструкции, поэтому есть все основания для применения норм о самовольной постройке к случаям самовольной реконструкции по аналогии закона (ст. 6 ГК).

Возможность применения норм о самовольной постройке к самовольной реконструкции также следует из Постановления Президиума ВАС РФ от 26 июля 2005 г. N 665/05<sup>2</sup>. Согласно федеральному законодательству реконструкция и любые иные изменения недвижимости должны соответствовать утвержденной градостроительной документации, государственным градостроительным нормативам и правилам застройки.

Только при соблюдении градостроительных и строительных норм и правил, возможно признание права собственности на самовольную постройку. К примеру, истец хотел признать право собственности на антресоли, возведенные в результате реконструкции здания на основании ст.222 ГК. Однако, он не смог доказать соответствие объекта всем действующим нормам и правилам и отсутствия нарушения прав и охраняемых интересов других лиц и в иске ему было отказано. Так как к реконструируемым объектам в виде пристроек следует применять нормы о самовольной постройке, такое лицо, осуществившее самовольную постройку, не приобретает на нее право собственности.

В отдельных случаях, суд может отказать в признании права собственности на реконструированный объект, несмотря на то, что участок, на котором производилась реконструкция, находится в собственности истца.<sup>3</sup>

В соответствии со статьей 51 ГрК РФ, а также статьей 3 Федерального закона "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации"<sup>4</sup> строительство, реконструкция объектов капитального строительства, а также их капитальный ремонт осуществляются на основании разрешения на строительство, которое выдается органом местного самоуправления по месту нахождения земельного участка, где планируется строительство. К заявлению о выдаче разрешения в обязательном порядке должны прилагаться правоустанавливающие документы на земельный участок, градостроительный план земельного участка, материалы проектной документации, а также иные, предусмотренные статьей 51 ГрК РФ документы.

Поскольку было установлено, что истец не предпринимал никаких мер к получению такого заявления как до начала реконструкции спорного объекта, так и во время проведения работ, удовлетворение иска о признании права собственности на данное самовольное строение не соответствовало положениям статьи 222 ГК РФ и статьи 51 ГрК РФ.

---

1 О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.04.2010 N 10/22 // <http://www.rg.ru/2010/05/21/prava-dok.html>.

2 Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июля 2005 г. N 665/05. // [http://www.zonazakona.ru/law/jude\\_practice/912](http://www.zonazakona.ru/law/jude_practice/912).

3 Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 09.12.2010 N 143 // <http://www.suprcourt.ru>

4 Об архитектурной деятельности в Российской Федерации: Федеральный закон от 17.11.1995 N 169-ФЗ (ред. от 30.12.2008) // Собрание законодательства РФ, 20.11.1995, N 47, ст. 4473

Таким образом, мы видим, что к реконструируемым объектам суды прямо применяют норму статьи о самовольных постройках, но нельзя оставить без внимания санкцию данной статьи. Она выражается в сносе самовольной постройки осуществившим ее лицом либо за его счет.

В Постановлении Пленума ВАС №10/22 указано, что суд обязывает лицо к сносу самовольно реконструированного недвижимого имущества лишь в том случае, если будет установлено, что объект не может быть приведен в состояние, существовавшее до проведения таких работ.

В связи с этим обстоятельством, на усмотрение суда остается ещё один вопрос. Каким образом применять такую санкцию, как снос, когда реконструкция выразилась в надстройке объекта недвижимости, перепланировке или иных действиях, затрагивающих его конструктивные характеристики. Невозможно применить данную санкцию без нанесения существенного ущерба реконструируемому объекту. В большинстве случаев кажется нецелесообразным сносить весь реконструируемый объект.

Применительно к строительству нового объекта его снос означает не что иное, как восстановление земельного участка, на котором он возводится, приведение его в первоначальное состояние. В судебной практике я встретила дело<sup>1</sup>, котором были заявлены следующие исковые требования: истец просил защитить права товарищества на земельный участок от нарушений, не связанных с лишением владения, восстановив положение, существовавшее до нарушений его прав, обязав ответчика снести все постройки с земельного участка и восстановить его ограждение по внешнему периметру построек.

В случаях самовольной же реконструкции такая санкция, как снос, должна пониматься как восстановление реконструируемого объекта, приведение его в состояние, предшествующее реконструкции. И только в случае отсутствия технической возможности для такого восстановления реконструируемый объект следует сносить в целом.

В Центральном районном суде г.Тольятти<sup>2</sup> рассматривалось дело, согласно которому ответчица самовольно возвела двухэтажный пристрой к дому, заняв часть участка, принадлежащего истице. Истица заявила требования устранить препятствия в праве пользования земельным участком путем сноса самовольно произведенной постройки.

К участию в процессе был привлечен эксперт, который установил возможность демонтажа реконструкции без сноса постройки в целом. Суд решил, что самовольно реконструированное жилое строение подлежит приведению в первоначальное состояние путем демонтажа за счет ответчицы.

Таким образом, можно сделать вывод, что самовольная реконструкция также подлежит сносу как и самовольная постройка. Но если есть возможность осуществить снос реконструированного, в частности пристроенного объекта без нарушения целостности несущих конструкций, необходимо произвести демонтаж. Такое решение принимает суд, исходя из конкретных обстоятельств дела.

<sup>1</sup> Постановление от 6 ноября 2007 г. по делу N А41-К1-8211/05 десятого арбитражного апелляционного суда // <http://www.juristmoscow.ru/sudebnaja-praktika/623/>

<sup>2</sup> <http://actoscope.com/pfo/samarskobl/centralny-sam/gr/1/o-snose-samovolno-rekonstruiro-06062011-2024248/>



Однако существует и иная судебная практика. При невозможности вернуть реконструированный объект в первоначальное положение, суд обязует снести реконструированный объект полностью.

Ответчиком была выполнена реконструкция здания, путем увеличения этажности объекта недвижимого имущества, без получения соответствующего разрешения. Истец обратился в суд с иском о сносе самовольно реконструированного здания. В ходе судебного разбирательства было установлено, что земельный участок, на котором располагается здание, принадлежит ответчику на праве собственности, однако реконструкция произведена им без получения на это необходимых разрешений.

Суд решил обязать ответчика осуществить снос (полную разборку) самовольно реконструированного здания за счет собственных средств.

Таким образом, следует иметь ввиду, что при сносе реконструированной части может пострадать и целый объект, который правомерно может находиться в собственности и гражданском обороте. Поэтому, чтобы защитить свои законные права, необходимо получать разрешение на реконструкцию.

На основании вышеизложенного, считаю возможным распространение норм, регулирующих самовольное строительство на самовольно реконструированные объекты. Эти явления имеют сходную правовую природу, и, если действия лица отвечают таким признакам как: создание на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом и иными правовыми актами, либо реконструкция без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил, то по ст.222 ГК РФ такие объекты подлежат сносу. Лицо, осуществившее как самовольную постройку, так и реконструкцию по общему правилу не приобретает на такие объекты права собственности, но, в случаях, когда их сохранение не нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц и не создает угрозу жизни и здоровью граждан, право собственности на объекты самовольного строительства и реконструкции может быть признано судом или в ином установленном законом порядке.

## Правовая природа слияний и поглощений в российском праве

Ким Александр Романович,  
студент 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Богданова Инна Сергеевна  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

В современной экономике велико количество сделок направленных на объединение капиталов. Это объясняется тем, что слияния и поглощения способствуют созданию стратегических преимуществ компании за счет увеличения материально-технической базы, расширения рынка сбыта, диверсификации деятельности и так далее. Потребности экономики требуют применения инструментов западного рынка в виде слияний и поглощений, которые, однако, еще не получили должного развития и регулирования в российской правовой системе.

В начале прошлого столетия, А.В. Венедиктов говорил о том, что отсутствие точной терминологии являлось большим местом большинства исследований, посвященных предпринимательским союзам. В частности, по отношению к термину «слияние» русский юрист находился в особенно неблагоприятном положении, русское «слияние», пишет он, нередко применялось ко всем формам предпринимательских соединений, независимо от того, на чем они основаны, на договоре или контролировали за счет доли участия<sup>1</sup>.

Сегодня, спустя почти сто лет, проблема юридической мысли состоит в том же самом. В текущей периодической научной и практической литературе встречается множество толкований терминов «слияние» и «поглощение». Авторы, чьими статьями наполнено содержание профильных и многих научных изданий, зачастую дают противоречивые трактовки названных процессов. Более того, отсутствие четкого законодательного определения этих понятий и несформировавшаяся судебная практика в России дают почву для вольного толкования и применения норм действующих законов<sup>2</sup>. Для того, чтобы снять подобные трудности, необходимо разобраться с сущностью слияний и поглощений как экономических и юридических явлений.

Современный экономический словарь содержит следующее определение слияния и поглощения. Слияние - это объединение, как правило, добровольное, имущества и деятельности двух или нескольких компаний с целью создания новой компании или поглощения этих компаний одной из них. В случае создания новой компании остальные прекращают существовать и

<sup>1</sup> Венедиктов А.В. Слияние акционерных компаний. Пг., 1914. С.13.

<sup>2</sup> Кирсанов А.Н. Сравнительно-правовые аспекты слияния и поглощения компаний // Законодательство. 2010. №9. С. 48.

распускаются. Акции новой компании распределяются пропорционально вкладам компаний и их собственников. Капитал новой компании равен сумме активов всех слившихся компаний<sup>1</sup>. Поглощение - форма принудительного слияния, приобретение одной фирмы другой; поглощающая фирма остается юридическим лицом, а поглощаемая ликвидируется, передав при этом первой все имущество, обязательства, долги. Поглощающая компания в результате такой операции увеличивает свои активы на сумму чистых активов поглощаемой компании, а ее акционерам предоставляется право приобрести новые акции пропорционально долевого участию каждого. Чаще всего поглощение происходит посредством скупки акций, выкупа контрольного пакета<sup>2</sup>.

Многие авторы пытаются понять смысл данных процессов, обращаясь к толковым словарям русского языка с целью установления этимологического смысла терминов. На наш взгляд, данный подход является изначально неверным, так как термины «слияние» и «поглощение» являются ни чем иным, как переводом с английского языка, следовательно, смысл и толкование данных понятий нужно искать в английском языке, так как именно в английском праве зародился институт слияний и поглощений. «Слияние» произошло от английского «merger», которое переводится как объединение двух или более коммерческих компаний в одну<sup>3</sup>. Поглощение является русским аналогом английского слова «acquisition» - действие или процесс по приобретению чего-либо<sup>4</sup>.

Изучая проблематику института слияний и поглощений, можно встретить множество различных точек зрения на понимание данного явления, которые условно делятся на две группы.

К первой группе относятся авторы, считающие, что слияния и поглощения это однородные, взаимопроникающие явления, которые соотносятся как общее (слияние) и частное (поглощение). Так, П.М. Сазанов, считает, что слияние является более широким понятием, которое в разных случаях включает в себя и поглощения, и объединения, а также приобретение одной компании другой. Поглощение - это слияние, в результате которого из двух компаний остается только одна. Слияние же, результатом которого стало образование новой самостоятельной компании на базе активов двух других, автор называет объединением. Ситуация, в которой сохраняются обе компании участницы процедуры слияния, но одна компания становится главенствующей (материнской), а другая зависимой (дочерней) понимается как приобретение<sup>5</sup>. Такой подход можно назвать широким, подобное понимание можно встретить в правовых порядках ряда западных стран. Также, А.В. Венедиктов отмечает, что поглощение (или присоединение) является разновидностью слияния, не смотря на отличную от последнего правовую природу. Так, если при слиянии одно из предприятий присоединяет к себе другие предприятия, вознаграждая их

1 Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. М: ИНФРА-М, 2006.

2 Там же.

3 Hornby A.S. Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English / editor J. Crowther. Fifth edition: Oxford University Press, 1995. P.732.

4 Ib. P.11.

5 Сазанов П.М. Классификационная структура поглощений и слияний: краткий анализ // Юрист. 2008. №6. С.2.

владельцев денежными средствами, слияние в форме присоединения будет представлять собой ряд обычных договоров купли-продажи, цессии и привода долга. Если же предприятия передаются их владельцами вновь учреждаемой компании в качестве вещественных вкладов (слияние в узком смысле), то такое слияние будет ничем иным, как учреждением нового хозяйственного общества<sup>1</sup>.

Ко второй группе можно отнести авторов разводящих понятия слияния и поглощения как самостоятельных на основании различных критериев. Например, А.Н. Кирсанов отличает слияние от поглощения в зависимости от воли сторон: для слияния обязательно наличие воли всех сторон, а для поглощения - только воля поглощающего. Отсутствие воли хотя бы у одной стороны в первом случае лишает участников права называть данный процесс слиянием, равно как для второго случая наличие воли для поглощения всех заинтересованных сторон процесса ставит под сомнение суть и наименование последнего. Также, А.Н. Кирсанов, со ссылкой на законодательство, а именно ч. 2 ст. 16 Закона об акционерных обществах<sup>2</sup>, указывает на обязательное наличие договора при слиянии, которого нет и в принципе не может быть при поглощении<sup>3</sup>.

Думается, что оба эти подхода имеют право на существование, однако по нашему мнению, более корректно все же разводить понятия слияния и поглощения как самостоятельные в силу существующих между ними различий.

При установлении сущности и понимания процессов слияния и поглощения важно отличать их от других смежных понятий, например, таких как реорганизация юридического лица, объединение компаний в синдикаты, картели и тресты.

Д. Степанов считает, что отличие поглощения от реорганизации в формально-юридическом смысле заключается в сохранении юридической личности организации. При реорганизации как минимум одно юридическое лицо прекращает свое существование. В случае осуществления поглощения, корпоративная оболочка юридического лица остается неизменной. Поглощение - это ряд сделок купли-продажи или мены акций, осуществляемых на одинаковых для всех сторон сделки, которые приводят к перераспределению корпоративного контроля. Реорганизация - это сложный юридико-фактический состав, опосредующий универсальное правопреемство, наступающее в связи с прекращением поглощаемого юридического лица<sup>4</sup>. Думается, данная точка зрения справедлива, но лишь отчасти. Необходимо понимать, что слияние и поглощение соотносятся с различными формами реорганизации как род и вид, иными словами, та или иная форма реорганизации юридического лица может являться одним из способов слияния либо поглощения. Более подробно этот вопрос будет рассмотрен далее.

Интересна точка зрения ученого-цивилиста А.В. Венедиктова, который, противопоставляя процедуру слияния соединению компаний в тресты, картели

---

1 Венедиктов А.В. Слияние акционерных компаний. Пг., 1914. С.14-15.

2 Об акционерных обществах: ФЗ РФ от 26 дек.1995 г. № 208-ФЗ (ред. 28.12.2010) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

3 Кирсанов А.Н. Сравнительно-правовые аспекты слияния и поглощения компаний // Законодательство. 2010. №9. С.50.

4 Степанов Д. Поглощение, осуществляемое путем приобретения крупного пакета акций, и вытеснение миноритарных акционеров // Хозяйство и право. 2006. №4. С. 4.

и синдикаты, предлагает следующее понимание. В случае с трестами, картелями и синдикатами можно выделить одним общим признаком: при объединении компании не утрачивают своей юридической самостоятельности. Однако, слияние - это такое соединение нескольких предприятий в одно, при котором они утрачивают юридическую самостоятельность и образуют юридически единое предприятие, так как носителем прав и обязательств по их имуществу после слияния является исключительно вновь учрежденная или присоединившая компания<sup>1</sup>.

На основании всего вышесказанного, мы видим разнообразие точек зрения в науке и отсутствие единого понимания института слияний и поглощений. Думается, подобное состояние юридической мысли связано с отсутствием должного законодательного регулирования данных явлений.

В сегодняшнем законодательстве Российской Федерации нет определений слияния и поглощения, отражающих их сущность. Пункт 1 статьи 16 Закона «Об акционерных обществах»<sup>2</sup> гласит следующее: «Слиянием обществ признается возникновение нового общества путем передачи ему всех прав и обязанностей двух или нескольких обществ с прекращением последних». Определения поглощения данный федеральный закон не содержит, однако подробно регулирует процесс приобретений крупного пакета акций.

Пункт 2 Кодекса корпоративного управления понимает под поглощением покупку крупного пакета акций общества, приобретение тридцати и более процентов размещенных обыкновенных акций<sup>3</sup>.

Также, согласно пп. 5.1 пункта 5 Указа Президента РФ "О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий"<sup>4</sup>, поглощением одного предприятия другим признается приобретение последним контрольного пакета акций первого. При этом поглощающее предприятие признается холдинговой компанией (если это не имело места ранее), а поглощаемое - ее дочерним предприятием. Определения слияния упомянутые выше подзаконные акты не дают.

Таким образом, действующее законодательство России не дает исчерпывающего ответа на вопрос о понятии терминов «слияние» и «поглощение». Определение «слияния» в ФЗ Об акционерных обществах вряд ли можно считать соответствующим, так как там все же речь идет о процедуре реорганизации общества.

Для более глубокого понимания института слияний и поглощений необходимо обратиться к практике зарубежных стран. В развитых правовых системах процедура слияний и поглощений получила широкое распространение и рассматривается как одна из форм сделок, направленных на изменение корпоративного контроля. Институт слияний и поглощений принято считать техникой, созданной в английском праве. Подход европейских континентальных стран базируется на английской модели слияний и

1 Венедиктов А.В. Слияние акционерных компаний. Пг., 1914. С.12-25.

2 Об акционерных обществах: ФЗ РФ от 26 дек.1995 г. № 208-ФЗ (ред. 28.12.2010) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

3 О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения: Расп. ФКЦБ РФ от 04 апр. 2002 г. №421/р // Вестник ФКЦБ России. 2002. №8.

4 О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий: Указ Президента РФ от 16 нояб.1992 г. N 1392 (ред. от 26.03.2003, с изм. от 15.09.2008) // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. N 21. Ст. 1731.

поглощений. Наиболее значимый документ, регулирующий трансграничные слияния и поглощения в рамках ЕС, - Директива 2004/25/ЕС Европейского парламента и Совета от 21.04.2004, которая основана на Кодексе Сити<sup>1</sup> о поглощениях<sup>2</sup>. Однако ни Кодекс Сити, ни Директива 2004/25/ЕС не содержат определения слияния и поглощения, а лишь регламентируют саму процедуру.

«В большинстве стран ЕС под слиянием понимают операцию, которая влечет универсальное правопреемство в отношении дел и имущества сливающихся компаний без ликвидации. Одной из самых детальных Директив ЕС по вопросу слияний и поглощений, пожалуй, является Третья директива Совета ЕС<sup>3</sup> о слиянии компаний»<sup>4</sup>.

Согласно данной директиве, в праве Европейского союза можно различить два вида слияний. Первый вид - «слияние путем приобретения или поглощения», если оперировать общепринятым русским эквивалентом слова «acquisition». В соответствии со ст. 3 Третьей директивы ЕС, при слиянии путем поглощения, поглощаемые компании не ликвидируются, но передают все их активы и обязательства поглощающей компании в обмен на выдачу акционерам поглощенной компании (или компаний) акций в поглощающей компании и денежную выплату. Вторым видом слияния Третья директива называет - «слияние путем создания новой компании», суть данной процедуры заключается в том, что одна или более компаний соединяются без ликвидации и передают все их активы и обязанности вновь созданной компании в обмен на выдачу акционерам сливающихся компаний акций в новообразованной компании и денежную выплату.

Некоторые авторы, проводят параллель между данными двумя типами слияний в праве Европейского союза с реорганизацией путем присоединения и слияния в российском праве. Так, они указывают, что слияние путем поглощения аналогично присоединению в российском гражданском праве, а слияние путем создания новой компании является реорганизацией в форме слияния в российском праве<sup>5</sup>. Однако, с данным утверждением трудно согласиться, так как при данных видах реорганизации, реорганизуемые компании прекращают свое существование, чего не происходит при слияниях согласно Третьей директиве, данное обстоятельство является очень существенным признаком.

Как указывает И.В. Гетьман-Павлова, наиболее значимое отличие слияния от поглощения - формальное сохранение юридической личности организации: при реорганизации в форме слияния одно или более юридических лиц прекращают свое существование, при поглощении корпоративная оболочка поглощаемого лица остается неизменной, меняется только контроль над организацией. В совокупности процесс слияний и поглощений можно

1 Кодекс Сити о слияниях и поглощениях был издан британским Комитетом по слияниям и поглощениям и содержит основные нормы и принципы, регулирующие правила совершения сделок по слияниям и поглощениям компаний, зарегистрированных в Великобритании, на Нормандских островах и на острове Мэн.

2 Гетьман-Павлова И.В., Гушина А.А., Литовцев В.Н. Правовое регулирование слияний и поглощений (требование к предложениям о поглощении в праве ЕС) // Банковское право. 2007. №6. С. 39-40.

3 Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 // [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0855:en:NOT].

4 Макаров П., Ж. Бальжинимаева Ж. Регулирование слияний и поглощений по праву Европейского союза // Право и экономика. 2010. №12. С.24-26.

5 Там же. С. 26.

определить как процедуру смены собственника или изменения структуры собственности компании, являющуюся конечным звеном в системе мер по ее реструктуризации. Слияние и поглощение не всегда приводит к изменению юридического статуса и прекращению деятельности участвующих субъектов. В широком смысле «слияние» подразумевает процесс, в ходе которого из нескольких компаний образуется одна. Отличительная черта сделок по слиянию - собственники «приобретаемой» компании-мишени после объединения сохраняют свои права на акции, доли уставного капитала нового, объединенного предприятия. В процессе «поглощения», собственники поглощаемой компании теряют свои права на долю в капитале нового объединенного предприятия<sup>1</sup>.

Исходя из всего сказанного выше, можно сделать вывод, что в зарубежном праве, процесс слияния или поглощения не всегда неизбежно влечет ликвидацию сливающихся или поглощаемых компаний.

По нашему мнению, для того чтобы достичь понимания института слияний и поглощений необходимо установить сущность данных явлений.

Термины «слияние и поглощение» имеют скорее экономический, чем правовой характер, и подразумевают объединение на определенных условиях активов и управленческих функций нескольких компаний в рамках одного корпоративного объединения или под его эгидой. Компании, вовлеченные в слияния и поглощения, стремятся получить «синергетический выигрыш»<sup>2</sup>. Слияния и поглощения являются порождением экономики и призваны обеспечивать нужды компаний в процессе их хозяйственной деятельности. Однако данные экономические процессы требуют юридического сопровождения для того, чтобы не были нарушены права и интересы как самих объединяющихся компаний, так и третьих лиц. А вот в какой правовой форме будут протекать эти процессы уже является задачей юриспруденции. Отсюда можно сделать вывод, что термины «слияние и поглощения» являются экономическими и очень широкими, объемными. Они включают в себя самые разнообразные юридические институты и правовые формы реализации. Так, например, слияние может протекать в форме реорганизации, с последующей ликвидацией слившихся компаний, а также путем сохранения прежних юридических лиц, но с конвертацией их акций в акции вновь созданного общества. Так же, поглощение может осуществляться как в форме реорганизации путем присоединения, так и в форме приобретения всей компании целиком или контрольного пакета акций. В какой форме проводить слияние или поглощение зависит от целей и предпочтений сторон в каждом конкретном случае. Например, в отличие от процедуры реорганизации, совершение поглощения путем покупки активов или приобретения контрольного пакета акций является более быстрым и эффективным способом

---

1 Гетьман-Павлова И.В., Левинская И.Н. Защита прав миноритарных акционеров при слияниях и поглощениях в российском и зарубежном законодательстве // Безопасность бизнеса. 2010. №3. С.2.

2 Там же. С.1

оформления сделки и получения контроля не только над материальными активами, но и над всем действующим производством компании<sup>1</sup>.

Аналогичной точки зрения придерживается П.А. Марков, который указывает, что отечественным законодателем определен ряд способов, присущих слиянию и поглощению, к ним относятся: реорганизация юридических лиц путем слияния нескольких организаций в одну новую, присоединения юридического лица к другому, или преобразования, то есть смены организационно-правовой формы юридического лица; создание на базе юридического лица дочернего или зависимого хозяйственного общества; объединение юридических лиц в форме ассоциации или союза либо иные формы слияния, включая заключение договоров между субъектами-предпринимателями. Наиболее распространенными способами, как правило, являются: покупка отдельных активов компании (производственные мощности, специальное оборудование, база клиентов и др.) и покупка акций. При этом сделка покупки акций может быть проведена двумя способами: покупка акций непосредственно у акционеров приобретаемой компании; покупка акций через вновь созданную российскую или иностранную компанию для проведения сделки<sup>2</sup>.

Таким образом, проблема понимания терминов «слияние и поглощение» в российском праве существует уже более века, однако ни законодательного, ни доктринального решения она так и не нашла. В современной юридической науке существует множество точек зрения относительно понимания данного института корпоративного права. Одна группа авторов считает слияние более широким явлением, которое вбирает в себя поглощение, другая группа - что слияние и поглощение следует отличать как друг от друга, так и от схожих институтов реорганизации.

По нашему мнению, слияния и поглощения являются однопорядковыми экономическими категориями, которые, в зависимости от преследуемой цели, могут проявляться в различных юридических формах и конструкциях, таких как реорганизация, присоединение, преобразование и так далее.

---

<sup>1</sup> Марков П.А. Дружественное поглощение // "Право и экономика". 2008. № 10. С.4.

<sup>2</sup> Там же. С.3.



## **Некоторые вопросы признания права собственности на самовольные постройки**

Кириллова Инга Николаевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шепель Тамара Викторовна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса юридического  
факультета  
Новосибирского государственного технического университета

Самовольная постройка включена в перечень оснований возникновения права собственности согласно ст. 222 ГК РФ. Однако анализ правовой природы данного явления, его специфики, изучение изменений правового регулирования отношений в этой области свидетельствуют об отсутствии четкого доктринального подхода, единства правоприменительной и законодательной деятельности.

Будучи объектом недвижимого имущества, самовольная постройка относится к числу вещей, обладающих высокой социальной и экономической ценностью. Однако отличительной чертой самовольной постройки как объекта недвижимого имущества является его фактическое изъятие из гражданского оборота: по общему правилу лицо, осуществившее самовольную постройку, не приобретает на нее право собственности. Оно не вправе распоряжаться постройкой - продавать, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки.

Тем не менее, нельзя не учитывать тот факт, что самовольная постройка как объект недвижимого имущества аккумулирует значительные материальные вложения, поэтому экономически снос данных построек нецелесообразен. Наличие противоречий в интересах участников исследуемых правоотношений, и необходимость вовлечения таких построек в сферу экономического оборота порождают стремление к достижению баланса интересов владельцев самовольных построек и гражданского общества путем установления комплексного правового регулирования отношений, вытекающих из возведения самовольной постройки. В связи с этим законодатель использует определенные юридические конструкции, направленные на введение в гражданский оборот самовольно созданных строений.

К числу проблем, традиционно привлекающих внимание ученых и практиков, в первую очередь относятся аспекты признания права собственности на самовольную постройку. Необходимо отметить, что официальное опубликование<sup>7</sup> февраля 2012 г. Проекта федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской

Федерации» (далее - Проект) повлекло возникновение ряда вопросов, требующих серьезного осмысления и анализа.

В первую очередь следует отметить изменения, которые внесены в терминологический ряд понятия самовольной постройки. Если в действующей редакции самовольной постройкой признается жилой дом, другое строение, сооружение или иное недвижимое имущество, то в Проекте такой постройкой является здание или сооружение.

Представляется, что в целом, такое согласование терминологического ряда может оцениваться положительно, поскольку режиму самовольной постройки могут подчиняться недвижимые вещи, существующие объективно только в виде зданий или сооружений, а не какой-то «иной недвижимости», ведь самовольная постройка - это результат строительной деятельности.

Под зданиями и сооружениями понимаются законченные строительством объекты, принятые в эксплуатацию в установленном порядке. Самовольные постройки с правовой точки зрения таковыми не являются. Как отмечают исследователи<sup>1</sup>, использование для их определения категорий «здание или сооружение» оправдывается тем, что с точки зрения материального воплощения самовольные постройки являются такими же, как и здания, стационарными, капитальными результатами строительной деятельности.

Однако, если определять самовольную постройку как здание или сооружение, возникает вопрос, долгое время вызывавший проблему на практике, а именно, о применимости норм о самовольной постройке к объекту незавершенного строительства. В настоящее время, когда объекты незавершенного строительства официально включены в перечень объектов недвижимости (ст. 130 ГК РФ), судебная практика по этому вопросу единообразна: к ним применяются нормы о самовольном строительстве. Как уже отмечалось, здания и сооружения - это завершенные строительством объекты, поэтому если изменения норм о самовольных постройках вступят в силу в редакции, изложенной в Проекте, представляется, что их нельзя будет применять к объектам незавершенного строительства. Думается, следует согласиться с высказанной в литературе позицией<sup>2</sup> о том, что целесообразно дополнить определение самовольной постройки, данное в ст. 222 ГК РФ, указанием на такой ее вид, как объекты, не завершенные строительством.

Следующие изменения, представленные в Проекте, касаются такого важнейшего вопроса как возможность арендатора земельного участка требовать признания права собственности на самовольную постройку.

В 2006 году были внесены изменения в диспозицию п. 3 ст. 222 ГК РФ, в результате чего возможность признания права собственности на самовольную постройку в настоящее время предоставлено исключительно лицам, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которых находится земельный участок, где расположена постройка. Таким образом, возникновение права собственности на самовольную постройку обусловлено наличием вещного права, определенного

---

1И.Д. Кузьмина. Правовой режим зданий и сооружений как объектов недвижимого имущества / Томск: Издательство Томского Университета, 2002. - С.102-103.

2И.Д. Кузьмина. Указ. Соч. С.103.

законом, на земельный участок.<sup>1</sup> Тем самым арендатор лишен возможности признания за ним права собственности на такую постройку.

По поводу указанных изменений В.А. Белов высказывался следующим образом: «весь предыдущий массив судебных дел, подавляющее большинство которых было связано с признанием права собственности на самовольную постройку лицом, которое осуществило постройку на чужой земле, утрачивает какое-либо значение».<sup>2</sup> Однако, в судебной практике по данному вопросу существовали две противоположные позиции.

Так, в судебной практике высказывалась позиция, согласно которой «отсутствие в ст. 222 ГК РФ такого вида землепользования, как аренда, не исключает признание права на самовольную постройку за арендатором земельного участка, поскольку нормы Земельного кодекса РФ (ст. ст. 22, 30) позволяют предоставлять землю под строительство объектов недвижимости»<sup>3</sup>.

Более того, эта позиция была поддержана ВС РФ<sup>4</sup>, который в ответе на вопрос: «Возможно ли признание права собственности на самовольно возведенное жилое строение за гражданином, если земельный участок предоставлен ему по договору аренды для строительства жилья?» указал: «По смыслу ст. 222 ГК РФ, право собственности на жилой дом, возведенный гражданином без необходимых разрешений, на земельном участке, который предоставлен ему по договору аренды для строительства жилья, может быть признано, если жилое строение создано без существенных нарушений градостроительных и строительных норм и правил и если сохранение этого строения не нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц, не создает угрозу жизни и здоровью граждан».

Наряду с этим, преобладающей является противоположная позиция, следующая буквальному прочтению п. 3 ст. 222 ГК РФ: арендатор земельного участка не вправе требовать права собственности на самовольную постройку.

В Постановлении Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ от 29 апреля 2010 года №10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» поддержана вторая позиция: в п.25 подчеркивается обязательность наличия вещного права на земельный участок как условие возможности приобретения права собственности на самовольную постройку.

Таким образом, в настоящее время, возможность признания права собственности на самовольную постройку окончательно поставлена в зависимость от прав на земельный участок, на котором она создана.

Проектом же явно поддерживается первая позиция. Во-первых, один из критериев самовольности сформулирован следующим образом: возведение

<sup>1</sup> Антипова О.М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (Анализ теоретических и практических проблем). М.: ВолтерсКлувер, 2007. – С. 143.

<sup>2</sup> Практика применения Гражданского кодекса РФ (части первой) / Под общей редакцией В.А. Белова. М.: Юрайт, 2008. (автор - Бевзенко Р.С.) - С. 425.

<sup>3</sup> Постановление ФАС Поволжского округа от 26.06.2007 по делу N А72-1768/2006. См. также: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16.05.2007 N Ф08-2820/2007 по делу N А32-20082/2006-31/416.

<sup>4</sup> Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за II квартал 2007 г., утвержденный Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 01.08.2007.

постройки на земельном участке, на который лицо, осуществившее постройку, не имеет права, допускающего строительство на нем. Известно, что за арендатором земельного участка право на строительство может быть закреплено. Во-вторых, в п. 4 прямо указано, что право собственности на самовольную постройку, созданную без необходимых разрешений на находящемся в государственной или муниципальной собственности земельном участке, в отношении которого лицо, осуществившее постройку, имеет права, допускающие строительство на нем, может быть признано за этим лицом, если указанная самовольная постройка возведена без существенных нарушений градостроительных и строительных норм и правил.

Представляется верным, такое изменение позиции законодателя стоит оценивать положительно, поскольку в соответствии с пунктом 1 статьи 263 ГК РФ собственник земельного участка может возводить на нем здания и сооружения, осуществлять их перестройку или снос, разрешать строительство на своем участке другим лицам.

Согласно пункту 2 статьи 264 ГК РФ лицо, не являющееся собственником земельного участка, осуществляет принадлежащие ему права владения и пользования участком на условиях и в пределах, установленных законом или договором с собственником.

Таким образом, правомочия лица, не являющегося собственником земельного участка, производны от прав собственника данного земельного участка и при представлении земельного участка в пользование собственник вправе определить специальные ограничения по его использованию.

Кроме того, Земельный кодекс РФ устанавливает принцип целевого использования земельных участков, согласно которому, правовой режим земель определяется, во-первых, исходя из их принадлежности к той или иной категории и, во-вторых, в соответствии с разрешенным использованием земельного участка (п.п. 8 п. 1 ст. 1, п.п. 2 п. 1 ст. 40 ЗК РФ).

Следовательно, у арендатора земельного участка должна быть возможность признать право собственности на самовольную постройку, но только при условии, что в договоре аренды прямо предусмотрено право арендатора на возведение на предоставленном ему земельном участке объектов недвижимости.

В настоящее время, одним из спорных вопросов в области признания права собственности на самовольную постройку, вызвавших дискуссию в кругу исследователей и проблемы на практике, является вопрос об «ином» порядке признания права собственности на самовольные постройки.

Президентом РФ 30 июня 2006 г. был подписан и вступил в силу с 1 сентября 2006 г. Федеральный закон N 93-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросу оформления в упрощенном порядке прав граждан на отдельные объекты недвижимого имущества», получивший неофициальное название закон «дачной амнистии». Принятие Закона N 93-ФЗ было обусловлено необходимостью упростить процедуру государственной регистрации сделок с принадлежащими гражданам объектами недвижимости, на значительную часть которых

правоустанавливающие документы отсутствуют либо не соответствуют требованиям действующего законодательства.

Законом N 93-ФЗ наряду с другими законодательными актами были внесены изменения и в п. 3 ст. 222 ГК РФ.

В действующей редакции п. 3 ст. 222 ГК РФ сказано, что право собственности на самовольную постройку может быть признано судом, а в предусмотренных законом случаях - в ином установленном законом порядке, за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка.

В предыдущей редакции п. 3 ст. 222 ГК РФ, действовавшей до вступления в силу Закона N 93-ФЗ, признать право собственности на самовольную постройку было возможно только в судебном порядке.

Следует отметить, что стремление законодателя по упрощению процедуры признания гражданами права собственности на самовольные постройки оставило без внимания тот факт, что изменение нормы во благо скорейшей реализации одного закона оставило без внимания процедуру практического применения измененного закона субъектами гражданских правоотношений в целом.

Однозначного понимания того, кто правомочен и должен осуществлять иной порядок признания права собственности, до сих пор нет. В литературе указанный «иной» порядок признания права собственности уже получил наименование административного (внесудебного) порядка, и в качестве закона, устанавливающего данный порядок, рассматривается ст. 25.3 Федерального закона от 21.07.1997 N 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»<sup>1</sup>.

То есть, согласно высказанной позиции, тем самым «иным» порядком признания права собственности на самовольную постройку является регистрация права в органах регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним<sup>2</sup>.

Согласиться с данной позицией не представляется возможным. Конституционный Суд РФ (применительно к государственной регистрации сделок) указал, что государственная регистрация - как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав лица, возникающих из договорных отношений, объектом которых является недвижимое имущество, - призвана лишь удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов. Тем самым государственная регистрация создает гарантии надлежащего выполнения сторонами обязательств и, следовательно, способствует упрочению и стабильности гражданского оборота в целом<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Гришаев С.П. Закон о дачной амнистии (СПС КонсультантПлюс); Маркова Л.С. О признании права собственности на самовольную постройку // Арбитражная практика. 2006. N 12. С. 10.

<sup>2</sup> Жогов Д., Малета С. Государственная регистрация как внесудебный способ признания прав на самовольные постройки // Право и экономика. 2007. N 3. С. 18 – 20.

<sup>3</sup> Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ЗАО "СЭВЭНТ" на нарушение конституционных прав и свобод положениями п. 1 ст. 165, п. 3 ст. 433 и п. 3 ст. 607 Гражданского кодекса РФ: Определение КС РФ от 05.07.2001 N 154-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. N 1.

Отсюда можно заключить, что государственная регистрация права на «проблемный» объект недвижимости в отличие от судебного решения сама по себе не может иметь правообразующего характера, так как призвана удостоверить (подтвердить) уже существующее правоотношение, и в этом смысле она является специфическим основанием возникновения гражданских прав (п. 2 ст. 8 ГК РФ). Соответственно, невозможно признание права собственности на объект самовольного строительства в смысле ст. 222 ГК РФ посредством его государственной регистрации.

Следующий проблемный вопрос, касающийся «иного» порядка признания права собственности на самовольные постройки, обсуждавшийся в литературе, возник по поводу соответствия объектов недвижимости, попадающих в сферу действия ст. 25.3 ФЗ критериям самовольности, закрепленным ст. 222 ГК РФ.

Как известно, самовольной постройка признается только при наличии одного из следующих критериев:

- 1) Постройка должна быть создана на земельном участке, не отведенном для этих целей в установленном законом порядке;
- 2) Постройка должна быть создана без необходимых разрешений и без попытки их получить;
- 3) Постройка должна быть создана с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил.

Представляется верным согласиться со следующей высказанной в литературе позицией: в сферу действия ст. 25.3 ФЗ попадают объекты недвижимости, не отвечающие названным признакам самовольности. В обоснование данной позиции учеными<sup>1</sup> приводятся следующие аргументы: для государственной регистрации права собственности на объект недвижимости в порядке ст. 25.3 Закона о государственной регистрации заявитель должен представить правоустанавливающий документ на земельный участок, на котором расположен объект, и документ, подтверждающий факт создания такого объекта недвижимости и содержащий его описание (технический паспорт или декларация об объекте). Если же для строительства объекта требуется выдача разрешения на строительство, то на государственную регистрацию представляется решение органа местного самоуправления о вводе объекта индивидуального жилищного строительства в эксплуатацию или в случае, если такой объект является объектом незавершенного строительства, - разрешение на строительство.

Что же касается третьего критерия (постройка создана с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил), то он также в рассматриваемой ситуации не срабатывает, так как регистрирующий орган не обладает полномочиями по контролю за соблюдением заявителем градостроительных норм и правил, указанные обязанности возложены на иные органы государственной власти и местного самоуправления.

---

<sup>1</sup>Богданова И.С., Деев А.В. Правовой режим объектов самовольного строительства: некоторые вопросы теории и практики//Закон, 2007 - №9.

В результате получается, что объекты недвижимости, право собственности на которые подлежит государственной регистрации в соответствии со ст. 25.3 Закона о государственной регистрации, не являются самовольными постройками в смысле ст. 222 ГК РФ, поскольку ни один из критериев самовольности к ним неприменим.

Таким образом, следует согласиться с выводом о том, что порядок регистрации прав на недвижимое имущество, закрепленный ст. 25.3 Закона о государственной регистрации, в том виде, в котором он сейчас действует, не может рассматриваться в качестве «иного» установленного законом порядка, о котором речь идет в п. 3 ст. 222 ГК РФ. По существу, ст. 25.3 Закона о государственной регистрации закрепляет упрощенный порядок оформления права собственности на некоторые созданные или создаваемые объекты недвижимости и в этом смысле является специальной нормой по отношению к ст. 25 данного Закона, но не ст. 222 ГК РФ.<sup>1</sup>

В Проекте ничего об «ином» порядке признания права собственности на самовольные постройки не сказано, на основании чего можно сделать вывод, что законодатель учел вышеуказанную позицию и право собственности на постройки, соответствующие названным в ГК РФ критериям самовольности, признается только в судебном порядке.

---

<sup>1</sup>Богданова И.С., Деев А.В. Указ. Соч.

## **К проблеме исполнения обязательства несостоятельного должника третьим лицом**

Кочелорова Евгения Сергеевна  
ассистент кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового  
права Юридического института СФУ

Институт исполнения обязательства должника третьим лицом является одним из важнейших институтов обязательственного права и гражданского права в целом, который регулируется статьей 313 ГК РФ.

Согласно п. 1 ст. 313 ГК РФ исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. В соответствии с п. 2 ст. 313 ГК РФ третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника (право аренды, залога или др.) вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника.

Применительно к процедурам несостоятельности (банкротства) институт возложения исполнения обязательства должника на третье лицо имеет свои особенности.

Так, ч. 1 ст. 113 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>1</sup> установлено, что учредители (участники) должника, собственник имущества должника - унитарного предприятия либо третье лицо или третьи лица в любое время до окончания внешнего управления в целях прекращения производства по делу о банкротстве вправе удовлетворить все требования кредиторов, включенные в реестр требований кредиторов, или предоставить должнику денежные средства, достаточные для удовлетворения всех требований кредиторов в соответствии с реестром требований кредиторов.

При этом в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» ничего не указано про возможность исполнения обязательств третьим лицом без согласия должника.

Отсюда возникает вопрос, необходимо ли в процедурах несостоятельности (банкротстве) третьему лицу, желающему исполнить требования кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, получить согласие должника на эти действия? Для ответа на данный вопрос, необходимо проанализировать некоторые положения действующего гражданского законодательства.

Так, для того, чтобы дело о банкротстве было прекращено арбитражным судом, необходимо исполнить все требования кредиторов, включенные в реестр требований кредиторов. Будет ли исполнение таких требований третьим лицом

---

\* ассистент кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Юридического института Сибирского федерального университета.

1 О несостоятельности (банкротстве): ФЗ РФ от 26 окт. 2002 г. № 127-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.



являться крупной сделкой, требующей получения согласия органов управления должника?

Согласно ч. 1 ст. 101 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в целях настоящего Федерального закона к крупным сделкам относятся сделки или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составляет более чем десять процентов балансовой стоимости активов должника на последнюю отчетную дату, предшествующую дате заключения такой сделки.

Понятие крупной сделки также содержится в других нормативно-правовых актах. Так, ч. 1 ст. 46 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>1</sup> установлено, что крупной сделкой является сделка (в том числе заем, кредит, залог, поручительство) или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов стоимости имущества общества, определенной на основании данных бухгалтерской отчетности за последний отчетный период, предшествующий дню принятия решения о совершении таких сделок, если уставом общества не предусмотрен более высокий размер крупной сделки.

Как можно заметить, понятие крупной сделки, содержащееся в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», отличается от понятия крупной сделки в таких федеральных законах, как ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>2</sup>, ФЗ «Об акционерных обществах», ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»<sup>3</sup>, поскольку в первом случае снижается ее порог - до 10% балансовой стоимости активов должника на последнюю отчетную дату.

При этом критерии крупной сделки в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» отличны от критериев крупных сделок, установленных вышеуказанными специальными законами, что позволяет сделать вывод об особом правовом регулировании крупных сделок в рамках института несостоятельности (банкротства).

Что же тогда понимать под крупной сделкой применительно к институту исполнения обязательства несостоятельного должника третьим лицом? Ответ на данный вопрос содержится в ч. 4 ст. 94 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», согласно которой с даты введения внешнего управления органы управления должника в пределах компетенции, установленной федеральным законом, вправе принимать решения о заключении соглашения между третьим лицом или третьими лицами и органами управления должника, уполномоченными в соответствии с учредительными документами принимать

---

1 Об обществах с ограниченной ответственностью: ФЗ РФ от 08 февр. 1998 г. № 14-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

2 Об акционерных обществах: ФЗ РФ от 26 дек. 1995 г. № 208-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 1996. № 1.

Ст. 1.

3 О государственных и муниципальных унитарных предприятиях: ФЗ РФ от 14 нояб. 2002 г. № 161-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

решение о заключении крупных сделок, об условиях предоставления денежных средств для исполнения обязательств должника.

Таким образом, под крупной сделкой применительно к институту исполнения обязательства несостоятельного должника третьим лицом следует понимать такую сделку, понятие и критерии которой установлены ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», ФЗ «Об акционерных обществах», ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», поскольку органы управления должника должны быть уполномочены в соответствии с учредительными документами принимать решение о заключении крупных сделок.

Необходимо ли получать согласие самого должника на совершение крупной сделки?

Как установлено ч. 1 ст. 101 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» крупные сделки, а также сделки, в совершении которых имеется заинтересованность, заключаются внешним управляющим только с согласия собрания кредиторов (комитета кредиторов), если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом.

Но если обратиться к ч. 14 ст. 113 данного закона, то можно заметить, что установлено правило о получении согласия органов управления должника на заключение соглашения об условиях предоставления денежных средств для исполнения обязательств должника с лицом, осуществляющим удовлетворение требований кредиторов.

Однако с даты введения внешнего управления (конкурсного производства) полномочия органов управления должника и собственника имущества должника - унитарного предприятия (за исключением прямо определенных законом) прекращаются и переходят к внешнему (конкурсному) управляющему.

Так можно ли утверждать, что в процедурах внешнего управления и конкурсного производства, одновременное исполнение имеющихся у должника обязательств третьим лицом возможно без согласия самого должника?

Ответ на этот вопрос является отрицательным, поскольку Пленум ВАС РФ<sup>1</sup> прямо указал на то, что в случае ч. 14 ст. 113 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» нормы законодательства о юридических лицах подлежат применению лишь для цели определения соответствующего органа управления должника, компетентного на принятие указанных решений.

Таким образом, одновременное исполнение имеющихся у должника обязательств третьим лицом будет являться крупной сделкой, что в свою очередь требует как согласия собрания (комитета) кредиторов, так и самого должника. При этом данное положение касается только тех юридических лиц, для которых законодательно установлено правило о получении согласия органов управления должника для совершения крупной сделки, таких как ООО, АО, ГУП, МУП.

---

<sup>1</sup> О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)": Пост. Пленума ВАС РФ от 30 апр. 2009 г. N 32// Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 132-141.

На наш взгляд, данное положение необходимо поставить под сомнение, поскольку исполнение обязательств должника третьим лицом не затрагивает законных интересов ни самого должника, ни его кредиторов. К тому же, третье лицо действует добросовестно, спасая своё имущество от возможности обращения на него взыскания.

Так, следует согласиться с мнением С.В. Сарбаш<sup>1</sup>, который говорит о том, что «некоторые контрагенты должника, собственники его имущества, учредители и участники могут иметь существенный интерес в сохранении деятельности его предприятий и поэтому готовы погасить его долги, ибо рассчитывают получить от этого большую выгоду».

Поэтому нам представляется неразумным и экономически необоснованным положение о получении согласия должника на исполнение его обязательств третьим лицом.

К тому же, в Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России указывается, что «положение об исполнении обязательства третьим лицом без согласия должника (п. 2 ст. 313 ГК РФ) ограничивает права третьего лица лишь случаями наличия опасности утраты права на имущество должника вследствие обращения на него взыскания кредитором. Между тем практика показывает, что третьи лица (особенно в предпринимательских отношениях) могут иметь и другой законный интерес в удовлетворении требований кредитора по обязательству должника. Этот интерес не может быть защищен вследствие указанных ограничений»<sup>2</sup>.

Данные положения также содержатся в Проекте изменений в раздел III ГК РФ, где установлено, что «третье лицо, имеющее законный интерес в исполнении должником денежного обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, может исполнить это обязательство кредитором без согласия должника»<sup>3</sup>.

Другой вопрос – какие возникнут правовые последствия в случае исполнения обязательств должника третьим лицом без согласия первого по действующему гражданскому законодательству?

Очевидно, что исполнение обязательств третьим лицом без согласия должника будет ненадлежащим, поскольку существующее обязательство между кредитором и должником не будет исполнено, хотя это и направлено на защиту законных интересов третьего лица. При этом у должника возникает неосновательное обогащение, если третье лицо исполнило обязательство самому должнику. Если же третье лицо исполнило обязательство самим кредитором, то неосновательное обогащение возникает у кредиторов, а не у должника.

Заслуживает внимания точка зрения Д. Воробьева, который усматривает возможность злоупотребления со стороны третьих лиц в случае исполнения ими обязательств должника без согласия последнего, указывая при этом на то,

---

1 Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005. С. 166-167.

2 Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России // Бюллетень нотариальной практики. 2009. № 3. С. 14 - 32.

3 Проект федерального закона "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" // <http://www.rg.ru/2012/02/07/gk-site-dok.html>.

что «несмотря на немногочисленность предусмотренных законом исключений из п. 1 ст. 313 ГК РФ, нельзя говорить об их недостаточности для нужд гражданского оборота, так как расширение их числа может повлечь за собой необоснованное расширение возможности злоупотребления правом со стороны недобросовестных участников оборота, производящих исполнение обязательства должника, игнорируя при этом интересы прочих лиц (прежде всего должника и кредитора)»<sup>1</sup>.

На наш взгляд, данная точка зрения не является обоснованной, поскольку злоупотребления возможны во всех сферах применения права, встречаются на каждом шагу, и поэтому неразумно исходить только из данного предположения, указывания на обоснованность исполнения обязательств должника третьим лицом только с согласия должника.

Таким образом, на наш взгляд, следует внести изменение в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», предоставив третьему лицу исполнять обязательства должника без согласия и даже вопреки воле последнего, поскольку такая возможность никоим образом не противоречит законным интересам как самого должника, так и его кредиторов, заинтересованных в скорейшем получении встречного предоставления по соответствующим обязательствам со стороны должника.

---

<sup>1</sup> Д. Воробьев. Исполнение обязательства третьим лицом // [http://www.4dk.ru/process/consultation /subjects /antikrizis/1598].

**Субсидиарная ответственность родителей и законных  
представителей за вред, причиненный несовершеннолетними  
от 14 до 18 лет**

Кротова Екатерина Владиславовна,  
аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права  
Дальневосточного федерального университета

Научный руководитель:  
Шевченко Галина Николаевна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского и предпринимательского права  
Юридической школы  
Дальневосточного Федерального университета

Ученые-цивилисты, анализируя категорию «субсидиарная ответственность», в зависимости от субъектного состава правоотношений выделяют субсидиарную ответственность граждан (физических лиц), субсидиарную ответственность юридических лиц и субсидиарную ответственность публично-правовых образований. В свою очередь, субсидиарная ответственность физических лиц наступает в следующих случаях.

Так, статья 56 Гражданского кодекса РФ определяет, что в случае, если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана учредителями (участниками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, на таких лиц в случае недостаточности имущества юридического лица может быть возложена субсидиарная ответственность по его обязательствам.

Кроме того, субсидиарную ответственность в силу статьи 586 Гражданского кодекса РФ несет первоначальный плательщик ренты, передавший обремененное рентой недвижимое имущество в собственность другого лица, по требованиям получателя ренты к «вторичному» плательщику ренты, возникшим в связи с нарушением договора ренты, если Гражданским кодексом РФ, другим законом или договором не предусмотрена солидарная ответственность по этому обязательству.

Указанные случаи применения субсидиарной ответственности на практике встречаются достаточно редко. Наиболее распространены случаи привлечения к субсидиарной ответственности в деликтных обязательствах, в этой связи, в статье будет проведен именно их анализ.

Говоря о субсидиарной ответственности физических лиц в деликтных обязательствах, следует отметить, что в части второй Гражданского кодекса РФ содержатся нормы, устанавливающие субсидиарную ответственность законных представителей несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет и других лиц,

перечисленных в законе (далее – иные лица). Так, диспозиция части второй статьи 1074 устанавливает, что субсидиарную ответственность за вред, причиненный несовершеннолетним от 14 до 18 лет полностью или в недостающей части несут его родители (усыновители) или попечители.

В этой связи необходимо обозначить круг вопросов, подлежащих выяснению. Во-первых, определить круг лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности, во-вторых, проанализировать условия наступления такой ответственности, в-третьих, рассмотреть понятие вины лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности.

В настоящее время круг лиц, ответственных за вред, причиненный несовершеннолетними от 14 до 18 лет, предусмотрен законом и не подлежит расширительному толкованию. Поэтому за вред, причиненный несовершеннолетними, отвечают родители, приемные родители, попечители, а также организации, в которые несовершеннолетние были помещены под надзор.

Семейный кодекс Российской Федерации в статье 61 указывает, что родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей. Это предполагает, что в качестве родителей субъектами ответственности за вред могут быть только лица, действительное происхождение детей от которых законно удостоверено. Для возложения на родителей ответственности за вред, причиненный их несовершеннолетним ребенком, не имеет значения расторжение их брака, совместное или раздельное проживание матери и отца, степень участия каждого из них в оказании материальной помощи ребенку. Во всех случаях они несут имущественную ответственность за ненадлежащее выполнение своих родительских прав и обязанностей личного характера, предусмотренных пунктом 1 статьи 63 Семейного кодекса РФ. Родители имеют преимущественное право на воспитание своих детей перед всеми другими лицами. При этом, если ответственность должны нести супруги, следует руководствоваться и пунктами 2, 3 статьи 45 Семейного кодекса РФ, где определяется ответственность супругов-родителей по обязательствам, в частности по возмещению вреда, причиненного их несовершеннолетними детьми. Поскольку обязанность возместить такой вред возлагается по общему правилу на каждого из них, то свой долг перед пострадавшим они погашают за счет общего имущества. При недостаточности этого имущества супруги-родители несут солидарную ответственность имуществом каждого из них.

Факт проживания родителей отдельно от детей не исключает их субсидиарной ответственности, которую они несут на общих основаниях. Однако, они могут быть освобождены от ответственности, если по вине другого родителя были лишены возможности принимать участие в воспитании ребенка.

Впервые Гражданский кодекс РФ в статье 1075 предусмотрел возможность возложения субсидиарной ответственности за вред на родителей, лишенных родительских прав. При этом, закон говорит о соблюдении двух условий наступления такой ответственности: если причинение вреда последовало не позднее трех лет с момента лишения их родительских прав и явилось следствием ненадлежащего осуществления родителями своих

обязанностей. В этой норме ученые-цивилисты видят пробел, связанный с тем, что из текста самой статьи следует, что лица, лишенные родительских прав, обязаны отвечать за вред, причиненный их несовершеннолетними детьми, независимо от того, где находится их ребенок после вынесения судом соответствующего решения (на попечительстве, в приемной семье или детском учреждении любого профиля и назначения)<sup>1</sup>.

Гражданский кодекс урегулировал случай причинения вреда несовершеннолетним от 14 до 18 лет при нахождении в воспитательном, лечебном, образовательном учреждении, на которое возложены обязанности попечителя. При таких обстоятельствах указанное учреждение также несет субсидиарную ответственность за вред, если не докажет отсутствие своей вины. Однако, если же несовершеннолетний в момент причинения вреда временно находился в специальном учреждении, не являющиеся по закону его попечителями, то такие учреждения субсидиарной ответственности не несут.

Обязанность возмещения родителями (усыновителями), попечителями вреда, причиненного детьми в возрасте от 14 до 18 лет ограничена по времени и прекращается, когда: причинитель достигает совершеннолетия; у него появляются доходы или имущество, достаточные для возмещения вреда; он приобретет полную дееспособность в связи со вступлением в брак или эмансипацией.

Говоря об условиях наступления субсидиарной ответственности необходимо отметить следующее. Ее наступление закон ставит в зависимость, во-первых, от наличия у несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет доходов или иного имущества, достаточных для возмещения вреда. Указанное условие установлено логично, так как лица, достигшие 14 лет, вправе заниматься предпринимательской деятельностью (то есть, получать доход), признаются деликтоспособными и сами отвечают за причиненный ими вред на общих основаниях. При этом не имеет значения, совершена сделка самостоятельно несовершеннолетним или с письменного согласия его законного представителя. Это означает, что в качестве ответчика всегда должен привлекаться несовершеннолетний.

Вторым обязательным условием для наступления субсидиарной ответственности законных представителей несовершеннолетних от 14 до 18 лет является их вина. При этом, обязанность по доказыванию факта отсутствия вины родителей, усыновителей и попечителей лежит соответственно на указанных субъектах.

Рассматривая вопрос об условиях наступления субсидиарной ответственности законных представителей несовершеннолетних, необходимо дать понятие «вины законного представителя в наступлении вреда». Анализируя постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 №1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина», следует отметить, что вина родителей или попечителей

---

<sup>1</sup> С.В. Маркосян. Несовершеннолетний должник и его законные представители//Налоги, 2008, № 25.С.20.

присутствует, если с их стороны имело место безответственное отношение к воспитанию и неосуществление должного надзора за несовершеннолетним (попустительство или поощрение озорства, хулиганских и иных противоправных действий, отсутствие к нему внимания и т.п.)<sup>1</sup>. Что касается попечителей таких несовершеннолетних, то их вина определяется исходя из необходимости осуществления надзора за несовершеннолетним в силу части 5 статьи 11 Федерального закона от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве»<sup>2</sup>, статей 148.1, 155.2 Семейного кодекса РФ.

Следует отметить, что родители и иные лица несут ответственность при неосуществлении надлежащего надзора не только в момент причинения несовершеннолетним вреда, а в целом, в процессе воспитания. При наступлении такой ответственности противоправность и вина оцениваются с позиций наличия у них обязанности по воспитанию и надзору за ребенком. Вместе с тем, если родители и иные лица надлежащим образом исполняли свои обязанности, но не могли предотвратить причиненный несовершеннолетним вред третьему лицу по не зависящим от них обстоятельствам, ответственность за нанесенный вред будет возлагаться целиком на несовершеннолетнего, виновного в причинении вреда<sup>3</sup>.

В юридической литературе ответственность несовершеннолетнего и ответственность его родителей и иных лиц рассматривают как ответственность по двум обязательствам, возникающим из различных оснований. Так, несовершеннолетний отвечает за свою вину в причинении вреда, родители и иные лица, в свою очередь, отвечают за виновное неисполнение обязанности по воспитанию ребенка и осуществлению надзора за ним<sup>4</sup>.

Таким образом, несмотря на казалось бы очевидное правило о том, что при любых обстоятельствах вред, причиненный несовершеннолетним возмещается его законными представителями, случаи привлечения к субсидиарной ответственности законных представителей несовершеннолетних от 14 до 18 лет строго определены законом. Так, наступление такого вида ответственности зависит от наличия у несовершеннолетнего дохода и находится в прямой взаимосвязи с виной именно законных представителей.

---

1 О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина: Пост. ПВС РФ от 26 янв. 2010 г. № 1 //СПС «КонсультантПлюс».

2 Об опеке и попечительстве: ФЗ РФ от 24 апр. 2008 г. № 48-ФЗ (ред. от 01.07.2011)//СПС «КонсультантПлюс».

3 Богданова Е.Е. Субсидиарная ответственность. Проблемы теории и практики. - М.: Приор-издат, 2003. С.108.

4 Флейшиц Е.Л. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С. 108; Шевченко Я.Н. Теоретические проблемы правового регулирования гражданской ответственности несовершеннолетних за правонарушения: Автореф. дис. д-ра юрид. наук. Харьков. 1982. С. 22.



## Уменьшение неустойки: новеллы в правоприменении

Медяник Егор Юрьевич,  
студент 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сорокина Светлана Яковлевна,  
к.ю.н. доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Традиционно одним из самых распространенных способов обеспечения исполнения обязательств любого вида остается неустойка. Однако, как и любой другой способ обеспечения исполнения обязательств, как предусмотренный главой 23 Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup> (далее – ГК РФ), так и не поименованный в ней, использование неустойки имеет ряд преимуществ и недостатков.

В соответствии со статьей 300 ГК РФ, неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Как справедливо отмечает профессор Е.А. Суханов, «сущность неустойки коренится в создаваемой ею угрозе наступления для должника определенной имущественной невыгоды в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства»<sup>2</sup>. Также необходимо учитывать и двойственную правовую природу неустойки: неустойка является одновременно и одной из форм санкций в обязательстве и одним из способов обеспечения обязательства.

Важным признаком неустойки как способа обеспечения обязательств является ее универсальность, которая обусловлена отсутствием у кредитора обязанности по доказыванию факта причинения ему убытков.

Статьей 333 ГК РФ предусмотрено, что в случае, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку.

Анализ судебной практики Арбитражного суда Красноярского края за период до 2011 года позволяет сделать вывод о том, что неустойка уменьшалась более чем в половине дел. Низшей планкой при уменьшении неустойки для части судей служила ставка рефинансирования Центрального банка РФ. В таких случаях, кредитор в значительной степени лишался того, на что рассчитывал, заключая договор.

Такая практика во многом основывалась на сформулированной Конституционным Судом РФ позиции, в соответствии с которой право суда на уменьшение неустойки, по сути, превратилось в соответствующую обязанность

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ (с последующими изменениями) // СЗ РФ. 1994. № 32, ст. 3301;

<sup>2</sup> Российское гражданское право: Учебник /под. ред. проф. Е.А. Суханова. М., 2011, С 88;

суда. В Определении от 21.12.2000 № 263-О<sup>1</sup> Конституционный суд указал, что в части первой статьи 333 ГК Российской Федерации речь идет не о праве суда, а, по существу, о его обязанности установить баланс между применяемой к нарушителю мерой ответственности и оценкой действительного (а не возможного) размера ущерба, причиненного в результате конкретного правонарушения, что не может рассматриваться как нарушение статьи 35 Конституции Российской Федерации.

Совершенно иная позиция прослеживается в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) от 13.01.2011<sup>2</sup> по делу А41-13284/09. В нем Президиум ВАС РФ сформулировал важные правовые позиции, которые сразу задали определенное направление правоприменению.

Важнейшие выводы Президиума ВАС РФ в указанном Постановлении были:

- «... уменьшение неустойки ниже ставки рефинансирования возможно только в чрезвычайных случаях, а по общему правилу не должно допускаться, поскольку такой размер неустойки не может являться явно несоразмерным последствиям просрочки уплаты денежных средств»<sup>3</sup>;

- «... суд не должен по своей инициативе снижать размер неустойки, если заинтересованная в этом сторона не заявляла соответствующего ходатайства, поскольку это противоречит принципу осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе и принципу состязательности»<sup>4</sup>.

Очевидно, что данное толкование Президиума ВАС РФ нормы статьи 333 ГК РФ является противоположным позиции Конституционного Суда РФ. Однако данное толкование повлекло за собой появление новых вопросов в правоприменительной практике. Для участников процесса непонятным оставался вопрос о том, является ли предоставление ответчиком заявления достаточным основанием для суда принять решение о снижении неустойки или должник все же обязан обосновать необходимость её снижения.

Постановление № 81 от 22 декабря 2011 г. «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>5</sup> развивает логику, заложенную в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13.01.2011. Последовательно рассмотрим положения Постановления № 81:

- «Соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается. Исходя из принципа осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе (статья 1 ГК РФ) неустойка может быть снижена судом на основании статьи 333 Кодекса только при наличии соответствующего заявления со стороны ответчика<sup>6</sup>». Этим закрепляется правовая позиция, изложенная в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13.01.2011 по делу А41-13284/09.

<sup>1</sup> Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Наговицына Ю.А. на нарушение его конституционных прав частью 1 статьи 333 ГК РФ: Опр. КС РФ от 21 дек. 2000 г. № 263-О // документ опубликован не был.

<sup>2</sup> Пост. Президиума ВАС РФ от 13 янв. 2011 г. по делу А41-13284/09 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 4;

<sup>3</sup> Там же;

<sup>4</sup> Там же;

<sup>5</sup> О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации: Пост. Пленума ВАС РФ от 22 дек. 2011 г. № 81// Вестник ВАС РФ. 2012;

<sup>6</sup> Там же.

- «При этом ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки».

Пленум ВАС РФ использует словосочетание «в частности», следовательно, превышение начисленной неустойки над возможным размером убытков является одним из критериев несоразмерности, а не единственным. Судебной практикой до выхода последнего Постановления уже были выработаны некоторые критерии:

1) в пункте 2 Информационного Письма Президиума ВАС РФ от 14 июля 1997 года № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 333 ГК РФ»<sup>1</sup> указывается, что Критериями для установления несоразмерности в каждом конкретном случае может быть:

- чрезмерно высокий процент неустойки;
- значительное превышение суммы неустойки суммы возможных убытков, вызванных нарушением обязательств;
- длительность неисполнения обязательств и др.

2) В пункте 42 Совместного Постановления ВАС РФ и Верховного Суда РФ от 01.07.96 № 6/8<sup>2</sup> – «... при оценке последствий судом могут приниматься во внимание, в том числе обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товаров, работ, услуг; сумма договора и т.п.)».

- «...Кредитор для опровержения заявления о несоразмерности вправе представить доводы, подтверждающие соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства»<sup>3</sup>.

Предоставляя должнику возможность представлять доказательства несоразмерности, ВАС РФ разъясняет кредитору процессуальный механизм возражений на такие доказательства. Как можно заметить, ВАС РФ пытается уравновесить возможности кредитора и должника в процессе, учитывая правовое регулирование статьи 330 ГК РФ.

- «Судам следует учитывать, что заявление ответчика о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства само по себе не может расцениваться как согласие ответчика с наличием долга перед истцом либо фактом нарушения обязательства»<sup>4</sup>. Указанным толкованием, снимается логическое противоречие в ситуациях, когда должник стоит перед выбором стратегии защиты в суде: оспаривать наличие долга (нарушения обязательства) и соответственно неустойки или попытаться уменьшить неустойку.

<sup>1</sup> Обзор практики применения арбитражными судами ст. 333 ГК РФ: Инф. Письмо Президиума ВАС РФ от 14 июля 1997 г. № 17 // Вестник ВАС РФ. 1997 № 9;

<sup>2</sup> О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Пост. Пленума Верховного суда РФ № 6, Пост. Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 8 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

<sup>3</sup> О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации: Пост. Пленума ВАС РФ от 22 дек. 2011 г. № 81// Вестник ВАС РФ. 2012.

<sup>4</sup> Там же.

- «Заявление ответчика о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства может быть сделано исключительно при рассмотрении судом дела по правилам суда первой инстанции»<sup>1</sup>.

Статья 266 АПК РФ предусматривает, что Арбитражный суд апелляционной инстанции рассматривает дело в судебном заседании коллегиальным составом судей по правилам рассмотрения дела арбитражным судом первой инстанции с особенностями, предусмотренными настоящей главой. Таким образом, заявить об уменьшении неустойки можно исключительно в суде первой инстанции и в Арбитражном суде апелляционной инстанции.

- «Установление в договоре условия, предусматривающего в случае нарушения должником обязательства передачу не денег, а иного имущества в пользу кредитора, не противоречит закону»<sup>2</sup>.

Пленум ВАС РФ подтверждает правомерность известной в коммерческом обороте практики, когда неустойка устанавливается в натуральной форме. К примеру, поставщик за просрочку поставки товара в качестве неустойки обязан передать покупателю дополнительное количество товара сверх согласованного договором.

Среди ряда авторов выдвигалось мнение, что такие соглашения противоречат понятию неустойки, установленному статьей 330 ГК РФ: неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. Кроме того, к примеру Карапетов А.Г.<sup>3</sup>, указывает на ряд проблем и сложностей, связанных с применением неденежной неустойки. Это и сложности при расчете убытков, превышающих неустойку и уменьшение неустойки в случае, если она выражена в виде индивидуально-определенной вещи.

Б.М. Гонгало отмечает<sup>4</sup>, что соглашение о товарной неустойке по правовой природе ближе всего к соглашению об отступном (статья 409 ГК РФ), если стороны договорились о том, что передача вещи прекращает обязательство. Однако не противоречит закону также условие договора, предусматривающее, что передача кредитору имущества в качестве товарной неустойки не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре.

На мой взгляд, Пленум ВАС РФ обоснованно поддержал непоименованный в Главе 23 ГК РФ способ обеспечения исполнения обязательств, не противоречащий основам гражданского права. Данное толкование, безусловно, положительно скажется на практике применения товарной неустойки, что в свою очередь повысит защищенность коммерческого оборота.

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М. Статут. 2005 с. 286.

<sup>4</sup> Залог, банковская гарантия и другие способы обеспечения исполнения обязательств: Постатейный комментарий главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред Б.М. Гонгало, П.В. Крашенинникова. М. 2010.

В законопроекте Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты РФ» предлагается дополнить статью 333 ГК РФ следующими положениями: «Снижение договорной неустойки, подлежащей уплате лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, допускается в исключительных случаях, когда будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды», что в целом лежит в лоне развития практики и представляется обоснованным.

## Гражданско-правовые отношения в области профессионального спорта

Мирошниченко Игорь Владимирович,  
аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Юридического факультета РУДН

Научный руководитель:  
Ковалев Сергей Иванович,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права  
Юридического факультета РУДН

Одной из самых древних правовых конструкций, известных со времен римского права, является договор. Договор занимает центральное место в правовом регулировании имущественного гражданско-правового оборота. Имущественный оборот как юридическое выражение товарно-денежных, рыночных экономических связей, складывается из совокупности всех гражданско-правовых сделок, совершаемых гражданами и организациями<sup>1</sup>.

Касаемо сферы профессионального спорта, представляется необходимым отметить следующее. Законодательно профессиональный спорт определен как предпринимательская деятельность. Более того, совершенно очевидно, что продуктом профессионального спорта является спортивное зрелище (услуга), имеющее форму товара. От качества этого товара и спроса на него зависит его реализация и, соответственно, размер получаемой прибыли субъектами, продвигающими этот товар на рынок. Чем ярче и интереснее это спортивное зрелище (товар), тем больший интерес проявляется к нему со стороны зрителей, различных организаций и физических лиц, средств массовой информации, а зачастую, и государств<sup>2</sup>. Таким образом, профессиональные спортивные отношения - это, в первую очередь, товарно-денежные отношения.

Действующий закон закрепляет следующее определение договора - это соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 420 ГК РФ). За частую в индивидуальных видах профессионального спорта в отличие от коллективных, в основном, используются гражданско-правовые договоры регулируемые в области профессионального спорта, с участием спортсменов-профессионалов.. Нормы, содержащиеся в Законе о спорте, в частности, ст. 25, 26, регулируют отношения между спортсменами -профессионалами и профессиональными спортивными клубами (федерациями, союзами, ассоциациями), именно, в коллективных видах спорта. В индивидуальных же видах спорта спортсмен - профессионал самостоятельно, на свой риск

---

1 Римское частное право: Учебник для вузов [Текст] / Под общ. ред. Нерсисянца В.С. – М., Зерцало. 2009. – С.137

2 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. -

М: «Статут», 2011.-С. 7.

осуществляет предпринимательскую (профессиональную спортивную деятельность), направленную на систематическое получение прибыли<sup>1</sup>.

В целях защиты интересов спортсменов-профессионалов, представляется, необходимым в законе «О профессиональном спорте в Российской Федерации» закрепить положения о приоритете договора о профессиональной спортивной деятельности над локальными актами. Отметим, что данные доводы полностью соответствуют действующему гражданскому законодательству и нашли свое отражение в ГК РФ, в частности, в главе 48 «Страхование». Следовательно, можно заключить, что в закон «О профессиональном спорте в Российской Федерации» необходимо включить нормы, аналогичные нормам, содержащимся в ст. 943 ГК РФ<sup>2</sup>.

В ходе исследования вопросов договорного регулирования профессиональных спортивных отношений с участием спортсменов-профессионалов пришли к следующим выводам:

1. Юридическая практика в сфере профессионального спорта допускает существование смешанных договоров, которые сочетают в себе гражданско-правовые и трудовые элементы. Использование данных договоров необходимо закрепить законодательно - в федеральном законе «О физической культуре и спорте в Российской Федерации». При этом необходимо учитывать, что основу такого договора могут составлять как гражданско-правовые условия, так и трудовые.

2. Договорное регулирование отношений в области профессионального спорта с участием профессиональных спортсменов по поводу их участия в профессиональной спортивной деятельности, имеет свою систему. Эту систему можно представить в следующем виде: гражданско-правовые договоры, трудовые договоры и смешанные договоры.

3. Действующий ГК РФ должен предусматривать заключение типовых договоров не только для договоров публичного характера (ст.426 ГК РФ), но и для иных случаев, предусмотренных законом, когда исходя из характера общественных отношений, требуется охрана субъективных прав слабой стороны в отношении.

На основании этого необходимо внести в действующее законодательство положения, в соответствии с которыми Правительством РФ должен быть разработан типовой договор, который регулировал бы взаимоотношения с участием спортсменов-профессионалов.

Подводя итог, хотелось бы отметить, что спортсмен-профессионал является слабой стороной в договорных отношениях. В подавляющем большинстве случаев это неквалифицированный участник профессиональных спортивных отношений. Следовательно, такой участник нуждается в дополнительных гарантиях, позволяющих максимально исключать возможные нарушения его субъективных прав.

---

1 Алексеев СВ. Спортивное право России. Правовые основы физической культуры и спорта: Учебник для студентов вузов, обучающихся по специальностям 021100 «Юриспруденция» и 022300 «Физическая культура и спорт» / Под ред. проф. П.В. Крашенинникова. - М. ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право. 2010. С. 226-237.

2 Брагинский М.И., Витрянский В.В., Суханов Е.А., Ярошенко К.Б. Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации. - М.: Фонд Правовая культура, 2010. - С. 207-220.

## К вопросу о сделках с потестативными условиями

Мишин Никита Александрович  
аспирант кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Качур Нина Федоровна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Вопрос о допустимости сделок с условиями, зависящими от воли одной из сторон довольно активно обсуждается в научном сообществе.<sup>1</sup> Обусловлено это недостаточной разработанностью института условных сделок, наряду с их активным применением в гражданском обороте, особенно в бизнес отношениях.

Как известно, по критерию зависимости от воли участников сделки, условия делятся на: потестативные (зависящие от воли участников сделки, например, А дарит имущество, если В навестит больного), случайные (условия, зависящее от воли стороннего лица или лежащее вне человеческой воли), смешанные условия (когда обстоятельство, составляющее условие отчасти зависит от воли участника сделки, отчасти от случая или от воли стороннего лица, например, А дарит имущество Б если он женится на С<sup>2</sup>).

В зарубежной доктрине потестативные условия, в свою очередь, делятся на чисто потестативные – условия, зависящие исключительно или преимущественно зависящие от воли стороны сделки, и просто потестативные условия, обусловленные волей стороны, но не полностью зависящие от нее<sup>3</sup>. При этом, запрету подвергаются лишь чисто потестативные условия, да и то не во всех правопорядках.

Российское законодательство предусматривает возможность заключения сделки под отменительным и отлагательным условием, при этом относительно самого условия в законе прямо предусмотрены лишь следующие требования: 1) условие должно наступить в будущем 2) вероятность наступления условия должна быть не определена<sup>4</sup>.

Положения, разрешающие или запрещающие заключение сделки под условием, наступление или ненаступление которого зависит от сторон договора, в действующем законодательстве отсутствуют. Данная недосказанность породила неоднородное толкование судами статьи 157 ГК РФ.

---

<sup>1</sup>См: Степанов Д. Существует ли проблема условных сделок? // Корпоративный юрист. 2010. № 6. С. 43-45.

<sup>2</sup>Мейер Д.И. Русское гражданское право. Русское гражданское право. В 2-х частях. Ч. 2. М., Статут, 1997. С. 235-238.

<sup>3</sup>Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 779 - 780.

<sup>4</sup>Ст. 157 ГК РФ: ФЗ РФ от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 1998. №32. Ст. 3301.



В одних случаях суды указывают на то, что обстоятельство в зависимость от наступления или ненаступления которого ставится появление или прекращение прав и обязанностей не должно зависеть от воли сторон, и фактически выводят сделки с потестативными условиями за пределы гражданского оборота, в других случаях - допускают такие условия.

Рассмотрим некоторые примеры из практики. Так, в одном из решений суд признал недействительным отлагательное условие договора поставки, согласно которому тот считается заключенным с момента получения одной из сторон разрешения от антимонопольного органа, мотивируя это тем, что данное обстоятельство зависит от воли одной из сторон сделки<sup>1</sup>. Данный вывод суда представляется сомнительным, во-первых, не совсем ясно, какой вред интересам сторон нанесло бы признание такого условия, пускай отчасти и зависящего от воли одной из сторон сделки действительным, ведь стороны согласились обусловить момент заключения сделки получением разрешения антимонопольного органа, а в случае уклонения стороны от выполнения условия, можно было бы применить п.3 ст. 157 ГК РФ и признать условие наступившим, тем самым защитив другую сторону. Во-вторых, даже если отстаивать недопустимость потестативных условий, то получение разрешения в антимонопольном органе едва ли можно отнести к условию, исключительно зависящему от воли стороны сделки, ведь в ее силах лишь подача заявления и формирование необходимого пакета документов, но антимонопольный орган может по каким-либо причинам не выдать это разрешения, следовательно, это скорее смешанное, а не потестативное условие.

В другом решении суд, истолковав статью 157 ГК РФ, пришел к диаметрально противоположным выводам, указав, что закон не запрещает сторонам сделки ставить наступление отменительного условия в зависимость от действий/бездействий самих участников договора<sup>2</sup>. Такая позиция кажется адекватно отражающей интересы сторон и потребности гражданского оборота, но, к сожалению, на практике такой подход встречается крайне редко.

Представляется, что практика запрещающая сделки с условиями, зависящими от воли сторон договора справедливо критикуется за ущемление принципа свободы договора<sup>3</sup>. При этом, реальная опасность потестативных условий проявляется лишь в случаях, когда встречное исполнение по уже исполненному обязательству поставлено под условие, наступление которого зависит полностью или преимущественно от его воли (например, заплачу, если захочу). Даже с этой точки зрения целесообразнее кажется запрет не всех условий, зависящих от воли сторон, а лишь условий, зависящих исключительно или преимущественно от воли должника, так как в таком случае кредитор может быть поставлен в невыгодное положение.

В доктрине российского гражданского права существует позиция, согласно которой условием может быть признано лишь побочное, стороннее обстоятельство, без которого сделка могла бы существовать, а обстоятельство,

---

1 Постановление семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 14.11.2011 г. N 17АП-10884/2011-ГК.

2 Постановление ФАС Московского округа по делу N А40-112792/10-85-995 от 18.11.2011 г.

3 Карапетов А.Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // ВАС РФ. 2009. №7. С 48.

являющееся существенным для сделки, не может являться таковым. В качестве примера при этом приводится следующий случай: согласие одаряемого на совершение сделки не может быть условием<sup>1</sup>. Таким образом, если принять это замечание, то условия типа «заплату, если захочу» снимаются сами собой, так как оплата товара является существенным условием договора купли продажи и не может быть условием в смысле, предусмотренным действующей статьей 157 ГК РФ, здесь речь идет скорее об обусловленном встречном исполнении обязательств.

Представляют научный интерес предложения об изменениях Гражданского кодекса РФ, содержащиеся в законопроекте, согласно которым ст. 157 дополняется следующим положением: «Сделка не может быть совершена под условием, наступление которого исключительно или преимущественно зависит от воли одной из сторон сделки, если иное не установлено законом или не вытекает из существа сделки»<sup>2</sup>. При буквальном толковании данной нормы получается, что сделки с потестативными условиями признаются вне закона. Однако, если учесть превалирующую судебную практику, не признающую допустимость условий, наступление которых зависит от воли сторон вообще, то данная норма может предстать в несколько ином свете: законодатель, ограничивая сделки с потестативными условиями по общему правилу, указывает на допустимость использования условий, зависящих от сторон сделки (но не полностью или преимущественно).

Особенно интересным представляется предлагаемая редакция ст. 157 проекта ГК РФ при ее соотнесении со ст. 327<sup>1</sup>проекта ГК, исходя из которой исполнение обязанностей, а равно, осуществление, изменение, прекращение определенных прав по договорному обязательству может быть обусловлено совершением (несовершением) одной из сторон обязательства определенных действий или наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон»<sup>3</sup>. В данном случае логика законодателя представляется весьма запутанной, ведь ситуации, указанные в ст. 157 и ст. 327<sup>1</sup>проекта ГК, по сутиотличаются лишь тем, что в условной сделке обязательства находятся на стадии созревания, а при обусловленном исполнении они уже существуют.

Очевидно, что проблема регулирования сделок с потестативными условиями существует, и во многом она определена отсутствием четкого понимания целей правового регулирования при толковании и применении права наряду со сложностью разделения на практике потестативных и смешанных условий. Представляется, что в данном случае изменение законодательства не приведет к желаемому эффекту, так как господствующий позитивистский подход в правоприменении не позволит достичь гибкого и эффективного правового регулирования гражданского оборота. Существует опасность того, что при нормативном запрете потестативных условий правоприменителю

---

<sup>1</sup>Мейер Д.И. Русское гражданское право. Русское гражданское право: В 2-х частях. Ч. 2. М., Статут, 1997. С. 260.

<sup>2</sup>Проект ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета, 07.02.2012 г.; [www.rg.ru](http://www.rg.ru)

<sup>3</sup> Там же; [www.rg.ru](http://www.rg.ru)

придется признавать условия, полностью или преимущественно зависящие от воли одной из сторон недействительными даже в случаях, когда такие условия не представляют никакой опасности для правопорядка.

С другой стороны, предлагаемая редакция статьи 327<sup>1</sup> оставляет возможность обусловить исполнение обязательств обстоятельствами, полностью или преимущественно зависящими от воли одной из сторон, что в некоторой степени сможет заменить сделки с потестативными условиями.

Тем не менее, представляется, что целесообразнее было бы не вводить запрет сделок с потестативными условиями по общему правилу, а решать вопрос о недопустимости таких сделок на стадии правоприменения - в случаях, если нарушается баланс интересов сторон.

## **Сравнительно-правовой анализ законодательства о вещных правах в России и Китае**

Петрова Екатерина Юрьевна,  
студентка 5 курса  
юридического факультета ФГБОУ ВПО БГУ

Научный руководитель:  
Балбанова Людмила Юрьевна,  
старший преподаватель кафедры  
гражданского права и процесса  
юридического факультета ФГБОУ ВПО БГУ

Центральным звеном гражданского права в условиях рыночной экономики является институт вещного права, регулирующий статику гражданского оборота. В настоящее время исследование вопросов, связанных с проблемами правового регулирования указанного института, приобрело особую актуальность, поскольку действующее законодательство в данной области не отвечает современным потребностям общества.

В связи с необходимостью совершенствования российского законодательства в области вещных прав большой интерес представляет изучение опыта зарубежных стран. Так как в развитых европейских правовых системах правовое регулирование вещных прав имеет законченный характер, актуальным для России представляется изучение опыта заимствования классических положений учения о вещном праве. Особый интерес, с этой точки зрения, представляет законодательство Китайской Народной Республики, так как до недавнего времени правовое регулирование института вещных прав в СССР и КНР не имело принципиальных различий. Более того, можно сказать, что Китай, вслед за СССР, фактически отказался от фундаментально разработанных германскими пандектистами положений о вещном праве. Кроме того, позиция китайского законодателя характеризуется большим своеобразием. Это связано с тем, что в КНР кодификация гражданского законодательства осуществляется постепенно: от принятия временных законов к принятию единого кодифицированного акта.

Анализ правовых норм в области регулирования вещных прав свидетельствует о том, что действующее законодательство России и Китая не отличается совершенством.

В Российской Федерации правовое регулирование вещных прав преимущественно осуществляется нормами части первой Гражданского кодекса, принятой еще в 1994 году, когда Россия находилась только в переходной стадии к созданию частной собственности и рыночной экономики. Специального закона о вещных правах в отечественном законодательстве нет. При этом представляется, что правовое регулирование вещных прав в Российской Федерации имеет ряд существенных недостатков, которые

обусловлены отсутствием в законодательстве основных дефиниций вещного права, системы вещных прав, что является основанием для дискуссии по вопросу места и сущности вещного права.

В КНР аналогичный институт устанавливают сразу несколько нормативно-правовых актов, в частности, «Основные положения гражданского права» 1986 г., Закон КНР «О вещных правах», принятый в марте 2007 г., причем преимущественным регулированием вещных прав они не обладают. «В случае, если иными законами в отношении вещных прав отдельно предусмотрены иные положения, следует применять положения иных законов» - гласит статья 8 Закона КНР «О вещных правах»<sup>1</sup>. Что является существенным недостатком для регулирования статических отношений, поэтому, сегодня в Китае наиболее острым остается вопрос кодификации гражданского законодательства (поскольку действующие нормативные акты носят «временный характер»), и, соответственно, его совершенствовании.

Таким образом, проблемы российского и китайского законодательства в сфере регулирования вещных прав имеют диаметрально противоположный характер, поскольку в Китае отсутствует кодифицированный акт, а России присущ недостаток специальных норм о вещном праве.

Устанавливая институт вещного права, Гражданский кодекс России преимущественно регулирует право собственности. Что подтверждается структурой раздела II кодекса, где каждая из глав (за исключением главы 19 «Право хозяйственного ведения, право оперативного управления») закрепляет нормы, в большей части, посвященные именно праву собственности. В связи с чем, в правовой доктрине все чаще возникает вопрос о необходимости выделения вещного права в объективном и субъективном смыслах.

Закон Китая «О вещных правах», в свою очередь, уже в статье 2 содержит определение «вещного права», понимая под ним «исключительное право правообладателя напрямую распоряжаться какой-либо собственностью»<sup>2</sup>, что является его позитивной чертой, хотя не ясно, почему законодатель в данном определении использует только правомочие распоряжение и при этом распоряжение именно собственностью. Из анализа приведенной выше нормы, закрепляющей понятие «вещное право», можно сделать вывод о том, что китайское законодательство, говоря о вещных правах, в первую очередь, также регулирует право собственности. В этой же статье закрепляются и право usufructa, и обеспечительное право («к вещным правам относятся право собственности, право usufructa, обеспечительное право»<sup>3</sup>). Таким образом, законодатель в общих положениях Закона КНР «О вещных правах» закрепляет систему вещных прав, причем, строго устанавливая принцип правового определения вещных прав, т.е. их исчерпывающий перечень.

Характеризуя в целом Закон КНР «О вещных правах», следует отметить его структурную проработанность. Он состоит из четырех разделов, среди которых выделяются «общие положения» - I раздел, II раздел «Право

1 О вещных правах» Закон КНР от 16 марта 2007 г. № 62 // [http://www.waytochina.org/business/low/10/].

2 Там же.

3 Там же.

собственности», III раздел «Право пользования» («Узуфрукт»), IV раздел «Обеспечительное право», V раздел «Владение». Данная структура в целом присуща немецкой системе пандектного права, это позволяет говорить о том, что в основу исследуемого закона положены классические разработки цивилистов континентального права, которые неплохо прижились в социалистическом строе КНР.

Возвращаясь к отечественному законодательству, необходимо рассмотреть ряд признаков вещного права, установленных Гражданским кодексом Российской Федерации, которые следуют из анализа его норм. Так, статья 216 ГК РФ<sup>1</sup> содержит, во-первых, правило о том, что защита вещных прав осуществляется с помощью вещно-правовых исков, во-вторых, устанавливает право следования. Для отдельных объектов вещного права, в частности, недвижимого имущества, кодекс закрепляет признак открытости (т.е. права на данные вещи подлежат обязательной государственной регистрации). Однако этих общих правил недостаточно для регулирования исследуемого института, поскольку они не позволяют должным образом разграничить вещные права с обязательственными и установить для них отдельный правовой режим. Так, например, по названным выше критериям договор аренды и договор доверительного управления можно отнести к вещным правам.

Закон КНР «О вещных правах», в свою очередь, уже в общих положениях прямо устанавливает признаки непосредственного господства правообладателя над вещью, исчерпывающий перечень вещных прав, право следования, принцип открытости, равной защиты вещных прав государства, коллектива и частных лиц, а также правило, согласно которого, защита вещных прав осуществляется с помощью вещно-правовых исков. Из анализа раздела «Обеспечительное право» можно сделать вывод о том, что вещные права в КНР обладают преимущественным характером перед обязательственными.

Таким образом, закон Китая более полно раскрывает сущность и правовую природу вещных прав, нежели чем Гражданский кодекс России. Поэтому российскому законодателю следует дополнить перечень признаков вещных прав, изучив, в том числе и китайские нормативные акты. Предлагаю дополнить существующий перечень признаков вещных прав, содержащихся в Гражданском кодексе России, закрепив принцип правовой определенности их видов, непосредственное господство правообладателя над вещью, преимущественный характер вещных прав перед правами обязательственными, поскольку вещные права отражают статику имущественных отношений и должны гарантировать их стабильность.

Положительным чертой Закона Китая «О вещных правах» является установление института «владения», как самостоятельной категории. Закрепив институт владельческой защиты, китайский законодатель укрепил надежность имущественного оборота и создал эффективные юридические средства против захвата чужого имущества, чего не хватает отечественному Гражданскому кодексу.

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ (с послед. Изм.)// СЗ РФ.1994, № 32, Ст. 3301.

Останавливаясь на вопросе регламентации возникновения, изменения, прекращения вещных прав, необходимо отметить, что Закон КНР «О вещных правах» посвящает ему 2 главу I раздела, при этом целый параграф (14 статей) отводится для регулирования регистрации недвижимого имущества. В отличие от закона Китая, Гражданский кодекс РФ ограничивается закреплением оснований возникновения, изменения, прекращения для каждого отдельного вида вещных прав. Правила же регистрации прав на недвижимое имущество в России устанавливаются самостоятельным Федеральным законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»<sup>1</sup>, что позволяет наилучшим образом на практике осуществить принцип открытости вещных прав, поскольку положения нормативно-правового акта достаточно подробно регламентируют данную сферу. Однако, позитивной чертой Закона КНР «О вещных правах» следует отметить правило, которое накладывает «ответственность на регистрирующий орган, в случае его вины при неточности регистрационной записи, если в результате нанесен ущерб какому-либо лицу»<sup>2</sup>. Что является гарантией для правообладателей регистрирующих свои права. Поэтому отечественному законодателю следует обратить внимание на это правило, закрепив его в ГК РФ.

Анализируя отдельные виды вещных прав двух стран, первоначально следует рассмотреть право собственности, поскольку именно оно является своего рода «сердцевиной» вещных прав.

В отечественном законодательстве под правом собственности понимается наличие у субъекта триады правомочий: права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. В законе Китая аналогичную категорию составляют уже четыре правомочия, согласно статьи 39 Закона КНР «О вещных правах» обладатель права собственности в соответствии с законодательством имеет права владения, использования, извлечения прибыли и распоряжения принадлежащего ему движимого или недвижимого имущества. То есть, китайский законодатель дополняет триаду правомочий собственника правом извлечения прибыли. Однако, если обратиться к классике цивилистики, то приходим к выводу о том, что право пользования подразумевает как раз возможность правообладателя извлекать прибыль (выгоду), поэтому считаю указание в определении права собственности четвертого правомочия бессмысленным.

Закон КНР «О вещных правах» отличает от отечественного закона регламентация распределения вещей по субъектам. Он устанавливает специальный государственный режим для недр, водных, морских и земельных ресурсов, лесов, гор, дикой природы, спектра радиочастот, памятников культуры и т.д. При этом, исследуемый китайский нормативно-правовой акт, в большей степени, повторяет положения, закрепленные в Конституции КНР, Основных положениях гражданского права» 1986 г. Считаю, что в данном

---

1 О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: ФЗ РФ от 21 июля 1997 № 122-ФЗ (с послед. изм. от 12.12.2011) СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

2 О вещных правах» Закон КНР от 16 марта 2007 г. № 62 // [<http://www.waytochina.org/business/low/10/>].

случае законодатель неоправданно дублирует одни и те же положения в нескольких нормативных актах.

Вместе с тем, положительным моментом Закона КНР «О вещных правах» является правило о приобретении права собственности добросовестным приобретателем. Презумпция добросовестности является показателем стабильности имущественного оборота, выступая гарантией для приобретателя вещных прав. Чего нет в Гражданском кодексе России, поэтому в целях укрепления нравственных начал гражданско-правового регулирования отечественному законодателю следует ввести принцип добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права.

Позитивным, с точки зрения практики применения, является и норма китайского закона, закрепленная в главе 8 «Совместная собственность» раздела II, которая гласит: «Совместные права узупрукта и обеспечительное право двух и более организаций или физических лиц регулируются с учетом положений настоящей главы»<sup>1</sup>. Таким образом, правила, о совместной собственности законодатель распространяет и на ограниченные вещные права. В случае закрепления аналогичного правила в отечественном праве, оно позволит устранить целый ряд существующих сегодня проблем. Так, например, разрешатся спорные ситуации, в результате передачи по наследству неделимого земельного участка нескольким лицам на основании права пожизненного наследуемого владения.

Одной из острых проблем правового регулирования вещных прав в России является отсутствие полной и систематизированной классификации ограниченных вещных прав.

Гражданский кодекс Российской Федерации в статье 216 закрепляет право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, сервитуты, право оперативного управления имуществом, право хозяйственного ведения имуществом<sup>2</sup>. Кроме того, закон содержит и такие виды ограниченных вещных прав, как право пользования членом семьи собственника жилого помещения; право пользования жилым помещением на основании завещательного отказа; право пользования жилым помещением на основании договора пожизненного содержания с иждивением. При этом кодекс не выделяет какого-либо критерия для их системного регулирования, рассматривая их совместно с правом собственности либо за пределами раздела, регулирующего вещные права, что негативно сказывается на правовом статусе ограниченных вещных прав и институте вещных прав в целом.

Китайский закон «О вещных правах», в свою очередь, **предполагает более системное регулирование прав на чужие вещи**, устанавливая право узупрукта (право пользования) и обеспечительные права. Причем, раздел III «право узупрукта» составляют: право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд (**аналог эмфитевзиса**); право использования земли под строительство (**право застройки**); право использования земли в жилом

<sup>1</sup> О вещных правах Закон КНР от 16 марта 2007 г. № 62 // [http://www.waytochina.org/business/low/10/].

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 30 ноября 1994 № 51-ФЗ (с послед. Изм.)// СЗ РФ.1994, № 32, Ст. 3301,



секторе; сервитут. **К обеспечительным же правам закон относит залог и удержание.**

Анализируя права пользования, установленные в Законе КНР «О вещных правах», следует отметить достаточно полное их регулирование. Законодатель закрепляет понятия, основания приобретения и прекращения данных прав, способы их установления, сроки действия, возможность оборота полученных в пользование вещей, основные права и обязанности правообладателя, чего нет в российском законе.

Существенным образом в исследуемом законодательстве Китая и России различается правовое регулирование сервитута. Так, закон КНР «О вещных правах» устанавливает, цель данного права, которая заключается в повышении эффекта от использования собственного недвижимого имущества в результате использования недвижимого имуществом иных лиц, причем принудительного установления сервитута китайское законодательство не предусматривает. Гражданский кодекс Российской Федерации, закрепляя сервитут, предполагает его установление лишь при необходимых случаях, например, для прохода и проезда через соседний земельный участок, прокладки и эксплуатации линии электропередач, связи и трубопроводов, обеспечения водоснабжения и мелиорации и т.д., когда нужды собственника не могут быть обеспечены без соответствующего права на чужую вещь. Причем, если между собственником земельного участка и лицом, требующим установления сервитута, не достигнуто соглашение, то спор разрешается в судебном порядке. Таким образом, в исследуемых правовых порядках разнятся правовое положение и сущность «сервитута». При этом, более оптимальной следует рассматривать дефиницию, предложенную китайским законодателем в том смысле, что сервитут может устанавливаться в отношении недвижимого имущества, в то время как в Гражданском кодексе России объектом сервитута является только земельный участок.

Особый интерес представляет регулирование в китайском законе права соседства, которое закреплено в разделе II «право собственности». Наряду с принципами соседских отношений, законодатель устанавливает право прохода, обеспечение водоснабжения, что по общему правилу является видами сервитутов. Как замечает И.А. Емелькина, «разновидностью сервитута является «право соседства», устанавливаемое на недвижимое имущество, примыкающее к недвижимости другого лица»<sup>1</sup>. Таким образом, китайский законодатель, регулируя сервитут и соседское право, установил для них отличный от общепринятого в цивилистической науке правовой режим, что ведет к усложнению отношений в данной сфере и смешению правовых явлений.

Касаемо обеспечительных прав, а именно «залога», следует отметить, что право КНР, предполагает его двойственную природу. Это обусловлено регулированием залога как Законом КНР «О вещных правах» (залог - право преимущественного залогодержателя при получении компенсации из заложенного имущества при реализации обеспечительного права в случае невыполнения

---

<sup>1</sup> Емелькина И.А. Право собственности и другие вещные права. Саранск: Мордов. Ун-т, 2003. С. 44.

должником своих обязательств в установленный срок или при наступлении обстоятельств, предусмотренных договором), так и Законом КНР «О гарантиях», где залог определяется как «гарантия имуществом дебитора или поручителя обязательственного права»<sup>1</sup>. При этом, в случае их противоречия приоритет отдается закону «О вещных правах». Установление данного приоритета является позитивной чертой китайского гражданского права, поскольку он отражает один из основных принципов вещного права – его преимущественный характер.

В России же сегодня до сих пор не разрешена проблема залога. Теория права говорит о его двойственной природе, законодатель относит залог в сферу регулирования обязательственного права, что противоречит его сущности. Поэтому отечественному законодателю следует решить проблему законодательной конструкции залога, учитывая при этом его вещно-правовую и обязательственно-правовую природу.

В настоящее время в России в соответствии с Указом Президента РФ № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» от 18 июля 2008 г. разработаны Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации и проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, которые предполагают расширение перечня ограниченных вещных прав. Разработчики законопроекта предлагают в дополнение к уже существующим правам на чужие вещи ввести право постоянного землевладения (эмфитевзис), право застройки (суфферфиций), право личного пользования (узуфрукт), ипотеку, право приобретения чужой недвижимой вещи, право вещной выдачи, право ограниченного владения земельным участком, исключив при этом право хозяйственного ведения. Введение грядущих изменений представляется необходимым, поскольку существующие сегодня виды вещных прав не могут обеспечить стабильный имущественный оборот. К примеру, оборот земельных участков осуществляется в основном с помощью права собственности, права пожизненного наследуемого владения, права постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, либо аренды, которая носит обязательственный характер. В связи с этим, законодательная практика КНР, регламентирующая некоторые из предлагаемых видов ограниченных вещных прав, полезна отечественным правоведам.

Подводя итог, проведенному исследованию необходимо сделать следующие выводы.

Законодательство России и Китая, при всех различиях и особенностях правовых систем, имеют схожее регулирование вещных прав, поскольку долгое время китайский законодатель ориентировался на право СССР и России. Однако, будучи более поздним по времени принятия, Закон КНР «О вещных правах» все-таки имеет ряд преимуществ перед Гражданским кодексом России. В частности, его отличает системное регулирование института вещных прав, наилучшим образом разработанная классификация прав на чужие вещи,

---

<sup>1</sup> О гарантиях закон КНР от 30 июня 1995 г. № 50 // [http://asia-business.ru/law/law2/insurance/guarantee/].

законодательное закрепление института владения. И хотя разработанный проект изменений Гражданского кодекса России учитывает некоторые недостатки действующего законодательства, изучение практики применения вещного права зарубежных стран необходимо, поскольку может помочь избежать отдельных правовых проблем.

## К вопросу о понятии корпорации и корпоративных отношений

Попков Марк Сергеевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сорокина Светлана Яковлевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Понятие корпорации как вида юридического лица в настоящее время является актуальной темой современной цивилистики.

Динамичное развитие современной цивилистической доктрины привело к включению в юридический обиход множества терминов, связанных с новым явлением, таким как корпорация.

Действующее гражданское законодательство не выделяет корпорации в качестве самостоятельной группы юридических лиц, в связи с чем возникают трудности при установлении круга юридических лиц, которые по своей природе являются корпорациями.

Для лучшего понимания вопроса корпоративного правоотношения первоначально необходимо уяснить, что такое корпорация и каковы истоки ее формирования. Существует множество точек зрения по вопросу зарождения первых корпораций и их развития. Одним из представителей теории зарождения данного термина в Древнем Риме является Н.С. Суворов.

В своей работе он указывает, что в Римском праве уже существовало понятие юридического лица и понятие корпорация в проявлении «*corpus*». Оно выступает некой абстрактной формой, в которой ни имущество, ни право требования не принадлежит участникам данного образования, а являющееся неким образом данного коллектива, единым целым всех участников, но являющееся в тоже время отдельным элементом их функционирования. Данное понятие означало у римлян объединение, сообщество, союз людей. Причем такие объединения первоначально являлись публичными образованиями, выполнявшими публичные цели. Позднее в правовой лексикон вошло словосочетание "*corpus habere*", обозначающее право юридической личности, которое частично стало признаваться за частными союзами в Римской империи в императорский период.<sup>1</sup>

На наш взгляд, первоначально ассоциации (объединения), состоящие из изолированных индивидов не отличались высокой степенью сотрудничества, и, тем не менее, корпорацию уже можно было отделить от простой совокупности нескольких лиц.

Вместе с тем имеются и иные подходы к значению термина "корпорация". Например, К.П. Победоносцев писал, что римскому «*universitas*» придавалась идеальная или юридическая личность, которая и считалась субъектом прав и

---

<sup>1</sup> Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. - М.: Статут, 2000г. - с. 20-25

обязанностей, независимо от физических лиц, составлявших корпорацию, так что и деятельность ее управлялась не коллективной волею членов, но установленным органом управления, и имущество ее никто не мог считать своим ни в какой доле.<sup>1</sup>

Существует также точка зрения, что понятие корпорации появилось не во времена Римской империи, а восходит оно к средневековой Западной Европе, где под влиянием развития торговых связей между различными государствами сформировался вид деятельности, главным образом, представляющий собой торговые гильдии, объединяющие ассоциации купцов, стремящихся к продвижению своего товара в чужие страны.<sup>2</sup>

Понятие корпорации в настоящее время в России трактуется весьма неоднозначно. Так, среди юристов существует ряд точек зрения, согласно одной из которых к корпорациям относят все коммерческие организации, основанные на членстве; согласно другой, лишь хозяйственные общества и товарищества; согласно третьей, только акционерные общества; согласно четвертой, хозяйствующие субъекты, образованные несколькими юридическими лицами, правда, не исключая участия физических лиц.<sup>3</sup>

В литературе понимают данный термин в узком и широком смысле этого слова. В широком понимании - корпорация рассматривается как юридическое лицо, организованное на началах членства (строго фиксированного участия) его учредителей, каждый из которых имеет по отношению к юридическому лицу определенные права и обязанности и может, так или иначе, участвовать в управлении его имуществом и деятельностью.<sup>4</sup>

Также по мнению Т.В. Кашаниной, корпорация – это коллективное образование, организация, признанная юридическим лицом, основанная на объединенных капиталах (добровольных взносах) и осуществляющая какую-либо социально полезную деятельность.<sup>5</sup>

В узком смысле под корпорацией понимается хозяйственное общество, являющееся объединением лиц и капиталов для предпринимательских целей, участники которого организованы на принципах членства и несут ограниченную ответственность своим имуществом по обязательствам всего объединения.<sup>6</sup>

С позиции российского законодательства, имеющего континентальные корни, корпорация - это организация, построенная на началах членства (участия), участники которой имеют определенные права в отношении ее имущества.<sup>7</sup> В настоящее время правовые конструкции юридических лиц, которые могут быть признаны корпорациями, ушли далеко вперед от первоначальных правовых форм организации предпринимательской деятельности. Структура органов корпорации, их правовой статус,

---

1 Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): Учебник для вузов/Кашанина Т.В.- М.:,1999г., с. 85

2 Корпоративное право Учебник/Кашанина Т.В. - М.:, 1999г., с. 89

3 Корпоративное право: Курс лекций/Кирилловых А.А.М.: Юстицинформ, 2009 . //СПС Консультант Плюс

4 Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории. М.:, 2003. с. 97.

5 Корпоративное право: Учебник/Кашанина Т.В. - М.:, 1999г., с. 86

6 Корпорации в гражданском праве Российской Федерации :учебник/ А.А. Кулик // СПС Консультант Плюс 2012.

7 Корпоративное право:Учебник /Кашанина Т.В. - М.:, 1999г., с. 86

взаимодействие внутри корпорации, а также во внешних отношениях, заставляют учитывать эти особенности.<sup>1</sup>

В каждой корпорации существуют различные внутрикорпоративные отношения, которые отражают протекающие процессы внутри самого образования.

Данные отношения определяют в литературе как урегулированное нормами гражданского права единое, сложное внутриорганизационное общественное отношение имущественного характера, возникающее между юридическими лицами, основанными на началах участия (членства), - корпорациями и их участниками (членами) в момент приобретения последними прав участия (членства), опосредующих процесс их участия в деятельности корпорации. Поскольку данные относительные правоотношения возникают, изменяются и прекращаются в рамках корпорации и связаны с деятельностью последней, они характеризуются постоянством одного из субъектов, которым является корпорация. Данное обстоятельство определяет особую роль корпорации в существовании правоотношений участия (членства). Корпорация выступает не только и не столько в качестве одного из субъектов указанных правоотношений. Создание корпорации является неотъемлемым условием существования таких правоотношений. Поскольку без корпорации существование правоотношений участия (членства) становится невозможным, их можно именовать собственно корпоративными правоотношениями, или корпоративными правоотношениями в узком смысле этого слова.<sup>2</sup>

Как и любые другие, корпоративные правоотношения - это общественные отношения, урегулированные нормами права и состоящие во взаимной связи субъективных прав и обязанностей их участников.

Содержание корпоративных отношений составляет взаимодействие их субъектов. На наш взгляд, субъектный состав следует определять более широко. А именно, отношения могут возникать между юридическим лицом и юридическим лицом, отношения внутри корпорации могут быть построены между участником корпорации и самой корпорацией, так же можно выделить, что отношения могут быть построены между участником корпорации и участником, о чем будет сказано дальше. Субъекты корпоративных отношений - это одновременно субъекты корпоративного права, реализующие предоставленные им корпоративными нормами права и обязанности через конкретные правоотношения.

Соответственно, субъекты корпоративных правоотношений должны обладать правосубъектностью, которая означает способность определенного лица выступать в качестве субъекта корпоративного права РФ и участника корпоративных правоотношений. Сочетание триады правосубъектности (правоспособности, дееспособности и деликтоспособности) позволяет признать лицо, обладающее ими, субъектом корпоративного права.

Корпоративные правоотношения имеют закрытый характер, так как возникают только между участниками конкретной организации, и строятся на

---

1 Кулик А.А. Корпорации в гражданском праве Российской Федерации // СПС Консультант Плюс 2012

2 Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных // СПС Консультант Плюс 2012

основе членства. Например, участники имеют возможность влиять на формирование воли юридического лица, созданного ими, и одновременно воли своего контрагента, что нетипично для гражданско-правовых отношений в целом и определяет специфику отношений членства.<sup>1</sup>

Сегодня нет единой позиции относительно того, что понимать под корпоративными отношениями между участниками. На этот счет существует несколько точек зрения.

Сложившиеся в науке гражданского права точки зрения относительно существа и специфики внутренних корпоративных отношений можно свести к следующим основным позициям.

Корпоративные отношения как особые имущественные отношения. Данную точку зрения последовательно отстаивает, в частности, Е.А. Суханов, который проводит дифференциацию всех имущественных отношений, входящих в предмет гражданско-правового регулирования, на отношения, связанные с принадлежностью имущества определенным лицам (вещные правоотношения); отношения, связанные с управлением этим имуществом (корпоративные или членские правоотношения); отношения, опосредствующие переход имущества от одних лиц к другим (обязательственные правоотношения).<sup>2</sup>

Н.В. Козлова придерживается мнения, что корпоративные правоотношения слагаются из совокупности имущественных и неимущественных отношений. Субъекты корпоративного правоотношения права по формированию уставного капитала. А так же, любой участник хозяйственного общества или товарищества вправе принимать участие в распределении прибыли (п. 1 ст. 67 ГК РФ).<sup>3</sup>

Корпоративные правоотношения как обязательства. Такую точку зрения отстаивает, в частности, Д.В. Мурзин, по мнению которого, корпоративные (или управленческие) правомочия акционера предстают как имущественные обязательственные отношения по совокупности нескольких признаков: 1) возможность их денежной оценки; 2) оборотоспособность, возможность свободного отчуждения, обращения права на управление акционерным обществом; 3) возможность принудительного исполнения права на управление корпорацией.<sup>4</sup>

Корпоративные правоотношения - это особые, сложные по структуре правоотношения, сочетающие в себе имущественные и неимущественные правомочия их участников. Подобного мнения придерживаются, в частности, В.С. Ем и Н.В. Козлова. Как полагают авторы, корпоративное правоотношение есть "сложное структурное образование", в качестве элементов которого выступают: а) юридические связи между корпорацией и отдельными его участниками; б) юридические связи между участниками корпорации, причем в

---

1 Корпоративное право: Курс лекций/Кирилловых А.А. - М.: Юстицинформ, 2009. // СПС Консультант Плюс

2 Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. с. 29 – 30

3 Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории. М., 2003. с. 99

4 Мурзин Д.В. Ценные бумаги как юридические конструкции гражданского права: Автореф. дис...к.ю.н. Екатеринбург, 2001. С. 13

данных связях участники корпоративного правоотношения являются носителями как имущественных, так и неимущественных прав.<sup>1</sup>

Корпоративные отношения как неимущественные отношения. Ф.О. Богатырев считает, что права членства в кооперативных и общественных организациях относятся к личным неимущественным, потому что являются неотчуждаемыми, их нельзя отделить от члена такой организации, которому они принадлежат, пока он является членом этой корпорации.<sup>2</sup>

Е.Н. Гендзехадзе утверждала, что членское правоотношение, существующее в рамках жилищно-строительного кооператива (ЖСК), связанное с управлением его собственностью, является личным неимущественным. Но ведь личные неимущественные права по своей природе таковы, что не могут отчуждаться от личности, а членские права утрачиваются их обладателем при выходе из кооперативной организации, о чем писал С.Н. Братусь. Е.Н. Гендзехадзе также говорила о допустимости правопреемства в организационных правах и обязанностях. Следовательно, нельзя говорить, что членские права неразрывно связаны с личностью их обладателя.<sup>3</sup>

О.А. Красавчиков выделяет корпоративные отношения как организационные. Он считает, что они являются служебными по отношению к основным имущественным отношениям и имеют специфическую функцию - упорядочение имущественных отношений. Организационные отношения рассматриваются, как отношения, построенные на началах координации и субординации социальной связи, направленные на упорядочение иных общественных отношений, действий участников, либо на формирование социальных образований (в том числе субъектов права).

В своей работе О.А. Красавчиков выделяет несколько видов организационных отношений такие, как организационно-делегирующие отношения (избрание руководителя организации), организационно - предпосылочные (отношения, связанные с процессом заключения договора), организационно-контрольные (отношения по контролю одной стороны договора над другой), организационно-информационные (отношения по информированию одной стороны договора другой стороной о существенных обстоятельствах).<sup>4</sup>

На наш взгляд, данные отношения возможно применить к корпоративным в связи с тем, что они направлены на регулирование и упорядочивание отношений протекающих в корпорации. Они раскрывают основу организационных отношений.

Следовательно, проблема корпоративных правоотношений приобретает для исследователей особый интерес. Нет единого мнения относительно понимания вопроса природы корпоративных отношений. А всё это вызвано тем, что законодатель не достаточно определенно урегулировал их в Гражданском законодательстве, без учета их особенностей. Но даже включение подробных

1 Гражданское право России - частное право / Отв. ред. В.С. Ем. М., 2008; Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. М., 2003// СПС Консультант Плюс.- 2012

2 Богатырев Ф.О. Состав относительных неимущественных гражданских отношений //Журнал российского права. 2002. N 11. С. 92 - 94.

3 Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Юридическая литература, 1963. С. 74; Гендзехадзе Е.Н. Указ. соч. С. 57

4 Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2005. С. 43- 54.



положений в Гражданский кодекс, возможно, даст начало новым дискуссиям. На данном этапе, думается, наиболее целесообразным будет включение корпоративных правоотношений в гражданское законодательство в качестве организационных правоотношений.

На сегодняшний день в Проекте Федерального закона « О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» в ст. 2 «Отношения, регулируемые гражданским законодательством», содержится упоминание о корпоративных отношениях. Так же ст. 65<sup>1</sup> и 65<sup>2</sup> регламентируют права и обязанности участников (членов) корпорации, управление в корпорации и другое. Таким образом, в грядущем Гражданском кодексе будет более чётко урегулирован вопрос о корпорациях и корпоративных отношениях.

## Способы правового регулирования поведения родителей как основа защиты прав ребенка

Руднева Елена Викторовна,  
студентка 5 курс Старооскольский филиал  
Воронежского государственного университета

Научный руководитель:  
Пауль Алексей Георгиевич,  
к.ю.н., доцент кафедры правовых дисциплин  
Старооскольский филиал  
Воронежского государственного университета

Защита прав детей является приоритетной задачей современного российского государства. Не случайно забота о детях, их воспитание - как равное право и обязанность родителей является одним из основополагающих принципов становления демократического общества, закрепленных в Конституции Российской Федерации<sup>1</sup>. Являясь участником международных отношений наше государство обязано соблюдать положения международных договоров и соглашений, в том числе определяющих меры защиты прав и интересов несовершеннолетних.

Организация Объединенных Наций (далее – ООН), членом которой является Россия — это международная организация, созданная для поддержания и укрепления международного мира и безопасности, развития сотрудничества между государствами. Первым актом ООН, касающимся прав детей, стала принятая Генеральной Ассамблеей в 1959 году Декларация прав ребенка<sup>2</sup>, в которой были сформулированы десять принципов, определяющих действия всех, кто отвечает за осуществление всей полноты прав детей, и которая имела целью обеспечить им «счастливое детство». Декларация провозгласила, что «человечество обязано давать ребенку лучшее, что оно имеет», гарантировать детям пользование всеми правами и свободами на их благо и благо общества. 20 ноября 1989 года Конвенция ООН о правах ребенка<sup>3</sup> в статье третьей закрепила, что «во всех действиях в отношении детей независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка. Государства - участники обязуются обеспечить ребенку такую защиту и заботу, которые необходимы для его благополучия, принимая во внимание права и обязанности его родителей, опекунов или других лиц, несущих за него ответственность по

1 См.: ст. 38 Конституции Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) // СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

2 Декларация прав ребенка: принята 20.11.1959 Резолюцией 1386 (XIV) на 841-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Международная защита прав и свобод человека. Сборник документов. М.: Юридическая литература, 1990. С. 385 - 388.

3 Конвенция о правах ребенка: принята 20.11.1989 Резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 7 ноября 1990 г. N 45. Ст. 955.

закону, и с этой целью принимают все соответствующие законодательные и административные меры».

В Российской Федерации право на воспитание детей является важнейшим среди родительских прав. Воспитание представляет собой длительный процесс воздействия на детей.

Воспитание есть определенное, целеустремленное и систематическое воздействие на психологию воспитуемого, чтобы привить ему качества, желательные воспитателю<sup>1</sup>.

Родители вправе применять определенные меры принуждения к своим детям, чтобы добиться от них желаемого поведения, но при этом не должно применяться физическое и психическое насилие в отношении ребенка. Воспитание ребенка является не только правом, но и обязанностью родителей. Последние несут ответственность за воспитание и развитие своих детей. Родители обязаны осуществлять материальное обеспечение детей всем необходимым для их жизнедеятельности и развития, обязаны обеспечить получение детьми образования. Статья 14 Конвенции ООН о правах ребенка устанавливает что, все государства – участники (в числе которых находится и Российская Федерация) уважают права и обязанности родителей, и в соответствующих случаях законных опекунов, руководить ребенком в осуществлении его права методом, согласующимся с развивающимися способностями ребенка.

Наличие обязанности по воспитанию ребенка предполагает наступление определенной ответственности за ее не выполнение. Статья 19 Конвенции ООН о правах ребенка утверждает, что государства - участники принимают все необходимые законодательные, административные, социальные и просветительные меры с целью защиты ребенка от всех форм физического или психологического насилия, оскорбления или злоупотребления, отсутствия заботы или небрежного обращения, грубого обращения или эксплуатации, включая сексуальное злоупотребление, со стороны родителей, законных опекунов или любого другого лица, заботящегося о ребенке. Так, Семейным кодексом Российской Федерации<sup>2</sup> (далее – СК РФ) установлены меры ответственности за ненадлежащее исполнение родительских прав и обязанностей: ограничение родительских прав, лишение родительских прав, отобрание ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью.

Лишение родительских прав как мера ответственности служит не только целям защиты детей, но и выполняет карательную функцию в отношении родителей. Поэтому эта мера применяется, если родитель действовал виновно. Виновным может признаваться как действие, так и бездействие родителя. Примером виновного действия, влекущего за собой лишение родительских прав, в форме психического насилия над ребенком, может быть его принуждение к участию в религиозной секте; физическое насилие может проявляться непосредственно в причинении здоровью ребенка вреда, путем нанесения побоев. Виновным бездействием является уклонение родителей от

1 Калинин М.И. О коммунистическом воспитании // О воспитании и обучении. Избранные статьи и речи. М., 1957. С. 86

2 Семейный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (в ред. ФЗ от 30.11.2011 № 363-ФЗ // СЗ РФ. 1996. №1. Ст. 16.

выполнения своих обязанностей. Чаще всего это выражается в том, что родители не уделяют должного внимания воспитанию ребенка, не обеспечивают его необходимыми продуктами питания, одеждой, спальным местом, не способствуют в получении ребенком образования, специализированной медицинской помощи в случаях наступления у последнего проблем со здоровьем<sup>1</sup>.

Обычно лишению родительских прав предшествует обсуждения поведения родителей в комиссии по делам несовершеннолетних, в отделах по опеке и попечительству, производится определенная работа с участковыми уполномоченными органов внутренних дел. Если общественное воздействие не дало положительных результатов, и родитель не меняет линию своего поведения, то лишение родительских прав становится неизбежным. Лишение родительских прав производится в судебном порядке. Принятие судом такого решения лишает родителя всех прав основанных на факте родстве с ребенком, в том числе права на получение от него содержания, а также права на льготы и государственные пособия, установленные для граждан имеющих детей (см.: ст. 71 СК РФ). В этом случае ребенок передается на воспитание другому родителю, при отсутствии такой возможности решение о дальнейшей судьбе ребенка (определение его в учреждения, для детей оставшихся без попечения родителей) принимается органом опеки и попечительства (см.: ст. 71 СК РФ).

Граждане лишенные родительских прав нередко по прошествии времени решают восстановить свое право воспитывать ребенка, и обращаются в суд с иском о восстановлении их в родительских правах. Условиями такого восстановления являются: существенное изменение поведения гражданина, его образа жизни и отношения к воспитанию ребенка в лучшую сторону, не противоречие такого восстановления интересам ребенка, учет мнения ребенка. В случае отказа ребенка достигшего возраста 10 лет в возвращении к родителю, восстановление последнего в родительских правах невозможно (см.: ст. 72 СК РФ).

Помимо лишения родительских прав семейное законодательство Российской Федерации предусматривает возможность ограничения родительских прав, которое представляет собой отобрание ребенка у родителей без лишения их родительских прав. Ограничение родительских прав допускается, если оставление ребенка с родителями опасно для здоровья ребенка, по обстоятельствам от родителей не зависящим, например, при стечении тяжелых обстоятельств, наличии у них хронических заболеваний (см.: ст. 73 СК РФ). В отличие от лишения родительских прав, при ограничении допускается личное общение с ребенком, если при этом на последнего не оказывается дурного влияния. Контакты с ребенком допускаются с согласия органа опеки и попечительства либо с согласия опекуна (попечителя) ребенка, либо администрации учреждения, где находится ребенок. Ограничение родительских прав, созвучно лишению, не освобождает родителей от

---

<sup>1</sup> Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. М.: Юристъ, 1996. С. 228-229.

обязанности по содержанию ребенка, право на льготы и государственные пособия, гражданам, имеющим детей, утрачивается (см.: ст. 74 СК РФ).

Ограничение родительских прав происходит в порядке гражданского судопроизводства.

Устранение причин, послуживших основанием для отобрания ребенка, является условием отмены ограничения, которое происходит также в судебном порядке по иску родителя ограниченного в правах. Представляется, что подача родителями такого искового заявления должна быть подкреплена твердым убеждением родителей в том, что отпали все основания, послужившие причиной принятия судом решения об ограничении их родительских прав. Все доводы родителей должны быть подтверждены в судебном заседании соответствующими доказательствами, и, прежде всего, мнением самого ребенка и заключением органа опеки и попечительства по существу заявленных требований. Если же приводимые родителями доводы не найдут своего подтверждения в судебном заседании, то суд вправе отказать в удовлетворении иска и в восстановлении прав<sup>1</sup>.

Принятие судом решения об ограничении родительских прав или о лишении требует достаточно большого времени. Поэтому семейное законодательство предусматривает возможность немедленного отобрания ребенка у родителей в случае возникновения серьезной и реальной опасности жизни или здоровьем ребенка. Данное действие осуществляется органом опеки и попечительства на основании акта органа исполнительной власти субъекта РФ, о чем незамедлительно сообщается прокурору. На орган опеки и попечительства возлагается обязанность обеспечить временное устройство ребенка. В течение 7 дней с момента отобрания ребенка орган опеки и попечительства обязан обратиться в суд с иском либо об ограничении, либо о лишении родительских прав (см.: ст. 77 СК РФ). Статья 20 Конвенции ООН о правах ребенка также указывает на то, что ребенок, который временно или постоянно лишен своего семейного окружения или который в его собственных наилучших интересах не может оставаться в таком окружении, имеет право на особую защиту и помощь, предоставляемые государством. Государства - участники в соответствии со своими национальными законами обеспечивают замену ухода за таким ребенком. Такой уход может включать, в частности, помещение в соответствующие учреждения по уходу за детьми.

Семья, как важнейший социальный институт современного общества находятся под защитой и охраной не только государства, но и международного сообщества. Одним из главных предназначений семьи является создание условий для нормального развития и надлежащего воспитания детей. Каждый ребенок имеет право жить и воспитываться в семье насколько это возможно, имеет право на заботу своих родителей, имеет право проживать совместно с ними, за исключением случаев когда это противоречит его интересам. Наличие в семейном законодательстве такого значительного количества санкций за ненадлежащее исполнение родителями своих обязанностей, указывает на

---

<sup>1</sup> Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. М.: Юристъ, 1996. С. 228-229.

заинтересованность общества и государства в совершенствовании средств защиты несовершеннолетних и соблюдении международных принципов защиты детей.

## Юридическая природа реституции

Рыжова Екатерина Юрьевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Богданов Вячеслав Петрович,  
**к.ю.н., доцент кафедры гражданского права**  
Сибирский Федеральный Университет  
Юридического института СФУ

В науке гражданского права проблемным является вопрос: является ли реституция самостоятельным способом защиты или же это часть другого способа защиты права, такого как виндикация или кондикция. Данный вопрос поднимали и рассматривали многие ученые<sup>1</sup>, однако единого мнения по данному вопросу до сих пор нет.

Мнения ученых, изучающих данную проблему, можно условно разделить на три основные позиции.

Одни авторы считают, что реституция является разновидностью требований из неосновательного обогащения, т.е. кондикции<sup>2</sup>. Так, например, Ф.С. Хейфец говорил: "...правовым основанием изъятия имущества при признании сделки недействительной, независимо от юридической характеристики переданного имущества (индивидуально-определенные вещи или вещи, определенные родовыми признаками), является неосновательное приобретение или сбережение имущества"<sup>3</sup>.

Сторонники второй позиции полагают, что реституция является разновидностью либо виндикационного иска (если истребуется индивидуально – определенная вещь) либо кондикционного иска (если истребуются родовые вещи или компенсируется стоимость неполученного в деньгах)<sup>4</sup>.

Так, Д.О. Тузов утверждает, что реституция представляет собой родовое, собирательное понятие, не является каким-то самостоятельным, особым средством защиты, отличным от других гражданско-правовых охранительных мер и рассчитанным специально и исключительно на случай недействительности сделок. Юридический факт, устанавливающий право на реституцию, - лишь частный случай виндикации или кондикции, ибо все три

1 См. например: Сеницын С.А.. Виндикация, реституция и кондикция: проблемы соотношения // Законодательство. 2003. № 8. С. 18-27; Потапенко С.В., Зарубин А.В. Признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности в виде реституции как способа защиты гражданских прав // Нотариус. 2010. № 3. С. 14-15; Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1995. С. 115; Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л.: Изд-во ЛГУ, 1960. С. 116.; Ровный В.В. Эвикция: проблемы конкуренции исков и права собственности // ИВУЗ. Правоведение. 2000. № 5. С. 127-130. и др.

2 См. например: Кархалев Д.Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 105; Соломина Н.Г. К вопросу о соотношении требования о возврате неосновательного обогащения с требованием о возврате исполненного по недействительной сделке // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 2. С. 7- 10; Шахматов В.П. составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Т.: Изд-во Том. ун-та, 1967. С. 247; Востенкова Л.Г. Сделки и защита вещного права // Бухучет. 2001. № 17. С. 65.

3 Цит. по: Гутников А.В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. М.: Бератор-Пресс, 2003. С. 228.

4 Рабинович Н.В. Указ. соч. С. 114 - 117, Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 115; Тузов Д.О. Реституция в гражданском праве: Автореф. дис...канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 12; Краснова С.А. Защита права собственности и иных вещных прав посредством восстановления владения: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Томск, 2007. С. 18. и др.

сравниваемых правоотношения возникают из неосновательного перемещения материальных благ. Истребование имущества из чужого незаконного владения, независимо от того, как владение возникло, - это виндикация<sup>1</sup>.

Третьи авторы придерживаются позиции, согласно которой реституция является самостоятельным способом защиты<sup>2</sup>.

Так, например, Д.В. Лоренц отстаивая эту точку зрения, приводит следующие аргументы: реституция индивидуально-определенной вещи обладает самостоятельной юридической природой, поскольку существует возможность трансформации натуральной реституции в денежную реституцию, реституция является синаллагматичной (истец, инициируя притязание, автоматически становится обязанным вернуть полученное им от контрагента) и обладает посессорным характером (участник сделки не обязан доказывать свой титул на переданную вещь)<sup>3</sup>.

Некоторые авторы<sup>4</sup>, которые считают реституционное требование самостоятельным способом защиты, однако не отрицают возможности применения норм из кондикции. А.В. Климович, например, отводит кондикции роль способа защиты при недостатке или ухудшении возвращенного имущества; для возмещения разницы изменившейся цены вещи; при возмещении доходов, которое лицо извлекло или должно было извлечь, владея имуществом по недействительной сделке, а также при начислении процентов за пользование чужими средствами, если предметом возврата является денежная сумма<sup>5</sup>.

Позиция законодателя по этому вопросу отражается в ст. 12 ГК РФ, в которой указано, что применение последствий недействительной сделки, является самостоятельным способом защиты права. Эту позицию подтверждает судебная практика, в которой встречаются решения, где говорится о самостоятельности реституции, как способа защиты гражданских прав<sup>6</sup>.

Можно выделить следующие черты реституции, отличающие ее от виндикации и кондикции.

1. Реституция как средство защиты права имеет обязательственный характер, так как является последствием недействительности сделки, реституция возможна и при утрате вещи, она просто перерастает в требование о денежной компенсации, тогда как виндикация имеет вещный, абсолютный характер. Позицию об обязательственном характере реституции можно встретить в судебных решениях. Так например, в постановлении от 13 апреля 2011 г. по делу N А11-6103/2010 Первого Арбитражного Апелляционного Суда говорится: «Поскольку сторона, получившая исполнение по недействительной

1 Тузов Д.О. Там же. С. 12.

2 Смирнова А. М. Соотношение обязательственных требований в российском гражданском праве // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. Вып.7. М.: Норма, 2003. С. 185 - 208; Лоренц Д.В. Виндикация: юридическая природа и проблемы реализации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С. 9; Скловский К.И. Некоторые проблемы реституции // Вестник ВАС РФ. 2002. № 8. С. 116; и др.

3 Лоренц Д.В. Указ соч. С. 9.

4 См. например: Матвеев И.В. Правовая природа недействительных сделок: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 45; Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 192-195; Новоселова Л.А. Неосновательное обогащение // Журнал для акционеров. 2000. № 3. С. 24. и др.

5 Климович А.В. Кондикционные обязательства в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2002. 246 с.

6 См.: Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 1; Постановление ФАС Центрального округа от 3 февраля 2011 г. по делу N А09-345/2009 // доступ из СПС Консультант Плюс.



сделке, обязана произвести в пользу другой стороны определенные действия - возвратить полученное, эти правоотношения являются обязательственными»<sup>1</sup>.

2. В отличие от виндикации при реституции имущество участнику сделки возвращается в связи с признанием сделки недействительной, а не потому, что он является собственником этого имущества. Это означает, что при реституции участник сделки не обязан доказывать свое право на переданную вещь (он может его и не иметь), тогда как при виндикации право собственности на спорную вещь является обязательным условием.

Это подтверждается и судебной практикой. Так, по одному из дел одна сторона - истец заявила требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки, признанной судом. Другая сторона - ответчик эти требования отклоняла, ссылаясь на то что требование о возврате в натуре имущества, переданного по ничтожной сделке, является виндикационным, и в соответствии со статьями 301 и 305 ГК РФ истец должен был доказать наличие у него права на спорное имущество. Суд возражения ответчика не принял, обосновав это тем, что вступившим в законную силу решением арбитражного суда по другому делу договор аренды, по которому передавалось спорное имущество, признан недействительным. По смыслу пункта 2 статьи 167 ГК РФ для возврата полученного по недействительной сделке не подлежат исследованию основания возникновения прав сторон на переданное по сделке имущество. Стороны должны доказать только факт передачи имущества во исполнение недействительной сделки<sup>2</sup>.

3. Виндикационный иск может быть предъявлен собственником имущества против любого лица, незаконно владеющим его имуществом (ст. 301 ГК), тогда как требование о применении реституции предъявляется всегда против конкретного лица, стороны сделки.

4. Реституция в отличие от виндикации и кондикции применяется и в тех случаях, когда имела место воля лица на передачу имущества. Виндикация же применяется, если имущество выбыло из владения собственника помимо его воли (ч.1 ст. 302 ГК РФ).

5. Реституция является взаимным обязательством, т.е. если лицо требует вернуть свое имущество, то у него возникает обязанность вернуть полученное им от сделки контрагенту или в доход государства (п. 2 ст. 167 ГК РФ). При кондикции (ч. 1 ст. 1102 ГК РФ) и виндикации (п. 1-2 ст. 302 ГК РФ) истец обладает только правом, а ответчик обязанностью.

6. Предметом реституции может быть любое имущество, как индивидуально-определенные вещи, так и вещи определенные родовыми признаками, тогда как при виндикации имеет место только индивидуально-определенная вещь, а при кондикции вещи, определенные родовыми признаками.

7. Еще одним основанием разграничения реституции и виндикации является то, что при реституции в случае невозможности возвратить

---

<sup>1</sup> Постановление Первого Арбитражного Апелляционного Суда от 13 апреля 2011 г. по делу N А11-6103/2010 // доступ из СПС Консультант Плюс.

<sup>2</sup> Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 1.

полученное в натуре стороны принуждаются к возмещению его стоимости в деньгах (ч. 2 ст. 167 ГК РФ). Виндикация же ничего подобного не предусматривает. В ст. 303 ГК РФ говорится лишь о том, что при истребовании имущества из чужого незаконного владения собственник вправе также потребовать от лица, которое знало или должно было знать, что его владение незаконно (недобросовестный владелец), возврата или возмещения всех доходов, которые это лицо извлекло или должно было извлечь за все время владения; от добросовестного владельца возврата или возмещения всех доходов, которые он извлек или должен был извлечь со времени, когда он узнал или должен был узнать о неправомерности владения или получил повестку по иску собственника о возврате имущества. Объект виндикации - всегда индивидуально-определенная вещь, сохранившаяся в натуре. Поскольку содержание виндикации составляет требование о восстановлении владения вещью, а не о замене ее другой вещью того же рода и качества, виндикационный иск нельзя предъявлять относительно вещей, определенных только родовыми признаками, либо не сохранившихся в натуре. Если индивидуально-определенная вещь погибла (или родовая вещь смешана с другими вещами того же рода), то цель виндикационного иска не может быть достигнута. При отсутствии предмета виндикации можно предъявить лишь обязательно-правовое требование о возмещении убытков.

Следует согласиться с мнением С.В. Потапенко и А.В. Зарубенко, которые считают, что существование реституционного иска отдельно от виндикационного и кондикционного внушает беспокойство преимущественно ученым и не мешает правоприменительной практике. На практике конкуренция исков не ощущается<sup>1</sup>. Тем более судебная практика четко отграничивает случаи применения реституционного и виндикационного исков. Так, согласно п. 34 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда (далее ВАС) РФ И Верховного Суда РФ от 29 апреля 2010 года № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»: спор о возврате имущества, вытекающий из договорных отношений или отношений, связанных с применением последствий недействительности сделки, подлежит разрешению в соответствии с законодательством, регулирующим данные отношения. В случаях, когда между лицами отсутствуют договорные отношения или отношения, связанные с последствиями недействительности сделки, спор о возврате имущества собственнику подлежит разрешению по правилам статей 301, 302 ГК РФ<sup>2</sup>. То есть если спор возникает из отношений, связанных с недействительностью сделки, то и требование должно быть реституционным, а не виндикационным.

Так же можно обратиться к информационному письму Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного

---

<sup>1</sup> Потапенко С.В., Зарубин А.В. Указ. соч. С. 14.

<sup>2</sup> О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: Пост. Пленума ВАС РФ И Пленума ВС РФ от 29 апреля 2010 года № 10/22 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 6.

владения» в п. 1 которого прописано, что если лицо, передавшее имущество во исполнение недействительной сделки, обратится с требованием о его возврате из чужого незаконного владения другой стороны сделки на основании статьи 301 Гражданского кодекса Российской Федерации, суд отказывает в удовлетворении иска<sup>1</sup>.

Можно также отметить, что есть случаи, когда решение какого-нибудь дела возможно только с помощью реституции. Это касается признания недействительной сделки ничтожной, когда требование о применении реституции заявляет сторона не обязательственного правоотношения, а другое заинтересованное лицо<sup>2</sup>. Поэтому если законодатель откажется от реституции и оставит только виндикацию и кондикцию, то интересы этих лиц не смогут быть защищенными.

Таковы основные различия реституции, виндикации и кондикции, по нашему мнению. На основании вышеизложенного считаем, что применение последствий недействительности сделки в виде реституции является самостоятельным способом защиты гражданских прав.

---

<sup>1</sup> Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 1.

<sup>2</sup> См.: Постановление Девятнадцатого Арбитражного Апелляционного Суда от 31 января 2012 г. по делу N А64-6591/2011 // доступ из СПС Консультант Плюс.

## Понятие доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью

Тарасова Валентина Юрьевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Качур Нина Федоровна, к.ю.н.,  
доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

В связи с закреплением в законодательстве понятия «доли в уставном капитале» возникла необходимость определения правовой природы данного объекта. Детальное регулирование доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью содержится в действующем Гражданском Кодексе РФ<sup>1</sup> (далее – ГК РФ) и в ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>2</sup> (далее – ФЗ об ООО). Однако ни ГК РФ, ни ФЗ об ООО не дают легального определения этому понятию.

В теории сложились различные точки зрения относительно понятия доли в уставном капитале. В обобщенном виде их можно свести к следующим подходам:

1. Доля – это имущественное право<sup>3</sup>. Участники (члены) корпорации могут иметь предусмотренные законом и уставом корпорации имущественные права, такие как право на участие в распределении прибыли по итогам деятельности корпорации за определенный период, право на ликвидационную квоту.
2. Доля – это обязательственное право<sup>4</sup>. В силу правила, содержащегося в абз. 2 п. 2 ст. 48 ГК РФ, к юридическим лицам, в отношении которых их участники имеют обязательственные права, относятся хозяйственные товарищества и общества, а также кооперативы. Отсюда нередко делается вывод, в соответствии с которым доля определяется как обязательственное право. На самом деле в п. 2 и 3 ст. 48 ГК РФ содержатся правила, позволяющие определить, имеют ли участники (учредители) юридического лица имущественные права в отношении данного юридического лица. Для того чтобы определить

1 Гражданский кодекс Российской Федерации (части первая, вторая, третья, четвертая.): по состоянию на 30.11.2011 года. – Новосибирск: Сиб. унив. изд-во, 2012.- 576 с.

2 Об обществах с ограниченной ответственностью: Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. №14-ФЗ (ред. от 30.11.2011).//«Собрание законодательства РФ», 16.02.1998, N 7, ст. 785.

3 См. например: Учредитель и его фирма от создания общества с ограниченной ответственностью до выхода из него / А.В. Анищенко.- М.: Вершино, 2006. С. 151., Определение Верховного Суда РФ от 29.01.2010 г. № 5-В10-5. // СПС «Консультант Плюс».

4 См. например: Постановление ФАС Уральского округа от 17.07.2008 г. № Ф-09-4813/08-С4. // СПС «Консультант Плюс», Могилевский С.Д., Самойлов И.А. Корпорации в России: Правовой статус и основы деятельности: учеб. пособие. М., 2006. С. 44; Горлов В. Правовое положение участника общества с ограниченной ответственностью // Хозяйство и право. 2000. N 7; Ломидзе О. Переход обязательственных прав участников юридических лиц // Российская юстиция. 1999. N 10; Гражданское право: учебник. Т. 1. 5-е изд., пер. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. С. 154.

природу доли в уставном капитале, прав и обязанностей «из доли», рассмотрим субъектом каких отношений является ее обладатель. В связи с чем представляет интерес сопоставление корпоративных и обязательственных правоотношений. Можно обозначить следующие различия между ними:

1) по объекту: объектом обязательства выступают действия должника<sup>1</sup>. Некоторые права участников (членов) корпорации осуществляются главным образом их собственными действиями, что не характерно для обязательства, где определяющую роль играют действия должника. В качестве примера можно привести право голоса на общих собраниях участников<sup>2</sup>. Объектом корпоративных отношений являются не только отдельные действия участников, но и деятельность организации;

2) по субъектам: субъектами обязательственных отношений выступают должник и кредитор, а субъектами корпоративных отношений – корпорация и ее участники<sup>3</sup>. От обязательства в смысле ст. 307 ГК РФ корпоративное правоотношение отличается тем, что участник общества является активным субъектом отношений по управлению обществом, а общество само становится организацией, подчиняющей "множественность волей" участников. Разграничение корпоративных правоотношений от иных типичных гражданско-правовых отношений в том числе основано на присутствии в них управленческого элемента<sup>4</sup>.

3) по сроку действия: существование обязательства обусловлено сроками его исполнения, поскольку, как справедливо отметил Р. Саватье, ни закон, ни практика не допускают, чтобы обязанность исполнения существовала постоянно<sup>5</sup>. Существование прав участия обусловлено не сроками, а наличием принадлежности лица к составу участников корпорации. Помимо этого, исполнение должником своей обязанности погашает право требования кредитора. В корпоративных же отношениях типична противоположная ситуация: за исключением, пожалуй, исполнения участником своей обязанности по внесению вклада<sup>6</sup>. Совершение корпорацией конкретных действий в отношении своих участников (членов) не ведет к прекращению прав участия (членства)<sup>7</sup>. Например, если корпорация предоставила участнику информацию о ее деятельности однажды, она обязана (при определенных условиях) предоставлять ее в течение всего существования корпоративных отношений. То есть срок действия корпоративных отношений редко можно точно определить, в

---

1 В теории правоотношения по поводу объекта существуют две основные концепции: монистическая (теория единого объекта) и плюралистическая (теория множественности объектов). В рамках монистической теории также выделяются «вещная» и «поведенческая» теории. Согласно последней теория объектом правоотношения является поведение его участников, то есть объект правоотношения должен быть способен к реагированию на правовое воздействие. Иными словами, объект правоотношений – фактическое поведение, действия участников правоотношений, направленные на удовлетворение законных интересов общества, государства, личности. Не вдаваясь в дискуссию, будем придерживаться последнего подхода.

2 См.: Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве: учеб. пособ. по спец. курсу: в 2 т. Т. I. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 290. Цит. по: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов. - М.: Волтерс Клувер, 2009.- 184 с.

3 Причем сочетания могут быть следующими: «корпорация-участник», «участник-участник».

4 Шиткина И.С. Парадигма и парадоксы корпоративного права // Предпринимательское право. 2010. N 1.

5 Цит. по: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.

6 См.: Степанов П.В. Указ. соч. С. 38.

7 Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.

отличие от обязательственных<sup>1</sup>.

4) по основаниям возникновения. По мнению М.М. Агаркова, «основание возникновения обязательства является необходимым индивидуализирующим моментом каждого данного обязательства»<sup>2</sup>. Для определения действий корпорации, требуются дополнительные юридические факты, как-то: принятие общим собранием решения о выплате дивидендов и т.д. С этими обстоятельствами, которые появляются после возникновения правоотношения участия (членства), законодатель связывает момент определения действий корпорации (должника) по отношению к своему кредитору (участнику, члену), иначе говоря, определение самого объекта обязательства и, как следствие, возникновение обязательственного правоотношения. Такие производные<sup>3</sup> корпоративные правоотношения, за незначительным исключением, обладают всеми признаками обязательственных и могут именоваться таковыми<sup>4</sup>. С другой стороны, обязательственные отношения из учредительного договора как бы предшествуют возникновению корпоративных отношений. Это показывает существующую между корпоративными и обязательственными отношениями взаимосвязь.

5) по основным принципам осуществления субъективных прав: в обязательственных отношениях споры и разногласия между сторонами решаются по взаимному согласию; в корпоративных же наблюдается принцип подчинения меньшинства большинству (или принцип подчинения так называемому “корпоративному интересу”);

6) по наличию в корпоративных отношениях особой организационной структуры (еще Н.С. Суворов отмечал, что корпорация и во внутренних своих отношениях не смешивается со своими членами<sup>5</sup>);

7) по источникам регулирования: в регулировании корпоративных отношений достаточно велико значение норм, содержащихся во внутренних документах организации (в уставе, учредительном договоре)<sup>6</sup>;

8) специфической чертой корпоративных отношений выступает то, что они направлены на формирование воли юридического лица, которое между тем выступает самостоятельным субъектом гражданско-правовых отношений.

И.Л. Петражицкий писал: «ошибка (мнение о том, что деление прав на вещные и обязательственные является исчерпывающим) является причиной попыток юристов насильственно подвести права акционеров под понятие верительства, так как их нельзя квалифицировать как вещные права; но здесь нет такой дилеммы, ибо есть такие права, которые не относятся ни к вещным,

1 В.Г. Видинеев. Гражданско-правовой характер корпоративных отношений.// СПС «Консультант Плюс».

2 Агарков М.М. Указ. соч. С. 197 – 198. Цит.по: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.

3 Выделено мной. Д.В. Ломакин называет такие отношения производными и выделяет три их разновидности. См.подробнее: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.

4 Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.

5 Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М., 2000. С. 48.

6 Необходимо также отметить, что в качестве одного из источников регулирования корпоративных отношений предлагается рассматривать разработанный при участии Федеральной комиссии Российской Федерации по ценным бумагам Кодекс корпоративного поведения, довольно объемный рекомендательный акт, который довольно детально регламентирует отношения внутри организации (среди прочего, Кодекс содержит требования к времени и определению места проведения общих собраний участников, порядку регистрации участников общих собраний и так далее). Об одобрении данного Кодекса к настоящему времени заявило лишь несколько российских компаний.

ни к обязательствам»<sup>1</sup>.

Проведенный выше анализ позволяет сделать вывод о том, что права и обязанности, составляющие содержание корпоративных отношений, доля в уставном капитале как «корпоративный актив» не обладают признаками обязательств, в связи с чем не могут рассматриваться в качестве таковых.

3. Доля – совокупность прав и обязанностей имущественного и неимущественного характера<sup>2</sup>.

С.А. Бобков определяет долю в уставном капитале – как имущественное право, имеющее количественное выражение в виде номинальной стоимости, а также доленое соотношение (в виде процентов или дроби) относительно размера уставного капитала общества с ограниченной ответственностью, владение которым наделяет субъекта статусом участника общества с ограниченной ответственностью и как следствие – комплексом прав (как имущественного, так и неимущественного характера) и обязанностей по отношению к обществу и другим участникам<sup>3</sup>.

Правовая связь общества и участника не исчерпывается лишь имущественными правами, доля в уставном капитале включает в себя и неимущественную составляющую<sup>4</sup>. Использование данного подхода встречается и в судебной практике. Так, суд подчеркнул, что доля представляет собой не имеющий материального воплощения объект гражданского оборота (имущество – ст. 128 ГК РФ), представляющий собой единую и неделимую совокупность имущественных и неимущественных прав и имеющий определенную стоимостную оценку, выражающуюся в номинальной стоимости<sup>5</sup>.

На самом деле утверждение, что у субъекта есть доля в уставном капитале, означает, что он имеет права и обязанности участника, имеет долю участия<sup>6</sup>. Нельзя стать участником общества, получив только права или только обязанности. Еще сто лет назад Г.Ф. Шершеневич отмечал, что "в материальном значении, как право участия в предприятии, акция составляет необходимый момент в акционерном товариществе. В свою очередь, это право участия выражается в тройкой форме: а) участие в разделе прибыли, даваемой предприятием; б) участие в разделе имущества товарищества при ликвидации его дела; в) участие в управлении делами товарищества. Два первых правомочия имущественного характера, третье - личного"<sup>7</sup>.

Можно привести примеры как имущественных, так и неимущественных прав и обязанностей участника. Так, например, ст.65<sup>2</sup> Проекта ГК<sup>8</sup> содержит

1 Петражицкий Л.И. Акционерная компания. С.52, сноска; Он же. Акции, биржевая игра и теория экономических кризисов. С.41, сноска. Цит. по: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.

2 Б.М. Гонгалю. Доля в уставном капитале общества и оформление ее отчуждения (полемиические заметки)// Нотариальный вестник №4, 2010; С.А. Бобков. Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. // Журнал российского права, № 1, 2004.

3 С.А. Бобков. Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. // Журнал российского права, № 1, 2004.

4 Ломакин Д.В. Доли участия в уставных капиталах хозяйственных обществ как особые объекты гражданского оборота // Хозяйство и право. 2008. N 2.

5 Постановление ФАС Московского округа от 14 января 2005 г. по делу N КГ-А40/12012-04.

6 Б.М. Гонгалю. Доля в уставном капитале общества и оформление ее отчуждения (полемиические заметки)// Нотариальный вестник №4, 2010

7 Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. СПб., 1908.

8 Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»// опубликовано 07 февраля 2012 года на сайте "Российская Газета" <http://www.rg.ru/>

перечень прав и обязанностей участников (членов) корпорации, в частности участники (члены) корпорации вправе:

участвовать в управлении имуществом делами корпорации (по общему правилу)<sup>1</sup>, получать информацию об имущественной деятельности корпорации, а в случаях, предусмотренных законом или уставом корпорации, знакомиться с ее бухгалтерской и иной документацией; обжаловать решения органов корпорации, влекущие гражданско-правовые последствия, в случаях и в порядке, предусмотренных законом; в случаях, предусмотренных законом, оспаривать совершенные корпорацией сделки и требовать возмещения причиненных корпорации убытков.

Участники (члены) корпорации могут иметь и другие права, предусмотренные законом и уставом корпорации, в том числе право на увеличение (уменьшение) уставного капитала общества, право изменить устав общества и иные права, входящие в компетенцию общего собрания<sup>2</sup>. Наличие членства в организации предоставляет участнику юридического лица возможность так называемого корпоративного контроля, т.е. определенные права по принятию управленческих решений<sup>3</sup>, возможность субъектов корпоративных правоотношений непосредственно либо опосредованно принимать решения, связанные с деятельностью общества, или влиять на их принятие<sup>4</sup>. Закон допускает возможность закрепления в учредительных документах корпорации отдельных прав, которые устанавливаются в интересах конкретных участников корпорации (абз. 6 п. 1 ст. 67 ГК РФ). В свою очередь, неимущественные права участников корпорации можно рассмотреть в качестве организационных<sup>5</sup>. Например, право на избрание директора является организационно-делегирующим, право на получение информации - организационно-информационное, право на обжалование решений органов корпорации - организационно-контрольным.

Обязанности и права дополняют друг друга. П.3 ст. 65<sup>2</sup> Проекта ГК<sup>6</sup> указывает, что участник (член) корпорации обязан: участвовать в образовании имущества корпорации в порядке, размере, способом и в сроки, предусмотренные настоящим Кодексом, иным законом или уставом; не разглашать конфиденциальную информацию о деятельности корпорации); участвовать в принятии корпоративных решений, необходимых в соответствии с законом для осуществления деятельности корпорации. Участники (члены) корпорации могут нести и другие имущественные и неимущественные обязанности. Например, обязанности участников по внесению имущественного вклада.

---

1 Данное право реализуется в рамках участия в общем собрании членов корпорации (принято считать, что право на участие в управлении делами корпорации отсутствует лишь у вкладчиков товарищества на вере и у акционеров, имеющих «безголосые» акции. Мы бы сказали, что это право у них не всегда отсутствует, а во многом ограничено). См.: И.Н. Шабунова. Содержание корпоративных отношений.//«Российская юстиция», 2005, № 8.

2 А.Б. Бабаев. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений.// «Консультант Плюс».

3 См.:Сарбаш С.В. Восстановление корпоративного контроля /Вестник гражданского права.2008. N 4.

4 Кирилловых А.А. Корпоративное право. Курс лекций. - М. : "Юстицинформ", 2009 г.

5 Выделенных О.А. Красавчиковым. См.: Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения// Советское государство и право. 1996. N 10.

6 Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»// опубликовано 07 февраля 2012 года на сайте "Российская Газета" <http://www.rg.ru/>



4. Доля – это часть имущества общества с ограниченной ответственностью (вещно-правовая концепция)<sup>1</sup>. В нашем законодательстве содержалась норма (в ст. 11 Закона о предприятиях и предпринимательской деятельности РСФСР<sup>2</sup>), в соответствии с которой учредители имеют право собственности на имущество товарищества с ограниченной ответственностью<sup>3</sup>. Н.С. Суворов отмечал, что согласно римскому праву имущество *universitatis* не есть имущество отдельных членов по соразмерным частям (*pro rata*) в качестве сособственников, а есть имущество особого лица<sup>4</sup>. Действующее российское законодательство прямо закрепляет, что собственником имущества общества является само общество (п. 1 ст. 48 ГК РФ). Таким образом, юридическое лицо является непреодолимым препятствием, которое не позволяет говорить о том, что доля дает участнику некое право на идеальную часть в имущественной массе (активах) юридического лица. Очевидно также, что права участников общества не являются вещными и абсолютными, поскольку участники корпорации, передавая свое имущество в обмен долю участия теряют на него право собственности<sup>5</sup>.

5. Иные подходы. Р.С. Фатхутдинов считает, что доля является правом на управление, в частности указывает: «корпоративные права на участие в распределении прибыли и на получение ликвидационного остатка являются составной частью права на управление, поскольку решение вопросов о распределении прибыли (ликвидации общества) относится к сфере управления обществом...»<sup>6</sup>. Однако, право на управление реализуется через определенные неимущественные права субъекта корпоративных отношений, что представляется более верным. Л.Лапач характеризует долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью как особое субъективное право участия, обладающее уникальной абсолютно-относительной природой<sup>7</sup>.

Существует также ряд интересных высказываний, характеризующих долю скорее с формальной стороны, нежели с содержательной. Так, например, по мнению Д. Степанова, доля в уставном капитале есть особый юридический инструмент. При этом данный вывод автор обосновывает тем, что доли в уставном капитале «определяются указанием на их размер, номинальную стоимость»<sup>8</sup>. Д.В. Мурзин рассматривает долю как фикцию, оформляющую

---

1 См.: Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 228; Победоносцев К.П. Курс гражданского права: в 3 т. Т. 3 / под ред. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 482; Александров В. Учение о лицах юридических, по началам науки (рассуждения студента Императорского Московского Университета, юридического факультета 4 курса). М., 1865. С. 67, 69. Ранее Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 491. К современным сторонникам этой теории можно отнести Н.Н. Пахомову. См.: Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 4. М., 2005. С. 90, 103. Цит. по: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов.- М.: Волтерс Клувер, 2009.- 184. Р.С. Фатхутдинов отмечает, что долю как часть капитала (часть чистых активов) общества можно понимать лишь с экономической (стоимостной) точки зрения.

2 Закон РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» от 25 декабря 1990 г. N 445-1.

3 Цит. по: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов.- М.: Волтерс Клувер, 2009.- 184 с

4 Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву// «Классика российской цивилистики».

5 Шиткина И.С. Парадигма и парадоксы корпоративного права // Предпринимательское право. 2010. N 1.

6 См.: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов.- М.: Волтерс Клувер, 2009.- 184 с.

7 Лапач Л. Доля в уставном капитале как "иное имущество" в системе объектов гражданских прав // Хозяйство и право. 2006. N 12.

8 Степанов Д. Общества с ограниченной ответственностью: законодательство и практика // Хозяйство и право. 2000. N 12.

некий формальный договор между участником и обществом<sup>1</sup>. В.В. Зайцева охарактеризовала членство как особый юридический факт - факт-состояние, который порождает соответствующие права и обязанности<sup>2</sup>. Р.С. Бевзенко указывает, что «доля в уставном капитале является лишь символом, знаком тех прав, которые принадлежат участнику общества: это всего лишь процент, дробь, показывающая соотношение оплаченной лицом части уставного капитала и размера самого капитала». При этом объектом правоотношения является не доля в уставном капитале, а совокупность прав участника<sup>3</sup>. С последним заметим трудно согласиться, так как права и обязанности все же составляют содержание правоотношения. В одном из определений ВАС РФ указано, что «доля участника в уставном капитале ... представляет собой способ закрепления за лицом определенного объема имущественных и неимущественных прав и обязанностей участника общества»<sup>4</sup>. Позиция, что доля некоторый условный термин, используемый для удобства гражданского оборота, некоторая абстракция, представляется верной.

Итак, позиции авторов относительно понятия и правовой природы доли в уставном капитале весьма различны. На наш взгляд, под долей в уставном капитале необходимо понимать права и обязанности имущественного и неимущественного характера, которые имеют корпоративную природу. На корпоративный характер прав участия указывают Л. Лапач<sup>5</sup>, Д.В. Ломакин<sup>6</sup>. В отечественной доктрине такое понимание прав участия встречается уже в XIX в. (например, Г.Ф. Шершеневич<sup>7</sup>).

Понятие какого-либо явления не исчерпывается только лишь определением, а предполагает наличие характерных признаков. Так, в качестве признаков доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью можно выделить:

1. доля является объектом гражданских прав (определенное благо, указанное в законе; правовая абстракция, позволяющая вводить определенные блага в гражданский оборот),
2. по существу представляет собой совокупность корпоративных прав и обязанностей (имущественных и неимущественных),
3. по форме является некоторой фикцией, абстракцией, используемой в целях упрощения гражданского оборота,
4. может быть предметом сделок,
5. для возврата лицу доли в уставном капитале общества используются специфические способы защиты.

1 См.: Мурзин Д.В. Ценные бумаги - бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. С. 61. Цит. по: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - 184 с.

2 См.: Зайцева В.В. Акционерное общество в праве капиталистических государств. М., 1979. С. 15. Цит. по: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - 184 с.

3 Бевзенко Р.С. Объекты гражданских правоотношений // Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 339-340. Цит. по: Уступка доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью: теория и практика: монография// Р.С. Фатхутдинов. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - 184 с.

4 См.: Определение ВАС РФ от 07.09.2009 г. № ВАС – 11093/09 // СПС «Консультант Плюс».

5 Лапач Л. Доля в уставном капитале как "иное имущество" в системе объектов гражданских прав // Хозяйство и право. 2006. N 12.

6 Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М.: Спарк, 1997. - 156 с.

7 См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005

Рассмотрение и понимание правовой природы доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью помогает решить вопросы, возникающие при совершении сделок по отчуждению доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, при наследовании данного объекта гражданских прав и др.

## **К вопросу о переводе жилых помещений в нежилые**

Трубин Роман Олегович,  
студент 5 курса исторического факультета  
Красноярского государственного педагогического университета  
им. В. П. Астафьева.

Научный руководитель:  
Мельникова Татьяна Витальевна,  
д.ф.н., профессор Сибирского государственного аэрокосмического  
университета им. М.Ф. Решетнёва.

Согласно ст. 1 Жилищного кодекса Российской Федерации<sup>1</sup> (далее – ЖК РФ), определяющей основные начала жилищного законодательства, граждане по своему усмотрению и в своих интересах осуществляют принадлежащие им жилищные права, в том числе распоряжаются ими, в соответствии со ст. 209 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>2</sup> (далее – ГК РФ), собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц.

Одним из способов реализации правомочия распоряжения является перевод жилого помещения в нежилое. Порядок перевода жилого помещения в нежилое урегулирован ЖК РФ, а также другими нормативными правовыми актами.

Одним из условий перевода жилого помещения в нежилое, согласно ст. 22 ЖК РФ, является обустройство отдельного доступа к нежилому помещению. Другими словами, при переводе жилого помещения в нежилое, необходимо обустроить вход в помещение не через подъезд жилого дома, а через улицу, демонтировав часть капитальной стены многоквартирного дома. Именно согласование возможности использования небольшой части капитальной стены, а также части участка земли под многоквартирным домом, является ахиллесовой пятой процесса перевода жилого помещения в нежилое, так как одним из сложнейших этапов перевода жилого помещения в нежилое, является получение согласия собственников помещений многоквартирного дома, в котором располагается переводимое помещение.

Для осуществления перевода жилого помещения в нежилое необходимо получить разрешение на реконструкцию жилого помещения в органе местного самоуправления, по месту нахождения переводимого помещения.

Согласно п. 6 ч. 7 ст. 51 Градостроительного кодекса Российской Федерации<sup>3</sup> (далее – ГрадК РФ), для получения разрешения на строительство среди прочих документов необходимо представить согласие всех

1 Жилищный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 29 дек. 2004 г. № 188-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 14.

2 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): ФЗ РФ от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

3 Градостроительный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 29 дек. 2004 г. № 190-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 16.

правообладателей объекта капитального строительства в случае реконструкции такого объекта.

В г. Красноярске для получения разрешения на реконструкцию при переводе жилого помещения в нежилое Департамент градостроительства Администрации г. Красноярска требует предоставить согласие не менее 2/3 собственников помещений многоквартирного дома, что не соответствует требованиям, содержащимся в п. 6 ч. 7 ст. 51 ГрадК РФ. При этом Администрация г. Красноярска исходит из того, что при переводе жилого помещения в нежилое происходит не реконструкция общего имущества, а использование его части на возмездной основе (ст. ст. 44, 46 ЖК РФ).

К сожалению, ЖК РФ данный вопрос решает крайне противоречиво. Так, например, согласно ч. 3 ст. 36 ЖК РФ уменьшение размера общего имущества в многоквартирном доме возможно только с согласия всех собственников помещений в данном доме путем его реконструкции. Аналогичная норма предусмотрена в ч. 2 ст. 40 ЖК РФ, в соответствии с которой, если реконструкция, переустройство и (или) перепланировка помещений невозможны без присоединения к ним части общего имущества в многоквартирном доме, на такие реконструкцию, переустройство и (или) перепланировку помещений должно быть получено согласие всех собственников помещений в многоквартирном доме.

В то же время в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 44 и ч. 1 ст. 46 ЖК РФ к компетенции общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме относится принятие решений о реконструкции многоквартирного дома (в том числе с его расширением или надстройкой), которые принимаются большинством не менее двух третей голосов от общего числа голосов собственников помещений в многоквартирном доме.

Как видно из данных норм, для принятия решения практически по одному и тому же вопросу (организации входной группы путем реконструкции многоквартирного дома) требуется разный процент голосов собственников: в первом случае 100%, во втором - 67%.

В теории права указанная ситуация, вызванная несовершенством норм ГрадК РФ и ЖК РФ, справедливо критикуется учеными-правоведами. Так, например, С. Г. Певницкий, Е. А. Чефранова отмечают, что "трудно предположить, чем руководствовался законодатель, допуская принятие решения о реконструкции всего многоквартирного дома (в том числе с его расширением или надстройкой) квалифицированным большинством в 2/3 голосов от общего числа голосов собственников помещений, тогда как принятие решения о любом уменьшении общего имущества в результате реконструкции, переустройства и (или) перепланировки связывается с достижением консенсуса. Такое законодательное регулирование заведомо неэффективно. Даже с учетом того, что ЖК РФ допускает в качестве формы проведения общего собрания заочное голосование (п. 2 ч. 5 ст. 45 ЖК РФ), практически недостижимо с учетом всего многообразия жизненных реалий получить согласие абсолютно всех

собственников помещений многоквартирного дома".<sup>1</sup> У. Б. Филатова обращает внимание на то, что "в силу специфики общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме принцип "единогласия" для принятия решений о владении, пользовании и распоряжении общим имуществом не приемлем".<sup>2</sup>

И. В. Маркова в своей работе, посвященной управлению многоквартирным домом, справедливо указывает, что: «С практической точки зрения очевидно, что принцип консенсуса как способ согласования действий при определении порядка владения, пользования, а также в допустимых пределах распоряжения общим имуществом в многоквартирном доме практически неприменим. Требование единогласного решения по всем вопросам, возникающим по поводу эксплуатации многоквартирного дома (как, например, это предусмотрено в ч. 3 ст. 36, ч. 2 ст. 40 ЖК РФ), может привести к парализации всей деятельности по управлению многоквартирным домом и в конце концов к невозможности реализации собственниками их правомочий».<sup>3</sup>

Однако, ни один из выше перечисленных авторов не учитывает специфику местоположения спорной части общего имущества (например, демонтируя часть капитальной стены, напрямую затрагиваются интересы только собственника переводимого помещения), а так же то что инициатор перевода жилого помещения в нежилое имеет право на использование части общего имущества многоквартирного дома.

Судебная практика по данному вопросу так же противоречива.

Так, в Советском районном суде г. Красноярска при рассмотрении споров, связанных с переводом жилого помещения в нежилое, среди прочих доказательств, необходимо предоставить документ, подтверждающий согласие всех собственников помещений многоквартирного дома на реконструкцию общего имущества. Например, в судебной практике имел место следующий случай.

И. и Е. обратились в Советский районный суд г. Красноярска с иском к администрации г. Красноярска о признании права собственности на нежилое помещение № 38. Свои требования истцы мотивировали тем, что они являются собственниками кв. 38, реконструкция нежилого помещения была произведена истцами без получения разрешения на строительство. Однако, были получены все необходимые согласования подтверждающий факт реконструкции нежилого помещения в соответствии с требованиями строительных, противопожарных, санитарно эпидемиологических норм. Исковые требования были основаны на ст. 222 ГК РФ.

Отказывая в удовлетворении исковых требований суд в мотивировочной части решения указал: «Принимая во внимание, что истцами не получено согласие всех собственников помещений многоквартирного дома, на реконструкцию нежилого помещения, суд приходит к твердому убеждению, что

---

1 Певницкий С.Г., Чефанова Е.А. Многоквартирные дома: проблемы и решения. М.: Статут, 2006. С. 486.

2 Филатова У.Б. Общее имущество собственников помещений в многоквартирном доме. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2006. С. 8.

3 Маркова И.В. Управление общим имуществом в многоквартирном доме: проблемы и решения. М.: Деловой двор, 2010. С 63.

исковые требования не подлежат удовлетворению».<sup>1</sup>

Позиция Высшего Арбитражного суда РФ на сегодняшний день соответствует позиции судов общей юрисдикции и требует получение согласия всех собственников помещений многоквартирного дома.<sup>2</sup>

Однако, судебные органы не всегда требовали согласия всех собственников помещений многоквартирного дома при переводе жилого помещения в нежилой фонд, так было до середины 2011 года. Так, 4 мая 2010 г. Железнодорожный районный суд г. Красноярска, удовлетворил исковые требования Потехина В. И. к администрации г. Красноярска, признав право собственности на нежилое помещение № 22. При этом, как следует из материалов дела, было получено согласие двух третей собственников помещений многоквартирного дома.<sup>3</sup> Арбитражный суд Красноярского края 09.03.10 г. удовлетворил исковые требования ИП Замятиной Т.А., к администрации г. Красноярска, о признании права собственности на самовольно реконструируемый объект, при рассмотрении дела судом не запрашивалось, как следствие не исследовалось согласие собственников помещений многоквартирного дома, в котором находилось спорное помещение.<sup>4</sup>

Как видно из вышеперечисленных решений судебных органов, имеется достаточно противоречивая практика, касающаяся предмета настоящего исследования.

С другой стороны, в г. Красноярске, с середины 2011 г., сложился единообразный подход в судебной практике по вопросам, касающимся самовольного перевода жилых помещений в нежилой фонд. Это единообразие выражается в том, что для удовлетворения исковых требований о признании права собственности на самовольную постройку – нежилое помещение, истец должен предоставить документ, свидетельствующий о получении согласия всех собственников помещений многоквартирного дома, в котором находится переводимое помещение. Имеются судебные решения, которыми исковые требования о признании права собственности на нежилое помещение, самовольно переведенное из жилого фонда, удовлетворялись. При этом в числе прочих документов истцом предоставлялся документ, свидетельствующий о согласии всех собственников помещений многоквартирного дома (например, судебное решение по гражданскому делу № 2-2733/2011).<sup>5</sup>

В то же время получение согласия всех собственников помещений многоквартирного дома, как показывает практика, возможно только в единичных случаях. Сегодня практически невозможно получить положительное решение сразу от 200 жителей многоквартирного дома, хотя бы потому, что некоторые собственники помещений не проживают в принадлежащих им помещениях, не говоря уже о том, что многие просто отказываются принимать участие в голосовании.

<sup>1</sup> Архив Федерального суда Советского района г. Красноярска за 2010 г. Дело № 2-311/10.

<sup>2</sup> Архив ВАС РФ за 2011 г. Дело № ВАС 16659/11.

<sup>3</sup> Архив Федерального суда Железнодорожного района г. Красноярска за 2010 г. Дело № 2-1829/10.

<sup>4</sup> Архив АС Красноярского края за 2010 г. Дело № А33-17783/2009.

<sup>5</sup> Архив Федерального суда Советского района г. Красноярска за 2011 г. Дело № 2-2733/2011.

Противоречия в нормах ЖК РФ затрудняют осуществление любого строительства на территории земельного участка под многоквартирным домом, так как согласно ст. 51 ГрадК РФ, на такое строительство требуется согласие всех собственников помещений.

Для того чтобы строительство на территории многоквартирных домов осуществлялось в рамках закона, необходимо внести изменения в Градостроительный и Жилищный кодексы РФ. В связи с этим предлагаю внести следующие изменения в указанные нормативные правовые акты:

- в п. 3 ст. 36 ЖК РФ, слова «согласия всех собственников помещений в данном доме путем его реконструкции» заменить словами «согласия не менее двух третей голосов от общего числа голосов собственников помещений многоквартирного дома и согласия всех собственников помещений, имеющих общую границу с частью общего имущества, в отношении которого предполагается реконструкция»;

- в п. 2 ст. 40 ЖК РФ, слова «согласие всех собственников помещений в многоквартирном доме» заменить словами «согласие не менее двух третей голосов от общего числа голосов собственников помещений многоквартирного дома и согласие всех собственников помещений, имеющих общую границу с частью общего имущества, в отношении которого предполагается реконструкция, перепланировки или переустройство»;

- в п. 6 ч. 7 ст. 51 ГрадК РФ, слова «согласие всех правообладателей объекта капитального строительства в случае реконструкции такого объекта» заменить словами «согласие не менее двух третей голосов от общего числа голосов правообладателей объекта капитального строительства и согласие всех собственников помещений, имеющих общую границу с помещениями, в отношении которых предполагается реконструкция»;

Указанные изменения позволят усовершенствовать процесс перевода жилых помещений в нежилые, а так же вернуть процесс строительства на территории многоквартирных домов в рамки закона.



## **Осуществление права собственности на земельный участок под многоквартирным домом**

Трухина Анастасия Сергеевна,  
студентка 3курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сорокина Светлана Яковлевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Государство предоставило гражданам легальную возможность стать собственниками жилья и должно было с высокой степенью определенности урегулировать отношения, которые уже возникли на ранних этапах приватизации жилья или должны возникнуть в будущем по поводу реализации собственниками своих прав по владению, пользованию и распоряжению не только принадлежащими им жилыми помещениями, но и теми частями многоквартирного дома, которые в силу конструктивных особенностей последнего не относятся к числу предназначенных для проживания и выполняют обслуживающие функции. Однако правовое регулирование данных отношений не является эффективным.

Действующим законодательством установлено правило, согласно которому общее имущество многоквартирного дома принадлежит на праве общей долевой собственности собственникам помещений в таком доме (ст. 290 ГК РФ и ст. 36 ЖК РФ).

Под общей долевой собственностью следует понимать отношения по принадлежности имущества составляющего единое целое имущества одновременно нескольким лицам с определением их долей в праве на данное имущество.<sup>1</sup>

Многоквартирным домом признается совокупность двух и более квартир, имеющих самостоятельные выходы либо на земельный участок, прилегающий к жилому дому, либо в помещения общего пользования в таком доме. Многоквартирный дом содержит в себе элементы общего имущества собственников помещений в таком доме.<sup>2</sup>

Под общим имуществом многоквартирного дома понимаются помещения в данном доме, не являющиеся частями квартир и предназначенные для обслуживания более одного помещения. К общему имуществу относится и земельный участок, на котором расположен данный дом, с элементами озеленения и благоустройства и иные предназначенные для обслуживания, эксплуатации и благоустройства данного дома объекты, расположенные на указанном земельном участке (ч.1 ст. 36 ЖК).

---

<sup>1</sup> Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М.: Бек, 2000. С. 295.

<sup>2</sup> п. 6 «О признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания и многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции»: положение утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 28.01.2006 N 47// СЗ РФ.2006.№ 6.ст. 702.

Таким образом, земельный участок является собственностью собственников помещений в многоквартирном доме и именно им принадлежит право владения, пользования и распоряжения таким имуществом, а также площадью элементов озеленения, благоустройства, иных предназначенных для обслуживания, эксплуатации и благоустройства данного дома объектов.

Возникает вопрос, является ли общее имущество и (или) его отдельные элементы объектами гражданских прав: вещных и обязательственных?

Из ЖК РФ (ч.2 ст. 36) следует, что общее имущество находится в общей долевой собственности, последние владеют, пользуются и в установленных законодательством пределах распоряжаются общим имуществом. Исходя из этого, земельный участок, бесспорно, является объектом вещных прав.

В доктрине указывается, что «собственники помещений в многоквартирном доме являются собственниками общего имущества как единого имущественного комплекса. В данном случае объектом права собственности является общее имущество как самостоятельный объект».<sup>1</sup> Таким образом, авторы подтверждают, что данное имущество выступает в качестве объекта вещных прав.

В отношении общего имущества многоквартирного дома, как объекта обязательственных прав в литературе высказаны различные точки зрения.

Авторы указывают, что "все общее имущество, включая и помещения общего пользования, не должно рассматриваться в качестве самостоятельных вещей, поскольку лишено оборотоспособности."<sup>2</sup>

В рамках обязательственных правоотношений осуществление правомочия распоряжения может происходить путём отчуждения объектов правоотношений.

Некоторые авторы полагают, что "общее имущество в многоквартирном доме не подлежит отчуждению. Оно не участвует в гражданском обороте в качестве самостоятельного объекта. Также не подлежат отчуждению отдельные части общего имущества".<sup>3</sup>

Термин «отчуждение» следует трактовать в узком и в широком смысле.

Вышеназванные авторы понимают «отчуждение» как передачу вещей в собственность других лиц, как один из способов распоряжения имуществом. Также п. 2 ст. 209 ГК РФ устанавливает несколько способов распоряжения и четко позиционирует понятие отчуждения в качестве частного случая акта распоряжения собственника своим имуществом.

Данная позиция вызывает сомнения.

Право собственности у наймодателя (арендодателя), ссудодателя и залогодателя сохраняется, а вот из фактического владения (господства) перечисленных субъектов вещь все же выбывает.<sup>4</sup> Таким образом, термин «отчуждение» стоит толковать более широко, включая в него и передачу вещей

1 Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010.

2 Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе / Под общ. ред. В.В. Витрянского, О.М. Козырь, А.А. Маковской. М., 2004. С. 53.

3 Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010

4 В.А. Белов Отчуждение и приобретение по российскому Гражданскому кодексу// "Законодательство", N 7, июль 2006 г.

в пользование, которое предусмотрено ч.4 ст. 36 ЖК РФ, п. 1 ч. 2 ст. 137 ЖК РФ.

На наш взгляд, стоит согласиться с тем, что общее имущество в целом как совокупность элементов действительно не является единым самостоятельным объектом обязательственных прав. Вместе с тем отдельные элементы, относящиеся к общему имуществу, являются таковыми и могут быть переданы в пользование третьим лицам. Но следует напомнить, что земельный участок может быть отнесен к общему имуществу не ранее момента его государственного кадастрового учета.<sup>1</sup>

Определим далее правовой режим земельного участка. По мнению одних теоретиков, правовой режим - это порядок регулирования, который выражен в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования.<sup>2</sup>

Н. И. Матузов и А. В. Малько определяют правовой режим как специфический механизм правового регулирования, его особый порядок, направленный на конкретные виды субъектов и объектов, «привязанный» не столько к отдельным ситуациям, сколько к более широким общезначимым социальным процессам (состояниям), в рамках которых эти субъекты и объекты взаимодействуют.<sup>3</sup>

Исследователи в области административного права определяют правовой режим как систему норм права, которая регулирует деятельность, отношения между людьми по поводу определенных объектов. При этом выделяют юридическую сторону режима (систему правил) и фактическую сторону (реальное осуществление режимных норм).<sup>4</sup>

В цивилистической же науке правовой режим видится несколько иначе.

А. В. Венедиктов понимал под правовым режимом имущества специальные правила порядка образования и использования имущества.<sup>5</sup>

Е. А. Суханов не давая определение правового режима, указывает, что особенности правового режима отдельных объектов зависят от ограничений, установленных законодательством для прав, возникающих на данные объекты. Имеется прямая зависимость правового режима и от субъектного состава правоотношений (например, приватизация).<sup>6</sup>

Следовательно, ученые цивилисты видят правовой режим либо как совокупность правил поведения, складывающихся в отношении того или иного объекта гражданских прав, либо, как порядок владения, пользования, распоряжения определенным объектом. Итак, ключевым в понятии правового режима является установление определенных позвонений и запретов в отношении объекта правового воздействия.

1 О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 10, Пленума ВАС РФ N22 от 29.04.2010 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 2010. - №6;

О введении в действие Жилищного кодекса РФ: ФЗ от 29 декабря 2004 г. N 189-ФЗ // СЗ РФ. - 2005. - N 1 (часть 1). - ст. 16.

2 Теория государства и права: учебник С.С. Алексеев. М.: Норма, 2005. — 496 с.

3 Матузов Н. И., Малько А. В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики. // Правоведение – 1996. – № 1. С. 16 – 29.

4 Бахрах Д.Н. Административное право: учебник для вузов. М.: Бек, 1996. - 355 стр.

5 Венедиктов, А.В. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / А.В. Венедиктов. – М. : Статут, 2004.

6 Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М.: Бек, 2000. С. 295.

Учитывая, что земельный участок является объектом гражданских прав, то осуществление права собственности на него является реализацией управомоченным лицом возможностей (правомочий), заключенных в содержании данного права.<sup>1</sup>

Помимо дозволительных норм, о которых будет сказано ниже, жилищное и гражданское законодательство (ст. 290 ГК РФ, ст. 37 ЖК РФ) устанавливает и пределы распоряжения данным правом, а именно: доли ни при каких обстоятельствах не могут быть выделены в натуре, отчуждены (в узком понимании этого слова) отдельно от отчуждения жилых помещений, находящийся в индивидуальной собственности соответствующего субъекта.

Еще одной отличительной чертой осуществления права общей долевой собственности на общее имущество многоквартирного дома является то, что в этом случае участник долевой собственности не имеет права требовать предоставления в его владение и пользование части общего имущества, соразмерной его доле, то есть правило п. 2 ст. 247 ГК РФ не может быть применено.<sup>2</sup> Такое изъятие вполне объяснимо, считает Е.А. Чефранова, поскольку применение данной нормы на практике привело бы к ограничению доступа других собственников к пользованию общим имуществом, например земельным участком.<sup>3</sup>

Согласно ч.4 ст. 36 ЖК РФ по решению собственников помещений в многоквартирном доме, принятому на общем собрании таких собственников, объекты общего имущества в многоквартирном доме могут быть переданы в пользование иным лицам в случае, если это не нарушает права и законные интересы граждан и юридических лиц. Также ст. 44 ЖК, определяет такое полномочие общего собрания, как принятие решений о пользовании общим имуществом иными лицами.

Следует определиться с понятием «пользование».

По мнению некоторых авторов: «Под передачей в пользование следует понимать некое родовое понятие, но не временное пользование как возможное право арендатора в соответствии с ч. 1 ст. 606 ГК РФ.»<sup>4</sup>

Это мнение разделяется иными авторами, которые указывают, что такая передача может осуществляться в виде договоров аренды, безвозмездного пользования»,<sup>5</sup> что представляется основательным.

Спорным также является вопрос о том, могут ли средства, полученные собственниками от использования земельного участка, как общего имущества третьими лицами, быть использованы ими для своих собственных нужд, а не в целях обслуживания, эксплуатации, управления многоквартирным домом.

---

1 Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М.: Бек, 2000. С. 295.

2 Фогель В.А. Особенности осуществления права общей долевой собственности на общее имущество многоквартирного дома // Юрист. 2002. N 12. С. 25.

3 А.Д. Сидоренко, Е.А. Чефранова "Особенности правового режима общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме" включена в информационный банк согласно публикации - "Нотариус", 2004, N 6.

4 Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010.

5 Постатейный комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации / В.В. Глазов. М.: Статут, 2005. С. 184.

Некоторые учёные приходят к выводу, что собственники вправе использовать средства, полученные ими от передачи в пользование элемента общего имущества, так, как считают нужным.<sup>1</sup>

Другие говорят, что порядок распределения доходов от использования общего имущества между сособственниками может быть установлен в соглашении между ними. Если этого не сделано, то применяется общее правило, установленное в ст. 248 ГК РФ: плоды, продукция и доходы от использования имущества, находящегося в долевой собственности, поступают в состав общего имущества и распределяются между участниками долевой собственности соразмерно их долям.<sup>2</sup>

Также общее имущество может использоваться для целей получения прибыли, в том числе и для предпринимательской деятельности. Об этом свидетельствует п. 3 ч. 2 ст. 152 ЖК РФ, согласно которому ТСЖ может передавать в пользование общее имущество в рамках своей хозяйственной (предпринимательской) деятельности.

Полагаем, что земельный участок, как общее имущество в предпринимательских целях может быть использовано не только третьими лицами, но и собственниками помещений в многоквартирном доме. Например, на практике у некоторых домовладельцев может возникать потребность единолично использовать части земельного участка, относящегося к общему имуществу, в самых различных целях: для расположения металлического тента для автомобиля и (или) самого автомобиля, для размещения иного имущества, например, ларька для продажи каких-либо товаров, для складирования строительных материалов и др.

Распоряжение земельным участком в вышеуказанной форме возможно общегражданским способом, т.е. по соглашению всех собственников имущества, распоряжение которым осуществляется.

Как указывает С.В. Стрембелёв, распоряжение элементами общего имущества возможно в любой форме, но с учетом ограничений, указанных в ст. 209 ГК РФ и ст. 37 ЖК РФ.<sup>3</sup> Таким образом, передача в пользование путём разных правовых конструкций, закреплённых в ГК РФ (доверительное управление – ст. 1012 ГК РФ, сервитут – ст. 274 ГК РФ) Возможность применения этих конструкций к объектам, входящих в состав общего имущества многоквартирного дома, явствует из данной позиции автора.

Возникает вопрос, кто же является стороной в договоре с третьим лицом о предоставлении в пользование земельного участка.

По общему правилу право распоряжения имуществом принадлежит его собственнику (ст. 209 ГК РФ). Как пишет С.В. Стрембелев, решение общего собрания собственников помещений - это необходимое условие действительности договора о передаче элемента общего имущества в пользование третьему лицу. По сути, решение заменяет собой соглашение всех

---

1 Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010.

2 Маркова И.В. Управление общим имуществом в многоквартирном доме: дис. ... канд. юрид. наук / Маркова И.В. – Самара, 2009. – 202 с.

3 Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010.

собственников по вопросу распоряжения вещью, находящейся в общей долевой собственности.<sup>1</sup>

Позволим не согласиться с тем, что решение общего собрания- это условие действительности, так как противоречит общим положениям о недействительности сделок. ГК РФ выделяет 4 условия действительности: содержание сделки должно быть законным, должна совершаться правоспособными и дееспособными лицами, единство воли и волеизъявления, соблюдение формы сделки. Следует понимать условие действительности, как особый юридический факт, необходимый для заключения договора.

Нормы ч. 1 ст. 135, п. 1 ч. 2 ст. 137 ЖК РФ являются исключением из общего правила, установленного в ст. 209 ГК РФ и предоставляют ТСЖ право от своего имени распоряжаться общим имуществом. В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 152 ЖК РФ сдача в аренду, внаем части общего имущества в многоквартирном доме является хозяйственной деятельностью самого ТСЖ, а не собственников.

В соответствии с п. 12 ч. 2, 4 ст. 145 ЖК РФ компетенцией по принятию решений о передаче прав на общее имущество обладает общее собрание членов ТСЖ, которое не менее чем двумя третями голосов от общего числа голосов членов ТСЖ может принять решение о передаче в пользование элемента общего имущества. Таким образом, можно сделать вывод, что стороной договора о передаче элемента общего имущества в пользование в таком случае является именно ТСЖ, а не собственники.

Аналогично законодателем разрешается вопрос в отношении управляющей компании, т.е. зависит от выбранного способа управления многоквартирным домом. А также ст. 44 ЖК РФ закрепляет компетенцию общего собрания по принятию решений об определении лиц, которые от имени собственников помещений уполномочены на заключение договоров. Таким образом, это может быть любое лицо. Напомним, часть 2 ст. 161 ЖК РФ допускает управление многоквартирными домами следующими способами: непосредственное управление домовладельцами, управление ТСЖ либо ЖСК, управление управляющей организацией. Данный перечень является закрытым, что признается некоторыми учеными и судебными инстанциями.<sup>2</sup> По смыслу ст. 161 ЖК РФ многоквартирный дом может управляться только одним из способов, сочетание данных способов невозможно.

Земельные участки, на которых расположены многоквартирные дома, предназначены не только для пользования собственниками помещений в этих домах, но и для пользования многими другими лицами. В связи с этим на этих участках могут быть расположены проезды, детские площадки, иные объекты, предназначенные для пользования неопределенным кругом лиц. В таких случаях данные земельные участки могут быть обременены правом ограниченного пользования другими лицами. (ч. 5 ст. 36 ЖК РФ). В

<sup>1</sup> Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010.

<sup>2</sup> Постановление Президиума Верховного Суда Республики Карелия от 28 августа 2007 г. по гражданскому делу по надзорной жалобе ОАО "Петрозаводские коммунальные системы" на решение Прионежского районного суда от 21 марта 2007 г. и кассационное Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Карелия от 4 мая 2007 г. по делу по иску С. к ООО "Энергокомфорт" "Карелия", ОАО "Петрозаводские коммунальные системы", ООО "Планета", Администрации Прионежского муниципального района о понуждении к заключению договора // СПС "КонсультантПлюс"

гражданском праве такое обременение именуется сервитутом. Право ограниченного пользования на основании данной нормы могут иметь лица, например, владеющие недвижимым имуществом, находящимся на территории земельного участка, прилегающего к многоквартирному дому. В этом случае эти лица вправе пользоваться частью земельного участка для обслуживания принадлежащего им имущества, а также правом прохода и проезда по земельному участку.<sup>1</sup>

Также Земельный кодекс РФ (подп. 2 п. 1 ст. 40) предусматривает такое право, как возводить здания, строения, сооружения в соответствии с целевым назначением земельного участка и его разрешенным использованием с соблюдением различных нормативов. Данному праву корреспондирует право возводить на земельном участке здания и сооружения, осуществлять их перестройку или снос, разрешать строительство на своем участке другим лицам при условии соблюдения градостроительных и строительных норм и правил, а также требований о назначении земельного участка (п. 1 ст. 263 ГК РФ).

При несоблюдении этих условий, а именно, если оно создано на земельном участке, не отведенном для этих целей в установленном законом порядке, без получения необходимых разрешений либо с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил, постройка на земельном участке является самовольной и в силу ст. 222 ГК РФ подлежит сносу по решению суда.<sup>2</sup>

Авторы в литературе приходят к выводу, что распоряжение земельным участком, как элементом общего имущества возможно в следующих формах: передача в аренду, предоставление третьему лицу в безвозмездное пользование, учреждение доверительного управления, установление сервитута и возведение новых объектов, но с учетом рассмотренных выше ограничений.<sup>3</sup>

На наш взгляд, налицо существование самостоятельной разновидности права общей долевой собственности с элиминированным правомочием распоряжения.

---

<sup>1</sup>Постатейный комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации./Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2005. С. 184.

<sup>2</sup> О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 10, Пленума ВАС РФ N22 от 29.04.2010 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.- 2010.- №6;

<sup>3</sup> Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: коммерческо-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. - М, 2010

**Фикции передачи вещи:  
значение в развитии гражданского оборота**

Хаврошина Юлия Сергеевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кузьмина Ирина Дмитриевна,  
Д.ю.н., профессор кафедры гражданского права  
Кемеровского института (филиала) Российского государственного  
торгово-экономического университета

В условиях становления рыночной экономики отношения по отчуждению и приобретению имущества в собственность являются доминирующими в гражданском обороте современного российского общества. В этой связи значительную роль играет момент возникновения и прекращения права собственности.

Точное определение указанного момента важно в силу многих обстоятельств: с ним связан переход риска случайной гибели, он имеет значение в случае ликвидации или банкротства юридического лица, при обращении взыскания на имущество и в других случаях<sup>1</sup>.

В соответствии с пунктом 1 статьи 223 ГК РФ по общему правилу право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи.

Исторически сложилось так, что передача вещи в механизме гражданско-правовых отношений может иметь различное значение: либо служить только исполнением обязательства, либо помимо выполнения указанной функции также переносить право собственности на приобретателя вещи. В зависимости от того, как законодатель решает вопрос о моменте перехода права собственности на движимую вещь по договору, традиционно выделяют три группы законодательств: французская группа (система соглашения, консенсуальная система), в рамках которой право собственности по общему правилу переходит к приобретателю с момента заключения соглашения; германская группа (система традиции, передачи), предусматривающая необходимость передачи вещи для перехода права собственности на нее; англо-американская группа, устанавливающая, что момент перехода права собственности определяется сторонами в договоре, а при отсутствии соглашения действует ряд презумпций<sup>2</sup>.

Система традиции зародилась в Древнем Риме во 2 в. до н.э. тогда же, когда появилась обязательственная структура купли-продажи, а именно

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Хаскельберг Б.Л. Об основании и моменте перехода права собственности на движимые вещи по договору // Правоведение. 2000. №3. С. 121-124.

<sup>2</sup> См.: Флейшиц Е.А. Момент перехода права собственности по договору купли-продажи в гражданском праве крупнейших иностранных государств и СССР // Ученые Труды ВИНУ. Вып. 9. М., 1947. С.330-331; Б.Л. Хаскельберг: Указ. соч. С. 122.



возникло разделение купли-продажи на стадию обязательства (обязательственная стадия) и стадию исполнения обязательства (вещная стадия)<sup>1</sup>.

В римском праве под передачей (*traditio*) понимался акт отчуждения телесной вещи, совершаемый посредством передачи владения ею (изначально *traditio* понималась исключительно как реальное овладение вещью со стороны приобретателя)<sup>2</sup>. Действующий ГК РФ также связывает передачу с моментом поступления вещи во владение приобретателя или указанного им лица (пункт 1 статьи 224).

Таким образом, обязательность передачи вещи для перехода права собственности означает, что приобретатель для того, чтобы приобрести статус собственника движимой вещи, должен стать непосредственным владельцем этой вещи. Приверженность указанному правилу объясняется тем фактом, что отделение перехода прав собственности от передачи владения ведет к неопределенности для третьих лиц, которые являются обязанными субъектами в силу абсолютного характера правоотношения собственности. Именно поэтому ряд европейских законодательств придерживается презумпции права собственности владельца движимой вещи.

Так, § 1006 Германского гражданского уложения предусматривает, что в пользу владельца движимой вещи предполагается, что он является собственником вещи<sup>3</sup>; согласно статье 2279 Французского гражданского кодекса в отношении движимых вещей владение равнозначно правовому основанию<sup>4</sup>.

В российском законодательстве презумпция права собственности владельца вещи не закреплена и в литературе подход к ней достаточно осторожный: «Суд не обязан, но может в конкретных случаях, когда нет возможности решить дело на основании собранных по делу доказательств, замкнуть цепь доказательств при помощи презумпции законности владения»<sup>5</sup>.

Однако система традиции, существовавшая в Древнем Риме и существующая в ряде современных европейских государств, а также в России, смягчается тем, что законодательством предусматриваются случаи, когда переход права собственности происходит без фактической передачи владения при условии, что сторонами совершена фиктивная передача.

Под юридической фикцией обычно понимают положение, которого в действительности не существует, но которому право придает значение факта<sup>6</sup>.

Таким образом, если переход владения вещью не имеет места, но закон считает правовые последствия такого перехода владения наступившими, то речь идет о фикции передачи (*traditio ficta*).

В последние века республики в римском праве, последовательно придерживавшемся системы традиции, укрепились четыре основных вида фиктивных *traditio*: *traditio brevi manu* (передача короткой рукой), *traditio longa*

1 См.: Слыщенков В.А. Договор купли-продажи и переход права собственности: сравнительно-правовое исследование. М.: Статут, 2011. Глава 4.

2 Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / пер. с итал. И.И. Маханькова; под общ. ред. Д.В. Дождева. – М.: Норма, 2008. С. 223.

3 Гражданское уложение Германии. М., 2004.

4 Французский гражданский кодекс. СПб., 2004.

5 См.: Гражданское право: учебник. – 6-е изд. / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. Том 1. С. 568-569 (автор главы – А.П. Сергеев).

6 См.: Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М.: Проспект, 1997. С. 201.

manu (передача длинной рукой), *constitutum possessorium* (владельческий конститут), *traditio symbolica* (символическая передача)<sup>1</sup>.

*Traditio brevi manu* предполагала переход права собственности к приобретателю, который является владельцем или держателем вещи, в силу простого соглашения сторон<sup>2</sup>: «если кто-то купит вещь, сданную ему на хранение, или сданную ему в ссуду, или данную ему в качестве залога, то следует признать, что вещь передана, если она осталась у него после покупки»<sup>3</sup>.

*Traditio longa manu* состояла в показе отчуждаемой вещи покупателю, сопровождавшемся объявлением, что покупатель может взять вещь<sup>4</sup>. Этот способ возник и распространился в сфере оборота земли в силу специфики самого объекта. Ранее для традиции земли требовалось «*omnes glebas circumambulare*» - обход всех частей земли<sup>5</sup>.

При *traditio symbolica* традент вместо предмета, подлежащего отчуждению, передавал приобретателю некий символ этого предмета<sup>6</sup>. Такой способ передачи вещи основан на том, что признание передаваемого объекта символом другого объекта означает, что все действия с первым рассматриваются как операции со вторым. Соответственно владение символом означает владение самой вещью. Основным (а порой и единственным) видом *traditio symbolica* авторами признается *traditio clavium* (передача ключей)<sup>7</sup>: «считается, что владение товарами, сложенными в амбарах, является переданным в силу передачи ключей, если ключи переданы около складов; в силу этого факта покупатель немедленно получает собственность и владение»<sup>8</sup>.

*Constitutum possessorium* представляет собой соглашение, по которому продавец, являющийся фактическим владельцем вещи и ее собственником, соглашается держать вещь для покупателя, например, как наниматель<sup>9</sup>. По существу владельческий конститут представляет собой обратный случай *traditio brevi manu*.

Одним из спорных способов передачи вещи в римском праве была *traditio* посредством нанесения на вещь знака ее принадлежности<sup>10</sup>. Так, по мнению римского юриста Павла, «бревна считаются переданными, если покупатель поставил на них знаки»<sup>11</sup>. Между тем, по мнению Ульпиана, «если покупатель наложил печать на бочку, то, по словам Требация, вино рассматривается как переданное; Лабеон против этого, что является правильным; более основательно думать, что печати накладываются обычно для того, чтобы вино

---

1 См.: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для ВУЗов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, 2002. С. 375-376. Как указывает автор, данная латинская терминология выработалась только в средние века.

2 Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право (базовый учебник) / перевод с македонского В.А. Томсинова, Ю.В. Филиппова; под ред. проф. В.А. Томсинова. – М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. С. 159.

3 D. 6.2.9.1.

4 Дождев Д.В. Указ. соч. С. 375-376.

5 Пухан И., Поленак-Акимовская М. Указ. соч. С. 158.

6 Там же. С. 159.

7 См.: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 248-249; Пухан И., Поленак-Акимовская М. Указ. соч. С. 159; Дождев Д.В. Указ. соч. С. 376.

8 D. 18.1.74.

9 Дождев Д.В. Указ. соч. С. 376-377.

10 Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 249.

11 D. 18. 6. 15. 1.

не было подменено, а не для того, чтобы вино рассматривалось как переданное»<sup>1</sup>.

Таким образом, римские юристы осознавали, что система традиции не может быть абсолютизирована, так как правовая жизнь в определенных случаях требует исключений из общего правила об обязательности физической передачи вещи для перехода права собственности.

Гражданское законодательство современной Германии также предусматривает ряд отступлений от требования передачи движимой вещи приобретателю по договору. Как пишет Л.Ю. Василевская, «передача права собственности состоит из двух компонентов, предписанных §929 ГГУ: вещного договора о переходе права собственности и передачи самой вещи, означающей не что иное, как приобретение фактического господства над вещью, т.е. владения», но при этом ГГУ различает особые, специфические формы передачи права собственности, которые можно свести к трем основным моделям, которые Л.Ю. Василевская называет суррогатами передачи вещи<sup>2</sup>.

Согласно § 929 ГГУ если приобретатель уже владеет вещью, то достаточно одного соглашения о переходе права собственности. Данное правило представляет собой ничто иное как римскую *traditio brevi manu*.

ГГУ также закрепляет возможность передачи права собственности посредством владельческого конститута (*Besitzkonstitut*), аналогичную римскому *constitutum possessorium*: если собственник владеет вещью, то фактическая передача вещи может быть заменена соглашением собственника и приобретателя об установлении опосредованного владения вещью приобретателем (§ 930 ГГУ). Таким образом, владельческий конститут по германскому праву представляет собой соглашение, по которому отчуждатель, имеющий фактическое владение вещью, соглашается, что приобретатель получит вещь в опосредованное владение и собственность, при этом отчуждатель сохраняет за собой непосредственное владение вещью.

Другой способ передачи права собственности, предусмотренный германским законодательством, - это уступка требования о выдаче вещи (*Abtretung des Herausgabeanspruchs*). В соответствии с § 931 ГГУ, если вещью владеет третье лицо, ее передача может быть заменена соглашением, по которому собственник уступает приобретателю требование о выдаче вещи. Такая возможность находит основу, в частности, в § 870 ГГУ, устанавливающим, что опосредованное владение может быть передано другому лицу уступкой этому лицу требования о выдаче вещи.

Гражданским законодательством Германии, которая заслуженно признается одним из государств с самой высокоразвитой правовой системой (в первую очередь это касается гражданско-правовой сферы) и высокоэффективной экономикой, не случайно предусмотрены указанные «суррогаты» передачи вещи, с учетом того, что именно Германия является

---

<sup>1</sup> D. 18. 6. 1. 2.

<sup>2</sup> См.: Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. – М.: Статут, 2004. С. 63-65.

концептуальным «центром» группы законодательств, придерживающихся системы традиции<sup>1</sup>.

Представляется, что самое основное в понимании фикций *traditio* как таковых кроется в той роли, которую они играют для развития гражданского (в первую очередь коммерческого) оборота в любом государстве, будь то Древний Рим или современная Германия.

В случае отсутствия в законодательстве указания на возможность передачи права собственности посредством правила «короткой руки» стороны, руководствуясь общим требованием о необходимости передачи вещи, стороны вынуждены будут осуществить две физические передачи – изначально от приобретателя к отчуждателю, а затем обратно.

Подобная же ситуация возникает и при отсутствии у сторон возможности воспользоваться владельческим конститутом: вначале отчуждатель совершает физическую передачу для перехода права собственности к приобретателю, а затем приобретатель передает вещь обратно во владение отчуждателю, но уже на ином основании.

Очевидно, что обе описанные ситуации в конце концов приводят к тому результату, которого можно было бы добиться при передаче «короткой рукой» и при владельческом конституте. Однако при отсутствии возможности воспользоваться фиктивными способами передачи происходит удвоение действий, по своему эффекту погашающих друг друга. При этом необходимо отметить (и это, пожалуй, наиболее важный факт), что в силу необходимости совершения двойной физической передачи вещи стороны несут потери (время, силы, материальные и интеллектуальные ресурсы), которых можно избежать с помощью введения указанных фикций.

Правило «короткой руки» закреплено в пункте 2 статьи 224 ГК РФ, однако российское гражданское законодательство не содержит указания на возможность использовать соглашение о владельческом конституте. Ряд авторов видят выход из этой ситуации в том, что круг способов передачи вещи является не исчерпывающим, соответственно стороны вправе использовать владельческий конститут. Так, Г.С. Васильев указывает, что «формально стороны должны были бы выдать вещь и тут же передать ее обратно», но двойное вручение можно заменить соглашением, содержащим те условия, на которых держатель будет владеть вещью, - «и тогда возврат вещи и передача ее на новых условиях взаимно «погасят» друг друга»<sup>2</sup>.

Такая позиция является не бесспорной, однако сам факт того, что ученые ищут выход из сложившейся ситуации посредством выведения из закона возможности использовать соглашение о владельческом конституте, только подтверждает необходимость этой правовой фикции для практики.

Представляется, что наиболее эффективным и целесообразным решением в данной ситуации является закрепление в ГК РФ положения о владельческом конституте, что исключило бы дискуссии относительно его существования, в том числе с позиции сторонников исчерпывающего перечня способов передачи.

<sup>1</sup> Не случайно Е.А. Флейшиц называет такую группу законодательств германской. См.: Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 122.

<sup>2</sup> Васильев Г.С. Передача движимой вещи // СПС Консультант Плюс.

Обращаясь к указанной проблеме, следует также вспомнить о ситуации, когда отчуждаемая вещь находится у третьего лица, и у отчуждателя в данное конкретное время отсутствует возможность вернуть вещь себе.

В соответствии с положениями действующего ГК РФ стороны могут изменить момент перехода права собственности и не связывать его с передачей вещи. Но что делать, если соглашение между сторонами не определяет иной момент перехода права собственности? Ни отчуждатель, ни приобретатель не вправе требовать от третьего лица передать вещь, соответственно в силу пункта 1 статьи 223 ГК РФ у приобретателя право собственности не возникнет до того момента, пока третье лицо ни передаст вещь отчуждателю, а тот ни сделает то же самое в отношении приобретателя.

Двойную передачу в указанном случае можно избежать, если:

- отчуждатель даст указание держателю вещи об исполнении обязательства третьему лицу, либо

- отчуждатель и держатель вещи заключат соглашение об исполнении обязательства в пользу третьего, либо

- отчуждатель уступит приобретателю право требовать выдачи вещи.

Однако во всех трех случаях право собственности перейдет к приобретателю только тогда, когда третье лицо (держатель вещи) выдаст ему вещь. Этот момент может быть оттянут на такое длительное время, что приобретатель в принципе утратит интерес в приобретении вещи. Такое положение не может не отразиться на развитии и на стабильности гражданского оборота.

Именно во избежание сложностей, возникающих в данной ситуации для сторон сделки, германский законодатель предусмотрел правило, в силу которого вещь считается переданной, если заключено соглашение об уступке права требовать от третьего лица выдачи вещи.

В отечественной научной литературе имеют место попытки обосновать правомерность замены передачи уступкой права требовать выдачи вещи<sup>1</sup>, но все же в ГК РФ отсутствуют положения, позволяющие избежать применения общего правила пункта 1 статьи 223 ГК РФ, в указанной ситуации.

Вместе с тем, составителями ГК РФ частично учтены потребности гражданского, и в первую очередь коммерческого, оборота при передаче вещи, находящейся у третьего лица. В соответствии с пунктом 3 статьи 224 ГК РФ только передача обязательственного требования, удостоверенного товарораспорядительным документом, способна заменить передачу вещи.

Фикцию передачи посредством передачи товарораспорядительного документа традиционно относят к *traditio symbolica*<sup>2</sup>.

Г.С. Васильев указывает, что использование товарораспорядительного документа для отчуждения вещей связано с тем, что при продаже вещи, находящейся у третьего лица, осложнено получение как права собственности, так и фактического владения (о чем шла речь выше). В то же время

---

1 См.: Васильев Г.С. Указ. соч.: со ссылкой на Ю.К. Толстого.

2 См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 208; Васильев Г.С. Указ. соч.

товарораспорядительный документ служит общепризнанным символом товара, соответственно право на вещь переходит в момент передачи ее символа<sup>1</sup>.

Следует отметить, что 07 февраля 2012 года опубликован Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в котором уже учтены недостатки действующей редакции ГК РФ и предложено ввести в действие правило, в соответствии с которым, если приобретаемая по сделке движимая вещь находится во владении третьего лица, право собственности на нее переходит к приобретателю с момента совершения сделки, если иное не предусмотрено условиями сделки.

Но в этом случае, если вещь находится у третьего лица на основании договора, приобретатель будет не вправе требовать передачи ему вещи, так как он не станет стороной в обязательстве, при этом виндицировать вещь он также не сможет, так как она находится во владении третьего лица на законном основании. Таким образом, если вещь находится у третьего лица на основании договора, то логичнее связать момент перехода права собственности с уступкой права требования выдачи движимой вещи.

Все описанные выше фиктивные способы передачи вещи, представляющие собой не что иное как определенные точечные отступления от системы традиции в сторону консенсуальной модели, обусловлены в первую очередь потребностями гражданского оборота.

Для России, находящейся в переходном состоянии, требующем модернизации экономики, которая в настоящий момент основана в наибольшей степени на потреблении и экспорте природных ресурсов, вопросы развития коммерческого оборота играют огромную роль. Гражданское законодательство – это нормативная база, которая должна создавать условия для экономического развития страны, обеспечить переход к производящей модели экономики.

Учет российским законодателем исторического и зарубежного опыта в отношении использования правовых фикций передачи позволят сократить расходы не только на уровне конкретных лиц, но и оказать влияние на макроэкономику страны: прибыльность бизнеса ведет к увеличению налогооблагаемой базы, уровень поступлений в бюджет отражается на социальных выплатах. Кроме того, развитие бизнеса в силу действия законов конкуренции ведет к повышению качества производимой продукции, оказываемых услуг, выполняемых работ.

Таким образом, потребности гражданского оборота обуславливают необходимость внесения в ГК РФ положений, устанавливающих, что вещь считается переданной в момент заключения сторонами соглашения о владельческом конституте, а в случае нахождения вещи у третьего лица на основании договора - в момент совершения уступки права требовать выдачи вещи.

---

<sup>1</sup> См.: Васильев Г.С. Указ. соч.

## Завещательный отказ: проблемные вопросы

Цепцова Дарья Сергеевна,  
студентка 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сорокина Светлана Яковлевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Завещательный отказ (легат) как правовое явление возник в древнем Риме и, не претерпев практически никаких существенных изменений, сохранился в правовых порядках большинства стран мира.

Легальное определение завещательного отказа содержится в статье 1137 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Согласно данному определению завещательный отказ представляет собой установленную в завещании обязанность наследников исполнить какую-либо имущественную обязанность в пользу иных лиц (отказополучателей), которые имеют право требовать исполнения этой обязанности<sup>1</sup>.

Вопрос о правовой природе завещательного отказа, не смотря на детальную разработку этого института законодателем по сравнению с ГК РСФСР 1964 года, актуален до сих пор.

Со времен римского частного права выделялось два основных вида легата: дамнационный и виндикационный<sup>2</sup>. Дамнационный (обязательственный) легат возлагал на наследника обязанность совершения определенных действий в пользу легатария, права которого защищались личными, персональными исками, обращенными к наследнику.

В свою очередь виндикационный легат предполагал непосредственную передачу вещи или надления легатария вещным правом<sup>3</sup>. Для своей защиты легатарий мог предъявить вещный (виндикационный) иск.

Буквальное толкование пункта 1 статьи 1137 ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что говоря о завещательном отказе, законодатель подразумевает дамнационный легат. Так, наследодатель завещанием возлагает на наследника обязанность исполнить за счет наследственного имущества какое-либо действие имущественного характера в пользу отказополучателя. Отказополучатель в свою очередь наделяется правом требования исполнения этой обязанности от наследника. Таким образом, между субъектами правоотношений из завещательного отказа возникают обязательственные отношения, которые лежат в основе дамнационного легата.

<sup>1</sup> Палшкова А.М. Завещательный отказ и отношения из него: понятие, сущность и содержание // Наследственное право. 2009. № 4. С. 7 – 19

<sup>2</sup> Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: Статут, 2003. С. 243

<sup>3</sup> Мананников О.В. К вопросам истории, теории и практики легата // Нотариус. 2009. № 3. С. 24 – 29

Однако в литературе встречается мнение, согласно которому, законодатель не отказывается и от такого вида легата как виндикационный<sup>1</sup>. Основные аргументы, которые приводят сторонники этой позиции, заключаются в том, что согласно пункту 2 статьи 1137 ГК РФ в состав предмета легата включается в том числе «передача отказополучателю в собственность, во владение на ином вещном праве или в пользование вещи», а п. 3 этой нормы указывает на возможность применения к отношениям между наследником и легатарием не только положений обязательственного права, но и иных положений, если того требует существо завещательного отказа. Под иными отношениями можно понимать только вещные<sup>2</sup>.

На основе представленных аргументов сторонниками существования виндикационного легата утверждается, что передача в собственность какой-либо вещи из наследственной массы наследодателя зависит только от воли завещателя. Право на получение вещи возникает у легатария в момент открытия наследства. Объективным фактом для реализации этого права служит смерть наследодателя, с наступлением которого право собственности наследодателя на какую-либо вещь трансформируется в право собственности легатария, указанного в завещании, минуя наследника.

На наш взгляд законодатель прямо закрепляет в норме ст. 1137 ГК РФ обязательственный легат. В связи с этим следует согласиться с мнением Н.А. Белицкой, по мнению которой право пользование жилым помещением, которое переходит к легатарии является не предметом завещательного отказа, а лишь содержанием обязанности, которая возлагается на наследника завещанием<sup>3</sup>. Стоит отметить, что при вещном отказе приобретение прав собственности или иного вещного права не может зависеть от воли или действий наследников.

Существует несколько подходов к определению круга субъектов, являющихся участниками правоотношений из завещательного отказа. Так, ряд ученых утверждает наличие трех субъектов в данных правоотношениях: наследодатель, наследник, отказополучатель. Противоположным мнением является утверждение об участии в правоотношениях из завещательного отказа только двух субъектов – наследника и отказополучателя.

В рамках данной работы мы придерживаемся мнения о двухчленном субъектом составе правоотношений.

Говоря о характере правоотношений между субъектами завещательного отказа, стоит указать, что на сегодня в литературе существует три основных теории относительно обозначенного вопроса:

1. Завещательный отказ порождает сингулярное правопреемство

Как считает В.И. Серебровский, завещательный отказ это завещательное распоряжение, доставляющее определенному лицу имущественную выгоду за счет наследственного имущества, но не делающее его, однако, наследником.

По мнению же П.С. Никитюка, «получение имущества по завещательному отказу представляет собой особый вид наследственного

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Мананников О.В. К вопросам истории, теории и практики легата // Нотариус. 2009. № 3. С. 24 – 29.

<sup>3</sup> Белицкая Н.А. Завещательный отказ как особое имущественное завещательное распоряжение // Наследственное право. 2008. № 3. С. 17 – 20.



правопреемства. Отказополучатель становится преемником в отдельном праве наследодателя...»

## 2. Завещательный отказ порождает универсальное правопреемство

Сторонником данной концепции является Ю.К. Толстой, утверждавший, что при завещательном отказе имущество переходит к отказополучателю (легатарии) в порядке универсального правопреемства, подтверждением чему служит то, что по долгам умершего при определенных обстоятельствах придется расплачиваться и тем имуществом, которое было предназначено отказополучателю<sup>1</sup>.

## 3. Отсутствие какого-либо правопреемства

Интересным на этот счет является мнение Б.Б. Черепахина, который считает, что «между наследодателем (завещателем) и наследником не возникает отношений правопреемства, так как обязанность по выполнению отказа появляется у наследника по завещанию впервые, а не переходит к нему от наследодателя»<sup>2</sup>. Это объясняется тем, что на момент открытия наследства у завещателя отсутствовала обязанность передать какое-либо имущество легатарии, следовательно, она не входила в объем прав наследодателя и не могла быть передана посредством какого-либо правопреемства.

В случае установления в завещании завещательного отказа между наследодателем и отказополучателем становится третье лицо – наследник (п. 1 ст. 1137 ГК РФ), выступающий в роли исполнителя завещания (т.к. завещание может исчерпываться завещательным отказом), от воли которого (принять или отказаться от принятия наследства) зависит возможность получения предмета отказа.

Представляется, что между отказополучателем, наследником и тем более наследодателем отсутствует какое-либо правопреемство. Подтверждением могут служить следующие аргументы.

Правопреемство предполагает переход (отчуждение) всего или части объема прав и обязанностей лица от его обладателя к иному конкретному лицу. Такое правопреемство возникает между наследодателем и наследником, принявшим наследство. Так, наследник, выразивший свою волю на принятие наследства по завещанию, содержащему завещательный отказ, принимает на себя не только права, причитающиеся ему по завещанию, но и обязанности. Одной из таких обязанностей является исполнение в пользу третьего лица завещательного отказа.

Право отказополучателя возникает с момента открытия наследства, а не с момента составления завещания, содержащего завещательный отказ, что доказывает отсутствие этого права у наследодателя на момент составления завещания, а, следовательно, и невозможность передачи его в порядке правопреемства. Кроме того, отказополучатель приобретает только право, в то время как обязанности по долгам наследодателя должны быть исполнены

<sup>1</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Ю.К. Толстой [и др.]; М.: ИНФРА-М, 2005. С. 490.

<sup>2</sup> Черепахин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 328.

наследником, принявшим наследство. Этим объясняется отсутствие правопреемства между наследодателем и отказополучателем.

Исходя из представленных аргументов, представляется, что между наследником и отказополучателем существуют лишь обязательственные отношения, что вполне соответствует нормам действующего законодательства.

В литературе была высказана точка зрения, согласно которой в качестве предмета завещательного отказа предлагается рассматривать предприятие как имущественный комплекс<sup>1</sup>.

Представляется, что предприятие не может являться предметом завещательного отказа, так как оно является особым объектом гражданского права. Данный объект нельзя отнести ни к простым, ни к сложным вещам, в связи с тем, что в его состав входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (коммерческое обозначение, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором (ст. 132 ГК РФ).

С применением норм о завещательном отказе связаны также некоторые практические проблемы, встречающиеся в нотариальной практике, например как отказополучатель может зарегистрировать свое право в соответствии со ст. 30 ЖК РФ в случае, если наследник принял наследство, но не зарегистрировал свое право собственности на него?

Согласно проекту федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности» от 18.11.2011 (далее – Проект) к числу нотариальных действий, совершаемых нотариусом отнесена и выдача свидетельств об удостоверении прав отказополучателя.

Нотариус обязан известить отказополучателя об открытии наследства и о наличии в его пользу отказа (ч. 3 ст. 214 Проекта).

Как видно из приведенных норм Проекта в нем предпринимаются попытки защитить отказополучателя от злоупотреблений со стороны наследников. Если данный Проект будет принят, то описанная спорная ситуация получит свое разрешение – отказополучатель сможет зарегистрировать свое право на основе свидетельства об удостоверении прав отказополучателя.

Однако Проект не отвечает на все вопросы, существующие в практике, но и дает почву для новых дискуссий. Так, статья 219 Проекта предусматривает, что свидетельство об удостоверении прав отказополучателя может быть выдано непосредственно после открытия наследства в любой момент до истечения трех лет со дня открытия наследства.

Представляется, что формулировка о выдаче свидетельства «в любое время после открытия наследства» не корректна, так как право требования исполнения завещательного отказа возникает у отказополучателя только после принятия наследниками наследства. Согласно ст. 1154 ГК РФ наследство может

---

<sup>1</sup>См. напр. Кутузов О.В. Наследование по завещанию в гражданском праве Российской Федерации. URL: <http://www.rsl.ru/> (дата обращения 27.03.2012).

быть принято в течение шести месяцев со дня открытия наследства. Свидетельство о праве на наследство выдается наследникам в любое время по истечении шести месяцев со дня открытия наследства (п. 1 ст. 1163 ГК РФ).

Указанные нормы служат гарантией для защиты прав иных потенциальных наследников. В случае если отказополучатель оформит свои права ранее, чем наследники, может возникнуть проблема несоразмерности переданного по завещательному отказу имущества и долгов наследодателя (по которым отвечают наследники). В данном случае возникнет противоречие с п. 1 ст. 1138 ГК РФ.

Представляется, что ст. 219 Проекта необходимо изложить в следующей редакции: «свидетельство об удостоверении прав отказополучателя может быть выдано после принятия наследства наследниками до истечения трех лет со дня открытия наследства».

Подводя итог вышесказанному, стоит отметить, что, несмотря на длительный период существования завещательного отказа, при применении его на практике возникают некоторые проблемы.

## **К вопросу об обеспечении баланса интересов субъектов поручительства**

Чикун Мария Александровна,  
студентка 5 курса Юридического института СФУ  
*Научный руководитель:*  
Сорокина Светлана Яковлевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

Поручительство, как способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств, зародилось и получило свое развитие еще в римском праве. Основной целью его являлось снизить негативные последствия для кредитора, вызванные неисправностью основного должника

В российском праве формирование данного института началось со времен существования русского обычного права. В условиях политических, экономических и социальных изменений в различные периоды истории России поручительство всегда находило свое место в гражданском законодательстве и широко применялось на практике (за исключением советского периода)<sup>1</sup>. Являясь традиционным способом обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств, поручительство на современном этапе требует всестороннего изучения и дальнейшей разработки. Это обусловлено развитием хозяйственных отношений в РФ, переходом к рыночной экономике, стремительным ростом кредитования.

Согласно ст. 361 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Основываясь на данном определении можно сказать, что в отношениях поручительства взаимодействуют три субъекта: кредитор и должник по основному обязательству, а также третье лицо – поручитель.

Следует отметить, что договор поручительства заключается между кредитором и поручителем, должник в качестве стороны договора не участвует. Но, на наш взгляд, это не дает основания исключать должника из числа лиц, участвующих в отношениях по поручительству, так как правоотношения «кредитор-должник», «кредитор-поручитель» и «поручитель-должник» тесно взаимосвязаны друг с другом и постоянно влияют друг на друга<sup>2</sup>. Так, именно неисправное поведение должника в основном обязательстве является основанием возникновения обязанности поручителя перед кредитором исполнить обязательство. Кроме этого, должник наравне с кредитором и поручителем заинтересован в заключение договора поручительства.

---

1 См.: Звекова И.А. Развитие института поручительства в российском праве / И.А. Звекова // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 2. 2000. С. 141.

2 См.: Предин К.Н. Поручительство в современном гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2006. С. 19.

Как способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств поручительство в первую очередь направлено на защиту интересов кредитора путем удовлетворения его требований при нарушении обеспечиваемого обязательства. Тем не менее, и должник по основному обязательству, и поручитель также имеют определенную заинтересованность в данных отношениях, которая должна учитываться современным законодателем. Например, поручитель желает получить полный объем прав требований к должнику после исполнения обязательства перед кредитором.

В условиях современных экономических отношений и состояния правового регулирования поручительства нередки случаи ущемления интересов субъектов поручительства или отсутствия их учета вообще. В связи с этим встает вопрос о соблюдении баланса интересов субъектов поручительства.

Для начала необходимо определиться с тем, что такое «баланс интересов» и для чего необходимо его обеспечение. Баланс (от франц. *balance* - весы) - равновесие, уравнивание или количественное выражение отношений между сторонами какой-либо деятельности, которые должны уравнивать друг друга<sup>1</sup>.

В отличие от категории «баланс», категория «интерес» (франц. *interes*, от лат. *inter* - "между" и *esse* - "быть") не имеет единого толкования, хотя ее значение на интуитивном уровне не вызывает ни у кого сомнений.

"Интерес" - одна из основных социологических категорий, с помощью которой раскрывается связь между объективными закономерностями и действиями людей. Именно интересы определяют направление деятельности субъекта, формируют мотивы его поступков и социального поведения<sup>2</sup>.

Представители различных наук (психология, социология, юриспруденция) толкуют данный термин по-разному, исходя из специфики каждой из них. В связи с этим в теории существует три точки зрения на понятие интереса: - это субъективная категория (интерес выражает направленность сознания субъекта, обусловленную объективно);

- это объективная категория (интерес – это обусловленные жизнью материальные потребности людей);

- это объективно-субъективная категория (интерес имеет материальные основы, но в тоже время отражается в сознании и оформляется в нем в виде определенных целей).

Среди представителей юридической науки также нет единого мнения относительно данного понятия. При этом, по мнению Г.Ф. Шершеневича, само право существует постольку, поскольку есть борьба интересов<sup>3</sup>.

Например, по мнению А.В. Малько, В.В. Субочева, интерес можно определить как единство выражения внутренней индивидуальной сущности человека и отражения общественного мира, определяющего его социальный статус, выраженное в осознанной необходимости удовлетворения сложившихся

1 Большой энциклопедический словарь / Гл. ред.: Прохоров А.М.. - 2-е изд., перераб. и доп. - М., С.-Пб.: Большая Рос. Энцикл., Норинт, 1997. С. 113.

2См.: Косаренко Н.Н. Правовое обеспечение публичных интересов в сфере страхования. Монография / Н.Н. Косаренко // СПС КонсультантПлюс

3 См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. // КонсультантПлюс. При поддержке издательства "Статус". Классика российской цивилистики. М., 2011.

и развивающихся потребностей в рамках существующих общественных отношений<sup>1</sup>. В данной статье мы будем руководствоваться более широким понятием интереса как потребности субъекта в достижении определенного блага<sup>2</sup>.

Интерес служит важнейшим правообразующим и правореализующим фактором. При осуществлении правового регулирования поручительства необходимо четкое осознание и понимание того, на что направлен интерес участников данного отношения.

Также, необходимо отметить, что предметом правового регулирования являются не сами интересы-желания, а то, на что направлены эти интересы, действия по присвоению тех или иных благ, представляющих интерес<sup>3</sup>.

Таким образом, *баланс интересов субъектов поручительства* можно определить как состояние отношений поручительства, при котором обеспечивается равновесие в осуществлении действий по присвоению благ, представляющих интерес, субъектами поручительства.

Правовое регулирование института поручительства должно обеспечивать этот баланс для достижения стабильности экономических отношений и развития рыночной экономики России. Именно от уровня достижения баланса прав и обязанностей субъектов поручительства зависит интерес участников гражданского оборота к применению данной конструкции, что должно способствовать уменьшению риска неисполнения участниками гражданско-правового оборота принятых на себя обязательств.

На необходимость достижения такого баланса обратили внимание и авторы концепции совершенствования общих положений обязательственного права России<sup>4</sup>, указав следующее: «нормы ГК РФ о поручительстве в силу сохранения преемственности в регулировании данного института и четкости закрепленных в них правовых конструкций не нуждаются в серьезном реформировании. Вместе с тем *отдельные положения* вызывают затруднения в правоприменительной практике либо *не обеспечивают в должной мере баланс интересов кредитора, поручителя и должника*».

Хочется отметить, что отношение к балансу интересов субъектов поручительства в различные периоды российской истории было различным. Например, анализ всем известного Проекта Гражданского уложения Российской империи<sup>5</sup> дает основания полагать, что его составители в большей степени стремились защитить права поручителя (предлагалось установить субсидиарную ответственность поручителя, ограничить ответственность поручителя в части взыскания процентов и др.). Тогда как нормы советских гражданских кодексов (Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. и 1964 г.) напротив

---

1 Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория / А.В. Малько, В.В. Субочев // СПб., 2004. С. 25.

2 См.: Грибанов В.П. Интерес в гражданском праве / В.П. Грибанов // Советское государство и право. 1967. N 1 С.51.

3 См.: Ильин И.А. Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003. С. 97.

4 См.: [www.privlaw.ru](http://www.privlaw.ru)

5 Гражданское уложение. Проект Высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Т. 2 / Под. ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 177.

«служили в большей степени обеспечению интересов кредитора, а не поручителя»<sup>1</sup>.

Выше было сказано, о необходимости достижения баланса интересов всех участников отношений по поручительству. Но на современном этапе законодатель, провозгласив данную цель, отнюдь ей не придерживается. На наш взгляд, судебная практика и законодатель пошли по разным путям в вопросе определения баланса интересов кредитора, поручителя и должника. Если обратиться к недавно опубликованному проекту о внесении изменений в Гражданский кодекс (далее - проект ГК)<sup>2</sup>, то можно заметить, что предлагаемые авторами проекта изменения в большей степени направлены на защиту интересов поручителя (например, п. 4 ст. 363 проекта ГК устанавливает некоторые обязанности кредитора перед поручителем). Тогда как авторами Проекта постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»<sup>3</sup> напротив приоритетным считается интерес кредитора, как лица, на защиту которого направлено установление обеспечения исполнения обязательства в виде поручительства.

В действительности отсутствие четкого нормативного регулирования и единообразной судебной практики не дает однозначных ответов на проблемные вопросы, возникающие в практике применения поручительства. Во многих из них вопрос баланса интересов субъектов поручительства выходит на первый план, например, проблемы ответственности поручителя в случае смерти должника, ответственности кредитора перед поручителем, необходимости получения согласия должника на заключение договора поручительства, действия договора поручительства после изменения или прекращения основного обязательства, защиты интересов кредитора в случае банкротства поручителя ранее наступления срока исполнения основного обязательства и многие другие. Остановимся на некоторых из них подробнее.

#### ***Ответственность поручителя в случае смерти основного должника.***

Проблема ответственности поручителя в случае смерти основного должника возникает в связи с применением п. 2 ст. 367 ГК РФ, которая устанавливает, что поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника. Отсюда встает вопрос, должен ли отвечать поручитель за исполнение обязательства наследниками должника и если да, то на каких условиях.

Современные теоретики предлагают следующие варианты решения данной проблемы: - поручительство прекращается, если поручитель не дал согласия отвечать за нового должника в лице наследника<sup>4</sup>;

1 Звезова И.А. Развитие института поручительства в российском праве / И.А. Звезова // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 2. 2000. С. 170.

2 См.: Проект федерального закона "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" URL: <http://www.arbitr.ru>

3 См.: Проект Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством». URL: <http://www.arbitr.ru>

4См.: Колесова Е. Правовые аспекты работы банков с проблемными кредитами / Е. Колесова // Корпоративный юрист. 2006. № 12. С. 34

- поручительство не прекращается, и поручитель отвечает в полном объеме перед кредитором за наследников должника<sup>1</sup>;

- поручительство не прекращается, но поручитель отвечает в пределах стоимости наследственного имущества, то есть также как и наследник по п.1ст. 1175 ГК РФ<sup>2</sup>;

- поручительство не прекращается, и поручитель отвечает в полном объеме при условии, что наследник также отвечает в полном объеме по долгам наследодателя.

Для того чтобы определить какой из них является более предпочтительным, обратимся к анализу законных интересов каждого из субъектов поручительства в данной ситуации.

Основываясь на том, что главная функция поручительства состоит в компенсации кредитору возможных имущественных потерь при нарушении обязательства должником, интерес кредитора можно определить как получение исполнения основного обязательства в полном объеме. Но в то же время, учитывая дополнительный (акцессорный) характер поручительства, представляется правильным, исходить из интереса кредитора получить исполнение в таком размере, каком он мог бы получить его без участия поручителя.

Поручитель же в свою очередь, отвечая за основного должника, имеет справедливый интерес получить исполненное путем предъявления обратного требования. Следовательно, он заинтересован исполнить обязательство перед кредитором именно в том объеме, в котором на законных основаниях сможет потребовать исполнения от должника или его наследников. В данной ситуации проявляется «принцип стабильности положения поручителя»<sup>3</sup>, который, несомненно, должен применяться и при сингулярном, и при универсальном правопреемстве.

В условиях ограниченной ответственности наследников по долгам наследодателя, установленной нормами ГК РФ, интерес наследников в случае смерти должника состоит в исполнении обязательства перед кредитором или поручителем в том объеме, который покрывается объемом наследственного имущества. Таким образом, наследники заинтересованы сохранить свое имущественное положение, существовавшее до принятия наследства.

Проанализировав интересы участников отношений по поручительству, можно сделать вывод, что решение данной проблемы, при котором поручительство не прекращается, но поручитель отвечает в пределах стоимости наследственного имущества, наиболее полно будет обеспечивать баланс интересов каждого из субъектов поручительства.

Предложения по совершенствованию действующего ГК РФ, отраженные в Концепции совершенствования гражданского законодательства,

---

1 См.: Хохлов В.А. Смерть должника по кредитному договору и ее влияние на отношения поручительства / В.А. Хохлов // Законодательство. 2007. № 9. С. 26-34.

2 См.: Бевзенко Р.С. Смерть должника и отношения поручительства: продолжение дискуссии / Р.С. Бевзенко // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2008. № 11. С. 27; Мартышкин С.В., Поваров Ю.С. Прекращение поручительства /С.В. Мартышкин, Ю.С. Поваров // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 12. С. 8. и др.

3 Бевзенко Р.С. Смерть должника и отношения поручительства: продолжение дискуссии / Р.С. Бевзенко // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2008. № 11. С. 27



предусматривают другой вариант решения данной проблемы, а именно запрет для поручителя ссылаться на ограниченную ответственность наследника по обязательству, если иное не предусмотрено договором поручительства<sup>1</sup>.

Проект ГК в свою очередь не дает ответа на вопрос об ответственности поручителя в случае смерти должника. Хотя, ст. 364 Проекта ГК содержит следующий пункт: «В случае смерти гражданина, являвшегося должником по обязательству, связанному с осуществлением им предпринимательской деятельности, поручитель по этому обязательству не может ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника по долгам наследодателя»<sup>2</sup>. Следовательно, можно предположить, что законодатель встал на позицию ограничения ответственности поручителя объемом ответственности наследников. Но это ограничение будет являться частичным, так как приведенное выше положение имеет императивный характер и содержит запрет на ограничение ответственности поручителя, если обязательство должника связано с осуществлением предпринимательской деятельности.

В связи с вышесказанным, хочется отметить, что Высший Арбитражный Суд РФ пошел по другому пути решения данной проблемы и в п. 20 проекта Постановления Пленума «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» предлагает установить запрет на возможность поручителя ссылаться на ограниченную ответственность наследников и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества<sup>3</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод, что в настоящее время предпринимаются попытки урегулировать вопрос ответственности поручителя после смерти основного должника. Но все они носят несистемный характер и не обеспечивают полный баланс интересов участников поручительства.

**Участие должника в отношениях по поручительству.** Как отмечалось выше, сторонами договора поручительства традиционно являются поручитель и кредитор. Следовательно, должник не заключает данный договор и не является участником поручительства в узком его смысле. Хотя в большинстве случаев является инициатором данных отношений. На это обстоятельство обращали свое внимание многие русские теоретики. Так, Б.М. Гонгалло писал: «Должник в этом договоре не участвует, хотя заключение договора поручительства (по требованию кредитора), как правило, организует именно он. Развитие правоотношения, возникающего на основании договора поручительства, и само его существование в решающей степени также зависят от должника<sup>4</sup>». Но не все авторы поддерживают данную точку зрения. Например, Г.Ф. Шершеневич говорит: «Поручительство основывается на договоре, заключаемом по

1 Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации (редакционный материал) // Бюллетень нотариальной практики. 2009. № 3. С. 28.

2 См.: Проект федерального закона "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" URL: <http://www.arbitr.ru>

3 См.: Проект Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством». URL: <http://www.arbitr.ru>

4 Гонгалло Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2002. С. 95.

обоюдному соглашению между поручителем и кредитором, даже без участия должника, так как на его положение поручительство не оказывает влияния»<sup>1</sup>.

Изучение вопроса об участии должника в отношениях по поручительству обусловлено рядом, возникающих в связи с этим проблем в практике и явных злоупотреблений правом со стороны кредитора или поручителя. Например: - поручитель по договоренности с кредитором (в отсутствие согласия должника на заключения договора поручительства) может поставить должника в зависимость от себя и привести его предприятие к банкротству;

- возможно установление в договоре поручительства повышенной ответственности должника (повышенных процентов за неисполнение обязанности должником) перед поручителем;

- изменение подсудности частноправового спора посредством заключения договора поручительства, если кредитор и должник зарегистрированы в разных местах (разных субъектах, городах и т.д.) и другие.

Законодатель в нормах ГК РФ, а также Проекте ГК не устанавливает требования о получении согласия должника на заключение договора поручительства. Судебная практика также стоит на позиции отсутствия необходимости участия должника в данных договорных отношениях. В связи с этим, следует обратить внимание на то, что ВАС РФ в проекте Постановления Пленума «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» все же обращает внимание на данную проблему и вариантом решения ее предлагает следующее: «...в том случае, если суд установит, что должник, не знавший о выдаче третьим лицом поручительства по его долгам и не одобрявший впоследствии поручительство, не согласен с поручительством, то суд может оценить сделку между кредитором и третьим лицом как не поименованное в ГК РФ соглашение о принятии на себя ответственности за исполнение должником обязательства. Вследствие исполнения обязательств по такому соглашению лицо, обязавшееся перед кредитором, не приобретает требования в отношении должника на основании п. 1 ст. 365 ГК РФ. Требование о возмещении уплаченного предъявляется к должнику по правилам о неосновательном обогащении...».

На наш взгляд, данное предложение противоречит современному законодательному регулированию поручительства, так как, по сути, устанавливает требование о получении согласия должника на выдачу поручительства или его последующего одобрения. Также оно не решает главной проблемы – проблемы захвата предприятия должника, потому что поручитель сможет обратиться к должнику с требованием о возврате неосновательно полученного.

Попробуем определить интересы каждого из участников отношений по поручительству в данной ситуации. Кредитор, заключая договор поручительства, стремится получить дополнительную гарантию исполнения обязательства в случае неисправности основного должника. Поручитель, как правило, по каким-либо мотивам желает выдать поручительство за лицо

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2 // КонсультантПлюс. При поддержке издательства "Статус". Классика российской цивилистики. М., 2011.

которое ему известно и к которому он впоследствии сможет предъявить требование в случае исполнения основного обязательства за должника.

Должник же, желая заключить основной договор, заинтересован в получении поручительства за него известным ему лицом и на известных ему условиях, так как впоследствии, в случае исполнения поручителем своего обязательства, именно должник будет отвечать перед поручителем на условиях не только основного договора, но и договора поручительства (например, определение размера процентной ставки при взыскании процентов по п. 1 ст. 365 ГК РФ).

Обратившись к анализу интересов сторон в данной ситуации, можно прийти к выводу, что закрепление в нормах ГК РФ требования о получении согласия должника на заключение договора поручительства, не будет противоречить существу данных отношений и ущемлять интересы какого-либо из субъектов поручительства.

И в заключении следует отметить, что законодатель, провозгласив в Концепции развития гражданского законодательства цель обеспечения баланса интересов субъектов поручительства, непоследователен на пути ее достижения.

**Коммерческое,  
предпринимательское,  
финансовое и  
налоговое право**

## Несправедливые договорные условия в торговом обороте

Абрамов Максим Петрович,  
студент 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Клык Надежда Леонидовна,  
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и  
финансового права Юридического института СФУ

Исследование проблем договорного права является одним из важнейших «ремесел» современных ученых цивилистов и практикующих юристов. Актуальность исследования справедливости условий договоров обусловлена отсутствием эффективных механизмов и средств защиты слабой стороны договора.

Неопровержим постулат о том, что сделка одна из древнейших форм согласования воли участников торгового оборота, определяющая и содержание отношения между сторонами посредством наделения правами и установления обязанностей. Под юридической сделкой понимается такое выражение воли, которое непосредственно направлено на определенное юридическое последствие, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений.<sup>1</sup> Дву- или многосторонние сделки в цивилистике и системе современного Российского гражданского законодательства понимаются как договоры.<sup>2</sup>

Раскрывая проблематику контроля условий договора через призму их справедливости и недопущения доминанты сильной стороны сделки, необходимо обратиться к фундаментальным основам правового регулирования договорных отношений.

В основе правового регулирования многосторонних сделок лежит закрепленный в статье 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ или Кодекс) принцип «свободы договора». Одним из элементов «свободы договора» является право сторон определять его содержание, а «определенная» совокупность прав и обязанностей собственно и составляет содержание договора, если только какое-либо условие императивно не определено законом или иным правовым актом.<sup>3</sup>

Более чем десятилетнее, без контрольное, существование свободы договора в современной России, стало первопричиной доминирования

---

1 Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. / Под ред. Е.А. Сухонова, В.С. Ем,

В.В. Витрянского, А.Е. Шерстобитова, Е.В. Кулагина, Н.В. Козлова, П.А. Панкратова Т.1.-М.: Статут, 2005. С. 194-195.

2 Брагинский М.И. Сделки: понятие, виды и формы (комментарий к новому ГК РФ). Правовые нормы о предпринимательстве. Выпуск 2. М. 1995. С. 42-43.

3 Там же.; См., также: В.В. Витрянский. Договоры: порядок заключения, изменения и расторжения, новые типы (комментарий к новому ГК РФ). М. 1995. С. 7-18; Романцев Ю.В. Система договоров в гражданском праве России.-М.: Юристъ. 2006. С.80-82.

злоупотребления над добросовестным определением условий договора с позиции сильной стороной сделки.

Следует заметить, что контроль справедливости условий договора некоторыми учеными исследуется в контексте свободы договора, некоторыми в рамках изучения проблем злоупотребления правом.

Однако, есть все основания утверждать, что контроль справедливости положений договоров, является «самостоятельной», малоразработанной темой договорного права, тесно сосуществующей с проблемами свободы и злоупотребления в цивилистике.

С несправедливыми условиями договора может столкнуться любой участник торговых отношений, как профессиональный субъект товарного рынка, так и потребитель.

Под несправедливыми условиями, в общем виде, понимается модель поведения, сформулированная в формулярах сделки, с учетом положений принципа свободы договора, провозглашенного в статье 421 ГК РФ, не противоречащая закону или иному нормативно-правовому акту, но которая в конкретной ситуации, как отмечает М.В. Кратенко<sup>1</sup>, может лишать одного из контрагентов прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида.

Навязывание несправедливых условий договора, в доктрине расценивается как форма злоупотребления свободой договора. В науке не обозначено позиций отрицающих, что несправедливые условия и свобода договора связаны не имплицитно, а явно.

Поэтому отношения сторон в обороте переходят из плоскости законно - незаконно, в плоскость справедливо - не справедливо. Здесь необходимо заметить, что размышления о справедливости условий договора мы строим на нормативной концепции право понимания. В рамках же естественно - позитивного восприятия проблемы справедливости условий возможно применение и иных нормативно - регулятивных средств, таких как дефиниции, общие принципы права и т.д.

Основные проблемы несправедливости договорных отношений зиждятся на нескольких составляющих: включение несправедливых условий в стандартные формуляры и сильной экономической позиции контрагента в торговом обороте.

Исследование сильной экономической позиции контрагента оставим представителям экономических отраслей, а сами немного поговорим о формулировании стандартных условий договора.

Одной из основных проблем в процессе согласования договорных условий является проблемы эквивалентности взаимных обязательств сторон договора.<sup>2</sup> Как отмечается Ю.Б. Фогельсон, при разработке договоров компании часто включают в них такие условия, с которыми разумный клиент не согласился бы, если бы мог участвовать в согласовании условий договора. Причем тексты стандартизованных договоров, как правило, достаточно

---

<sup>1</sup> Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты: монография/ М.: Волтер Клувер, 2010. С.71-77.

<sup>2</sup> См.: Цвайгерт К., Кетц Х.. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том 2. М., 1998. С. 13-14.

объемны и написаны специализированным языком, а те условия, о которых идет речь, включаются в них так, чтобы они не бросались в глаза.

Такие условия договоров со стандартизованными условиями хорошо известны всем правопорядкам. Их называют по-разному: "несправедливые (недобросовестные) условия", "неожиданные оговорки", "незаметные оговорки".<sup>1</sup>

На известность иным правопорядкам института несправедливости договорных условий, обращает внимание А.Г. Карапетов<sup>2</sup>. Он отмечает, что в Европе в начале 20 века нарастающее давление идеи справедливости на принцип свободы договора привело к спецификации регулирования трудовых договоров, а во второй половине 20 века - к выделению потребительского права и в целом формированию многокомпонентной системы борьбы с несправедливыми договорными условиями (**unfair contract terms**).<sup>3</sup>

В рамках современного правового поля Европы несправедливые условия договоров комплексно исследованы в доктрине и нормативно урегулированы. Советом Европы утверждена Директива 93/13/ЕЕС «О несправедливых условиях в договорах с потребителями». Директивой установлен примерный перечень условий, рассматриваемых как несправедливые и закреплена формула, согласно которой, - специально несогласованное с потребителем условие - несправедливое. В Германии работают закон об общих условиях сделок 1976 года и Германское Гражданское Уложение, в Англии Закон о несправедливых контрактных условиях 1977 года<sup>4</sup>, которые регулируют вопросы справедливости условий сделок.

Многие страны (Англия, США, Германия, Голландия, Австрия) применяют механизм защиты от несправедливых договорных условий и к взаимоотношениям между предпринимателями, несмотря на то, что становление принципа договорной справедливости во многом обусловлено отношениями, складывающимися между предпринимателями и потребителями. Обусловлено это тем, что между малыми предпринимателями и потребителями с точки зрения их переговорных возможностей отсутствуют различия.

Как отмечает А.Г. Карапетов<sup>5</sup>, зарубежное право использует комбинацию инструментов **ex ante превенции** (императивные нормы) согласно которым свобода договора блокируется законодательно.

Считаем, что по аналогии в отечественном законодательстве это императивные нормы ГК РФ, положения законов о защите конкуренции и потребительских отношениях, а также Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП).

---

1 Защита прав потребителей финансовых услуг / М.Д. Ефремова, В.С. Петришев, С.А. Румянцев и др.; отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. М.: Норма, Инфра-М, 2010. С.35-89.

2 Артем Георгиевич Карапетов - д.ю.н., профессор Российской школы частного права при Правительстве РФ, научный руководитель Юридического института «М-Логос», автор ряда монографий и публикаций по вопросам договорного права. Один из разработчиков доктрины несправедливых договорных условий в современной России.

3 [http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/1422]; [http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/1541].

См. также: Механизм ограничения и исключения договорной ответственности в международном торговом обороте. Чирчин А.//Внешнеторговое право. 2010. №1. СПС Консультант плюс.

4 Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 320-345.

5 Там же.

И механизм **ex post коррекции** (нормы о добросовестности, добрых нравах и публичном порядке, кабальности и т.д.), согласно которому осуществляется судебный контроль торгового оборота, с точки зрения оценки политико-правовой приемлемости договорных отношений.

В зарубежных странах задача борьбы с несправедливыми договорными условиями делегируется судам.

В Российском законодательстве проблематика регулирования несправедливых договорных условий находится на стыке частного и публичного права, так вопросам справедливости условий посвящены нормы части 2 статьи 14.13 КоАП РФ, исключающие возможность включения в договор, условий, ущемляющих установленные законом права потребителей. Следует заметить, что данные нормативные положения регулируют исключительно потребительские отношения и проверяют положения сделки на соответствие закону, также как и нормы статьи 16 Закона о защите конкуренции, так и Закон о защите прав потребителей.

При применении указанных норм, судами разрешается вопрос не о справедливости положений договора, а о законности его условий и соответствия нормативному порядку<sup>1</sup>, однако нами исследуется вопрос не соответствия, а соотношения условий договора положениям о справедливости, добросовестности в обороте.

Большой интерес вызывают модели регулирования несправедливых договорных отношений закрепленных в гражданском законодательстве, механизмы защиты слабой стороны договора и так называемый судебный контроль договорных условий сформулированный А.Г. Карапетовым.

При судебном контроле необходимо уделять внимание «балансу интересов сторон», который, как отмечает О.А. Кузнецова, можно рассматривать как принцип - идею гражданского права, который своего рода «противовес» крайнего появления принципа свободы договора.<sup>2</sup>

Следует заметить, что в доктрине и на практике не сформировалось единой позиции, о том какую экономически слабую сторону договора необходимо защищать, потребителя или любого участника торгового оборота встретившего несправедливые условия на пути реализации своих экономических интересов.

Согласно нашему подходу, защита от несправедливых договорных условий носит дуалистическую правовую природу. Защита должна активно работать, когда сторона с ограниченной переговорной позицией становится перед угрозой принятия несправедливых условий, как потребитель, в связи с тем, что защита от несправедливости договора это прерогатива потребительских отношений.

Однако, право может вмешиваться в автономию воли сторон и в случаях когда слабой стороной является коммерсант. Вместе с тем, право не должно и

---

<sup>1</sup> О чем свидетельствует обширная судебная практика, см. например: Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 14.12.2010 по делу № А39-3185/2010; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 17.06.2009 по делу № А33-16877/08; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.08.2009 по делу № А75-479/2009.

<sup>2</sup> О.А. Кузнецова Нормы-принципы российского гражданского права. М., 2006. С. 133-140.



не может исправлять ошибки и просчеты профессиональных участников торгового оборота.

Вопрос о *месте* несправедливых условий договора остается в настоящее время дискуссионным. Ряд ученых придерживается точки зрения, согласно которой о несправедливости возможно говорить, только когда одна из сторон отношений не принимала участия в создании договорного формуляра, в свою очередь несправедливость и несогласованность частично отождествляется.

Согласно другому подходу, несправедливые договорные условия могут быть предусмотрены как в стандартных формах контрактов, так и в договорах согласованных сторонами.

Крупные фирмы применяя стандартные формы договоров, сокращают риск ошибок и злонамеренных действий со стороны своих сотрудников при заключении договоров с клиентами, также снижается риск транзакционных издержек (издержек на поиски контрагента), к тому же, в большинстве случаев, сотрудники фирмы, с которыми контактируют контрагенты (покупатели) не обладают полномочиями по изменению условий стандартных форм, независимо от требований клиентов, даже с ссылкой на несправедливость условий.<sup>1</sup>

Как правило, указанное поведение и использование несправедливых договорных условий обусловлено монополизацией рынка, сосредоточением его в руках ограниченного круга лиц.<sup>2</sup> Однако жесткие и несправедливые условия, можно встретить и на тех рынках, где существует достаточно развитая конкуренция.

Издержки изменения условий договора под конкретного покупателя сильно велики, что обуславливает нежелание изменения условий сделки.<sup>3</sup>

Как отмечает Р.С. Бевзенко - «...отечественное частное право сегодня практически не содержит в себе воплощения доктрины, которую можно было бы назвать доктриной недопустимости несправедливых договорных условий ..., когда при заключении договора переговорная позиция одной стороны настолько сильнее позиции другой стороны, что путем различных приемов договорной техники более сильная сторона может настоять на включении в договор условий, которые будут существенным образом исказить баланс интересов сторон...».<sup>4</sup>

По нашему мнению законодательство и судебный контроль должны взять функции обеспечения контроля над справедливостью условий договоров.

Одним из таких механизмов контроля за условиями договоров являются положения пункта 2 статьи 428 ГК РФ о возможности изменения и расторжения договора по требованию присоединившейся стороны, в том числе ввиду наличия законных, но несправедливых договорных условий. Непопулярность указанной нормы в правоприменительной практике как средства защиты от несправедливых условий договора обусловлена «обременительным» механизмом их оспаривания и долгосрочными «экономическими» ожиданиями.

1 Eisenberg M.A. The Limits of Cognition and the Limits of Contract// Stanford Law review.1995/ Vol. 47 P. 242.

2 Lord DipLock, A Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay [1974] 1 WLR 1308, 1316.

3 [http://pravo.ru/review/face/view/62287/] Р.С. Бавзенко к.ю.н., начальник управления частного права Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в интервью «Сильная переговорная позиция это не повод для злоупотребления».

4 Там же.

Как отмечает А.И. Савельев оба способа защиты, предусмотренные указанной нормой, не отвечают существу отношений, возникших в связи со стандартными формами. Расторжение договора не разрешает проблему, а создает ее вновь. Вместе с тем изменение условий это эффективный способ, однако с точки зрения торгового оборота, срок жизни договора может быть меньше срока судебного разбирательства, в связи с чем, данные обстоятельства необходимо учитывать при выборе способа защиты права.<sup>1</sup>

М.И. Брагинский, В.В. Витрянский обращают особое внимание на то, что появление в гражданском законодательстве положений о договоре присоединения, обусловлено необходимостью защиты слабой стороны в договоре.<sup>2</sup>

Следует заметить, что в литературе условия, перечисленные в диспозиции ст. 428 ГК РФ, дающие основания на приведение нормы в действие (ограничение ответственности и прочие), некоторыми авторами отождествляются с несправедливыми условиями по формуле: положение содержит условие, презюмируется его несправедливость. При этом как не учитывается вся специфика участия в торговых отношениях, так то обстоятельство, что указанные условия не связаны с законностью договора или его отдельных положений конкретность.<sup>3</sup>

Существуют на практике и проблемы признания того или иного договора по статье 428 ГК РФ договором присоединения.

В литературе отмечается, что положения статьи 428 ГК РФ это единственное средство защиты<sup>4</sup> от злоупотребления свободой договора со стороны экономически сильного контрагента, в контексте несправедливости договорных условий, однако это далеко не так.

Навязывания условий договора стороной с сильной переговорно - договорной позицией, будь это монополист или просто крупный участник торгового оборота также, вызывает определенный правовой интерес с позиции применения статьи 10 ГК РФ.

Указанная норма активно фигурирует в борьбе в Высшей судебной инстанцией системы арбитражных судов России, при рассмотрении споров об отчуждении имущества за несправедливое встречное исполнение, а также дел о лизинге в которых лизингополучатель, просрочивший платеж и вынужденный вернуть предмет лизинга, лишался части уже уплаченной за него выкупной цены.

Разработка и использование стандартных условий договора есть - реализация права на определение условий договора. Если контрагент не может почувствовать в определении условий договора, то сторона разработчик должна

---

1 См.: Савельев А.И. Договор присоединения в российской гражданском праве//Вестник гражданского права. 2010. № 5. СПС Консультант плюс.

2 Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стр.-М.: Статут. 2009. С. 797-808.

3 Указ. Соч. С. 801-802.

4 Пьянкова. А.Ф. Баланс интересов сторон в процессе заключения гражданско-правового договора: сравнительно-правовой аспект// Гражданское право. 2011. № 4. СПС Консультант плюс.

исходя из принципов разумности и добросовестности - учитывать разумные интересы контрагента, как отмечает в своих работах А.А. Клочков.<sup>1</sup>

При включении в состав стандартных условий явно несправедливых положений, сторона разработчик злоупотребляет своим правом, вытекающим из свободы договора, и суд может не только отказать ей в реализации своего права, основанного на таком несправедливом условии, но и признать недействительным такое условие в целом.<sup>2</sup>

В настоящее время в доктрине и практике не утихает дискуссия о балансе публичного и частного права в вопросе контроля справедливости условий договора и борьбе со злоупотреблениями в торговом обороте.

**На основании изложенного, считаем необходимым** перевести акцент, по контролю за справедливостью договорных условий с императивных норм гражданского законодательства и положений закона о защите участников потребительских отношений, а также норм КоАПа и закона о защите конкуренции на так называемый судебный контроль.

Что в свою очередь, как отмечают Ю. Б. Фогельсон и А.Г. Карапетов приведет к увеличению справедливых и правосудных судебных решений, а не только формально справедливых.

---

<sup>1</sup> Клочков А.А. Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

<sup>2</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127 "Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации"; См. также: Кацян Т. Злоупотребление субъективным правом // ЭЖ-Юрист. 2011. №5. С. 8 - 9.

## **Некоторые вопросы правового регулирования системы налогов и сборов Республики Казахстан**

Бекежанов Даурен Нуржанович,  
магистр юридических наук,  
Жетысуский государственный университет им.И.Жансугурова  
Республика Казахстан

Научный руководитель:  
Демин Александр Васильевич,  
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и  
финансового права Юридического института СФУ

Налоги – важнейшая часть общественно-хозяйственной жизни. Адекватное налогообложение выступает важнейшим фактором общего состояния народа, организаций и государства в целом. Правовое регулирование налогообложения является, и будет являться в будущем важным направлением любого государства, будучи связано с поступлением финансовых средств в государственную казну.

Будучи точкой соприкосновения публичных интересов государства и частных интересов в сфере экономического пространства общественной жизни (как объективное финансово-правовое явление), сфера налогообложения всегда выступает как зона объект регулирования налоговым правом. [1, 20].

Понятие налог в разных источниках рассматривается по-разному. Как правило, в юридической и экономической литературе понятие «налог» рассматривается как обязательный платеж, поступающий в бюджет государства в определенном размере и в определенное время. Нужно различать понятие «налоги» и «сборы». Налоги это обязательные платежи юридических и физических лиц определенного размера, поступающие в государственный бюджет в определенное время. Сборы суть денежные платежи, которые взимаются у физических и юридических лиц за предоставляемые права и оказываемые услуги или выдачи специальных разрешений.

На территории Республики Казахстан законы о налогах направлены на решение следующих обязательств перед государством: создание в Республике Казахстан единой, стабильной и эффективной системы налогов, обеспечение баланса общегосударственных и индивидуальных интересов, развитие предпринимательской деятельности, повышение активности инвестиционной деятельности, увеличение благосостояния государства и граждан, в том числе и путем уменьшения размера налоговых обязательств и снижения общего количества налогов; формирование единой правовой налоговой базы, совершенствование системы ответственности налогоплательщиков за нарушение налоговых законов. Налоги поступают в республиканский или

местные бюджеты согласно порядку, установленному в Налоговом Кодексе Республики Казахстан и законах о республиканском бюджете.

В целях повышения качества исполнения республиканского бюджета нужно работать в направлении совершенствования налогового законодательства, планирования всех доходов и совершенствования применения административных мер за налоговые нарушения, повышения результативности налогового администрирования за счет эффективного использования новых информационных технологий. Усиление заинтересованности предпринимателей в части уплаты налогов, проведение экономической поощрительной политики товаропроизводителей и устранение противоречивости налогового законодательства является основной целью налоговой политики. Важнейшим направлением налоговой политики является также стабилизация налогового законодательства [4, 19].

В соответствии с нормами законов о специализированных экономических зонах местных налогов и сборов, поступления возможны от доходов, прибылей финансового фонда (бюджетов) специализированной экономической зоны. Если законы и другие нормативно-правовые акты противоречат Налоговому Кодексу Республики Казахстан, они не имеют юридической силы. Кроме того запрещается включение налоговых норм в неналоговые законы. Нормативно-правовые акты, регулирующие вопросы налогообложения, должны быть официально опубликованы в средствах массовой информации.

В случаях, когда Республика Казахстан является участником международных договоров, и в законодательстве Республики Казахстан некоторые нормы изложены по-другому, используются нормы международного договора. И если в международных договорах, где Республика Казахстан является участником, не указано, что должно приниматься какой-либо акт внутри Республики, то на территории республики применяется нормы международного договора.

Согласно Налогового Кодекса Республики Казахстан имеются следующие виды налогов и других обязательных платежей в бюджет:

1) налоги:

1. налог корпоративных доходов;
2. налог индивидуальных доходов;
3. налог на добавочную стоимость;
4. акцизы;
5. налог на ренту экспорта;
6. налоги и специальные платежи пользователей недр земли;
7. социальный налог;
8. транспортный налог;
9. земельный налог;
10. налог на имущество;
11. налог игорного бизнеса;
12. налог регистрации;
13. единый земельный налог.

Другие обязательные платежи в бюджет:

II) государственные пошлины;

III) сборы:

1. регистрационные сборы;
2. сбор за транспорт, проезжающего через Республику Казахстан;
3. сбор на аукцион;
4. лицензионный сбор за индивидуальную деятельность;
5. сбор за разрешение пользования радиочастот для организации телевидения и радиовещания.

IV) Используется оплата платежей:

1. за пользования земельного участка;
2. за пользование водных ресурсов верхних источников;
3. за эмиссию окружающей среды;
4. за пользование мир животных;
5. за пользование лесов;
6. за пользование природной зоны особой охраны;
7. за пользование спектра радиочастот;
8. за предоставление услуг междугородней и (или) международной связи, а также сотовой связи;
9. за пользование водных дорог для кораблей;
10. за установку наружной (визуальной) рекламы.

Налоги в Республике Казахстан подразделяются на прямые и косвенные.

Прямые налоги - налог, когда налогооблагаемый субъект одновременно является налогоплательщиком. Косвенный налог - налогооблагаемым субъектом является одно лицо, а реальное бремя по уплате налога несет другое лицо. Например: налог на добавочную стоимость, акцизы и таможенные сборы и пошлины.

Уплата налогов в зависимости от цели производится в денежной форме. В некоторых случаях пользования недр земли налоги могут быть оплачены в натуральном выражении.

В зависимости от субъекта налоги делятся на налоги, уплачиваемые физическими и юридическими лицами. Налоги, получаемые от физических лиц, используются для удовлетворения государственных нужд. Эта деятельность осуществляется через определенные сборы денежных средств физических лиц.

Для государства налоги – источник жизнедеятельности. Они - основной доход государства, основной фонд средств, финансирующий его деятельность. Денежные средства, накопленные за счет налогов, поступают в бюджет, либо во внебюджетные фонды, оттуда выделяются для финансирования государственного аппарата, обеспечения деятельности обороны и общественного порядка, финансирования государственных программ, выдачи заработной платы работников бюджетной сферы, включая учителей, врачей, работников культуры.

Снижение средств за счет налогов, всеобщее уклонение от налогов – немедленно ухудшает положение государства [3].

Налоги, уплачиваемые физическими лицами, снижает уровень их жизнедеятельности, уменьшает возможность приобретения товаров повседневного спроса. А это приводит к снижению уровня общего экономического положения государства. Поэтому налоговая политика государства – это сфера, которая требует разумной регламентации, пристального внимания, глубокого исследования. Самой важной функцией любого государства является формирование дохода государства.

Государственный доход – это прибыль государственного фонда, полученная из различных источников и финансовые ресурсы, используемые для выполнения государством публичных задач и функций. Государственные доходы напрямую связаны с экономическим положением государства, которое основывается на объектах разной собственности и средствах производства. В соответствии с нормами формирования и использования государственных доходов, финансовые ресурсы государства формируются посредством обязательных платежей. При этом основным источником дохода бюджета является налоги и другие специальные платежи.

## **Рынок юридических услуг в Российской Федерации**

Кориков Иван Игоревич,  
студент 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Клык Надежда Леонидовна,  
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и  
финансового права Юридического института СФУ

Участники рынка юридических услуг в странах с рыночной экономикой занимают важное место наряду с банками, биржами и страховыми фондами. Вместе они обеспечивают существование того механизма который мы называем рынок.<sup>1</sup> К сожалению, к России данное утверждение пока относится не в полной мере. Рынок юридических услуг России имеет свою специфику и особые проблемы:

### **1) Устройство рынка юридических услуг**

В настоящий момент на рынке юридических услуг сформировалось три вида субъектов. Во-первых, это адвокатское сообщество. Их деятельность регулируется, Федеральным законом об адвокатуре, кодексом адвокатской этики. Адвокатура является профессиональным сообществом, построенным на основе обязательного членства адвокатов в адвокатских палатах, работающим в рамках общих этических правил, исполняющим важную публично-правовую функцию по оказанию бесплатной юридической помощи, в том числе в виде судебного представительства. Современная адвокатура не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления и действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов.<sup>2</sup>

Во-вторых, это юридические фирмы, созданные в форме коммерческих организаций организации и индивидуальные предприниматели. Их деятельность не урегулирована ничем кроме, общих положений гражданского законодательства и положений закона о юридических лицах и индивидуальных предпринимателях - они не обязаны получать лицензии, сдавать квалификационные экзамены, входить в СРО или каким-то иным способом обеспечивать качество оказываемых услуг.

Вследствие подобного дуализма рынок является разрозненным, отсутствуют «единые правила игры», а участники этого рынка между собой фактически не взаимодействуют.

В результате уже сейчас снижается качество оказываемых юридических услуг, и возникает опасность экспансии рынка со стороны третьего субъекта -

<sup>1</sup> Борщевский М.Ю. Бизнес-адвокатура в США и Германии: учебной пособ. М.:Белые альвы,1995. С.3.

<sup>2</sup> Проект государственной программа РФ «Юстиция». <http://apno.natm.ru/Lists/List/DispForm.aspx?ID=114>



иностранных юридических фирм. По статистическим данным прирост сотрудников международных иностранных юридических фирм, работающих в России увеличился за последние три года на 30%.<sup>1</sup> Самые крупные проекты ведут иностранные юристы, так, к примеру, делами «Газпрома» занимаются немецкие юристы, а Министерство финансов РФ за 2006 год израсходовала на иностранных юридических консультантов 72 миллиона долларов США бюджетных средств.<sup>2</sup>

Таким образом, основной проблемой российского рынка юридических услуг является недостаточно высокий общий уровень профессионализма лиц, оказывающих на постоянной основе юридические услуги гражданам и организациям. В настоящее время представительство в суде вправе осуществлять практически неограниченный круг лиц, как обладающих, так и не обладающих необходимыми знаниями и опытом в области права.

Не менее серьезной проблемой является деятельность недобросовестных лиц на рынке юридических услуг, вовлеченных в совершение преступных деяний. Лица, исключенные из адвокатского сообщества за совершение аморальных и противоправных поступков, имеют возможность продолжать заниматься юридической деятельностью в качестве частнопрактикующего юриста или работника организации. В настоящее время отсутствует эффективный законодательный механизм, позволяющий исключить таких недобросовестных лиц из юридического сообщества.

Сбалансированность рынка юридических услуг зависит от эффективного законодательного регулирования, которое должно осуществляться с учетом государственной политики в сфере оказания квалифицированной юридической помощи в целом.<sup>3</sup>

## 2) Реформа рынка юридических услуг

В целях установления эффективного законодательного регулирования в России сейчас активно обсуждается реформы адвокатуры и рынка юридических услуг в целом, предлагаются следующие варианты реформы.

- Для регулирования юридической профессии и обеспечения равного доступа к рынку сформировать единые квалификационные требования и выдавать всем юристам лицензии, как это было в 90-е годы прошлого столетия;
- Оставить адвокатуру в ее сегодняшнем состоянии, а остальных юристов, объединить в СРО в которых будут установлены единые профессиональные требования. Такая модель отчасти уже функционирует, так по инициативе крупнейших юридических фирм в 2005 году создана Некоммерческое партнерство "Объединение участников рынка правовых услуг **"Национальная Правовая Палата"**. Палата,

1 Martin E Dial Moscow for money. The European Lawyer.2006. December. P.29-36/

2 Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. 2006. № 4(100). С.10-11.

3 См. Проект государственной программа РФ «Юстиция». <http://apno.natm.ru/Lists/List/DispForm.aspx?ID=114>.

активно продвигает идею саморегулирования и объединила несколько десятков юридических фирм – не адвокатов со всей России.<sup>1</sup>

- Принять всех юристов, имеющих намерение оказывать юридические услуги неопределенному кругу лиц, в адвокатскую корпорацию. Подобной позиции придерживается Минюст РФ. Чиновники публично заявляют о несоответствии профессиональным и этическим требованиям юридической профессии не только неких абстрактных юристов, но и адвокатов. Наиболее вероятным сценарием развития событий они считают объединение консультантов на основе адвокатского статуса, но с оглядкой на интересы влиятельной группы многочисленных представителей российских юридических фирм».<sup>2</sup>

Цель реформы: а) очистка рынка от неквалифицированных и недобросовестных участников; б) усиление позиций адвокатуры и представителей юридической профессии в целом, повышение их престижа; в) повышение качества оказываемых услуг; г) обеспечение доступности юридических услуг населению; д) установление единых правил законодательного регулирования деятельности участников рынка юридических услуг.

Обсуждаемая проблема реформирования рынка юридических услуг не нова и своими корнями уходит в историю России. Н.В.Черкасова в своей монографии «Формирование и развитие адвокатуры в России 60-80-е годы XIX века», указывает на то что, до 1864 года: «Судебное представительство существовало не в качестве юридического института, а лишь в качестве обычно правового. Каких-либо требований в виде обязательного или «нравственного ценза» к ним поверенным не предъявлялось. Не существовало и их внутренней организацией.<sup>3</sup> Между тем первым нормативно-правовым актом закрепляющих положение судебного представительства на Руси встречается в Псковской судной грамоте (1397-1467 г.).<sup>4</sup> Устанавливался круг лиц, которые могли иметь представителя в суде. К ним относились женщины, дети, монахи и монахини, глухие и дряхлые старики (статья 58).<sup>5</sup> Институт судебного представительства был развит так, что Псковская судная грамота, детально прорабатывала участие профессионального поверенного (наймита), запрещая ему вести два дела в один день (статья 71), целовать крест за представляемого (статья 36) и пр.<sup>6</sup>

Таким образом, древнее право Руси демонстрирует достаточную степень адекватности в нормативно-правовом регулировании вопроса профессионального представительства в суде, убедительно свидетельствуя о наличии института представителей на профессиональной основе (наймиты).<sup>7</sup> В дальнейшем, вплоть до реформы Александра II, развитие профессиональных

---

1См. <http://www.legalfirms.ru/>.

2Муранов А.И. «Адвокатура как царство кащей и «партия антимонополистов». Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов VII ежегодной научно-практической конференции, 2010г.- М.: Информ-право,2010 –С.103.

3 Черкасова Н.В. Формирование и развитие адвокатуры в России в 60-80-е годы XIX века. М.: Наука, 1987. С.53.

4 История отечественного государства и права. Хрестоматия. М.:Юрид.колледж МГУ,1996. С.22.

5Российское законодательство X-XX веков.Т.1. Законодательство Древней Руси М.:Юрид.лит.,1984. С. 100.

6 Владимирский-Бубанов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/д:Феникс,1995. С.586.

7 Чернов Р.П. История Российской адвокатуры. ». Адвокатура. Государство. Общество: сб. материалов VII ежегодной научно-практической конференции, 2010г.- М.: Информ-право,2010 С. 137-143.

полномочий профессионального представителя в судопроизводстве не наблюдается, суд вообще перестает быть делом обычным, становится источником страха для населения и формой реализации властных полномочий высшей государственной власти.<sup>1</sup>

Такое положение дел связано в частности с тем, что цари, от Петра Великого до Николая I, были настроены решительно против создания в России адвокатской корпорации западного образца. Екатерина II и Николай I считали адвокатов главными виновниками французской революции и гибели монархии и резко отрицали саму идею адвокатуры западного типа.

К середине XIX века созрело понимание необходимости реформ, уже сформировалось убеждение, что состязательный процесс – самый древний, естественный и единственный способ судопроизводства. «Но необходимое условие введения состязательного процесса, как неоднократно повторялось в судебных записках,- есть учреждение сословия судебных поверенных» т.е. фактически создание адвокатуры.

Судебная реформа 1864 года, воплотившая либеральные начала в праве, пыталась решительно порвать с прошлым в отношении к адвокатской профессии. Эта реформа, целью которой явилось введение элементов более прогрессивного образца в правопорядок России.

Согласно данной реформе произошло разделение на присяжных поверенных и частных поверенных. Сфера их деятельности совпадала, разница состояла лишь в том, что в отличие от присяжных поверенных, имеющих право выступать в любом суде Российской Империи, частные поверенные могли выступать только в судах, выдавших такое разрешение. Деятельность частных поверенных представляла сильный контраст с адвокатурой западного образца. Законодательство, регулирующее деятельность частных поверенных, сохраняло их дореформенный статус. Это была фактически неорганизованная, формально незарегистрированная группа.<sup>2</sup>

В конце 80-х начале 90-х годов XX века изменилась система оказания правовой помощи: адвокатура утратила самое главное - свою многолетнюю монополию на оказание юридических услуг. С одной стороны, появились всякого рода юридические кооперативы и юридические фирмы, а с другой – так называемые «параллельные» коллегии адвокатов. Все эти структуры активно взаимодействовали и конкурировали друг с другом.

Как видно наше государство не первый раз пытается реформировать рынок юридических услуг, но пока что не смогло выработать эффективных методов его построения и регулирования. Данная проблема не так проста, как может показаться, при ее решении необходимо учитывать не только особенности структуры рынка, но и обращать внимание на развитие и потребности иных рынков и общества в целом, а также ответить на вопрос для чего и какое место юридические образования должны занимать в государстве.

---

<sup>1</sup> Чернов Р.П. Там же. С. 137-143.

<sup>2</sup> Буровин В.Н. Адвокатская деятельность .М.: Из-во МНЭПУ, 2001. С. 44.

### 3) **Значимость рынка юридических услуг для формирования правового государства и гражданского общества**

Преобразования, происходящие внутри рынка юридических услуг, напрямую отражают процессы, происходящие в самом государстве. В России адвокатура как первый представитель рынка юридических услуг вместе с судебными уставами возникла в лоне полицейского государства с примесью просвещенного и всякого другого абсолютизма, на пороге государственных образований прерванных на полпути. Нигде и никогда юридические формирования не имели политических целей в истинном смысле этого слова, но они везде и всегда – по свойству своей основной функции оказывались союзниками тех политических партий, девизом которых являлось раскрепощение человеческой личности от гнета государственной власти.<sup>1</sup>

Стоит заметить, что в некоторых странах - романо-германской системы права (Россия, Италия, Испания, Япония), где вместе с тем адвокатура имела относительно небольшое влияние, испытывая сильное давление со стороны государственной машины, к власти в той или иной форме пришел тоталитаризм с присущими такому строю массовыми репрессиями. В США, Великобритании, Канаде, Австралии, где существовала система так называемого общего права и независимая адвокатура, удалось избежать существенных нарушений прав и свобод человека.<sup>2</sup>

Через рынок юридических услуг происходит обеспечение прав и свобод человека и гражданина, когда последний оказывается в проблемной жизненной ситуации препятствующей самостоятельно реализовать свои права и свободы.<sup>3</sup> В результате проведения реформы рынка юридических услуг гражданское общество должно приобрести законодательно признанный профессиональный правозащитный институт, каким сейчас считается лишь одна адвокатура.<sup>4</sup>

---

1 Винаверь М. Адвокатура и правовое государство. С.-Петербург. Типография Т-ва «Общественная польза», Бол.Подъяч., 39. 1905г. С.9-10.

2 Буровин В.Н. Адвокатская тайна.-М.: Статут,2006. С.27.

3 Шафиров В.М. Обеспечение права: человекоцентрический подход. КГУ. 2005.С.128.

4 Буровин В.Н. Там же. С.30.

## Существует ли безнадежный корпоративный спор?

Рязанцева Ольга Викторовна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Клык Надежда Леонидовна,  
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и  
финансового права Юридического института СФУ

В настоящее время, в России, активно ведутся дискуссии о способах защиты корпоративных прав, о сферах применения различных способов и, конечно, об их эффективности. Российская Федерация – страна с активно развивающейся экономикой, акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью являются наиболее удобными организационно-правовыми формами для участия в экономической жизни в качестве субъектов. Количество юридических лиц растет с каждым днем и существенная часть из них – хозяйственные общества.

Так по состоянию на 01.10.2011 года по Красноярскому краю было зарегистрировано 67 907 юридических лиц, из них путем создания 66 413, а по состоянию на 01.11.2011 года уже 68 599, из них путем создания 67 092<sup>1</sup>.

Хозяйственные общества – это самые успешные компании, это самые быстроразвивающиеся компании.

Именно с популярностью АО и ООО связана и частота корпоративных споров, а так же частота правонарушений в корпоративных правоотношениях. Это вызвано желанием недобросовестных лиц получить в свое распоряжение прибыльные, активные компании с целью незаконного обогащения. Поэтому, как никогда, важно иметь эффективный, универсальный механизм, способный защитить корпоративные права участников хозяйственных обществ. И в связи с этим возникает вопрос: есть ли такой механизм (мы), или же существуют корпоративные споры заведомо «безнадежные для рассмотрения» - ситуации в которых защитить «корпоративный актив» силами действующего законодательства просто не возможно.

Акционерным обществом признается коммерческая организация, уставный капитал которой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные права участников общества (акционеров) по отношению к обществу<sup>2</sup>.

Акция - эмиссионная ценная бумага, закрепляющая права ее владельца (акционера) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, на участие в управлении акционерным обществом и на часть

<sup>1</sup> <http://www.r24.nalog.ru/gosr/ig/irul/>.

<sup>2</sup> Об акционерных обществах: ФЗ РФ от 26 дек. 1995 г. № 208 -ФЗ (с посл. изм.)// СЗ РФ. 1996. № 1.

имущества, остающегося после его ликвидации. Акция является именной ценной бумагой<sup>1</sup>.

Обществом с ограниченной ответственностью признается созданное одним или несколькими лицами хозяйственное общество, уставный капитал которого разделен на доли; участники общества не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им долей в уставном капитале общества<sup>2</sup>.

Но на вопрос «что такое доля в уставном капитале ООО?» Российское законодательство не дает ответа.

Анализ судебной практики позволил выделить ситуации, пути разрешения которых не выглядят простыми и однозначными.

Например, А. А. Маковская называет следующие случаи:

- акционерное общество преобразовалось в общество с ограниченной ответственностью и наоборот;

- в обществе с ограниченной ответственностью произошло увеличение уставного капитала с изменением размера долей участников общества<sup>3</sup>.

На примере данных ситуаций попытаемся разобраться.

Последнее время суды активно формируют практику такого способа защиты корпоративных прав, как восстановление корпоративного контроля. Данный способ защиты является «модификацией» применительно к корпоративным отношениям, названного в статье 12 Гражданского Кодекса Российской Федерации способа защиты прав – восстановление положения существовавшего до нарушения права<sup>4</sup>.

Согласно пункту 17 статьи 21 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»: если доля или часть доли в уставном капитале общества возмездно приобретена у лица, которое не имело права ее отчуждать добросовестным приобретателем, лицо, утратившее долю или часть доли, вправе требовать признания за ним права на данную долю или часть доли в уставном капитале общества с одновременным лишением права на данную долю или часть доли добросовестного приобретателя при условии, что данные доля или часть доли были утрачены в результате противоправных действий третьих лиц или иным путем помимо воли лица, утратившего долю или часть доли.

Такое требование может быть заявлено в течение трех лет со дня, когда лицо, утратившее долю или часть доли, узнало или должно было узнать о нарушении своих прав<sup>5</sup>

Данные положения статьи не давали ответа на вопрос, а как же быть в ситуации, когда уставный капитал увеличен или уменьшен, а еще при всем при этом произошла реорганизация общества путем, скажем, присоединения к другому обществу.

1 О рынке ценных бумаг: ФЗ РФ от 22 апр. 1996 г. № 39-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 1996. №17. Ст. 1918.

2 Об обществах с ограниченной ответственностью: ФЗ РФ от 08 февр. 1998 г. № 14-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

3 См.: Маковская А. А. Восстановление корпоративного контроля в системе способов защиты гражданских прав // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 1. С. 107

4 Там же.

5 Об обществах с ограниченной ответственностью: ФЗ РФ от 08 февр. 1998 г. № 14-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

Президиум ВАС РФ в постановлении от 03.06.2008 года №1176/08 отмечает: «статья 12 Гражданского Кодекса Российской Федерации предусматривает такой способ защиты корпоративных прав, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права. В области корпоративных отношений реализация данного способа защиты прав может выражаться в виде присуждения истцу соответствующей доли участия в уставном капитале хозяйственного товарищества или общества исходя из того, что он имеет право на текущее участие в хозяйственном товариществе или обществе, которое он имел бы при соблюдении требований действующего законодательства».

В деле А55-29068/2009 истцом был подан иск к Е., Э. и Обществу о признании права на долю в уставном капитале ООО в размере 33% с одновременным лишением права на эту долю ответчиков (с учетом уточнения иска). Свои требования истец мотивировал тем, что спорная доля была утрачена им помимо его воли в результате неправомерных действий третьих лиц.

Первой, апелляционной и кассационной инстанциями в удовлетворении требований было отказано, одним из оснований отказа было отсутствие обжалования сделок, лежащих в основании перехода доли.

По этому делу в постановлении Президиума ВАС РФ от 28.06.2011 года Высший Арбитражный суд отразил следующую позицию: при выборе истцом способа защиты, отраженного в пункте 17 статьи 21 ФЗ об ООО «Права лица, считающего себя владельцем спорной доли, подлежат защите вне зависимости от признания недействительными ранее совершенных юридически значимых действий с таким имуществом».

Судебные акты нижестоящих инстанций были отменены, дело направлено на новое рассмотрение.

По этому же делу 20.02.2012 года Арбитражный суд первой инстанции в связи с новым рассмотрением дела вынес решение об удовлетворении требований истца. При этом за время рассмотрения дела, ответчик – ООО было реорганизовано два раза путем присоединения, уставный капитал был увеличен, и суд, заменив ответчика правопреемником, следующим образом применил нормы о защите корпоративных прав: указав, что на момент неправомерного выбытия из состава участников общества доля истца была 33%, что в денежном выражении составляло 2 772 руб., суд посчитал, что на настоящий момент 2 772 руб. (с учетом увеличенного уставного капитала) составляет в процентном выражении 2, 56% и удовлетворил исковые требования, признав за истцом право на долю размером 2, 56% номинальной стоимостью 2 772 руб., одновременно лишив права на эту долю единственного участника ООО, которое стало ответчиком в результате реорганизаций.

Думается, аналогичным образом следует решать подобные ситуации. Таким образом, сфера применения пункта 17 статьи 21 ФЗ «Об ООО» будет существенно расширена в целях всесторонней защиты корпоративных прав и целый пласт споров, считавшихся «безнадежными» больше не будет являться таковым.

Что касается защиты прав акционеров в ситуациях, когда акции перешли третьим лицам по цепочке сделок, произошла конвертация акций, то подобной нормы в ФЗ об АО нет.

В Концепции<sup>1</sup> по поводу защиты прав владельцев бездокументарных ценных бумаг сказано следующее: «Восстановление прав предшествующих правообладателей бездокументарных ценных бумаг должно осуществляться посредством иска, предъявляемого лицом, утратившим формальную легитимацию в отношении прав, оформляемых бездокументарной ценной бумагой, к лицам, формально легитимированным посредством записей по счетам. При этом условия удовлетворения этого требования и распределение бремени доказывания должны определяться так же, как и в отношении классических ценных бумаг, с учетом особенностей прав, составляющих содержание бездокументарных ценных бумаг (обращаются ли бумаги на организованном рынке, предоставляют ли они права участия или же являются денежными требованиями и т.д.).»

В отношении ценных бумаг, предоставляющих права участия (например, в корпорации или иной имущественной общности), правила о восстановлении прав на бумаги в случае выбытия их помимо воли собственника (в результате противоправных действий третьих лиц либо лица, ведущего учет прав) следует дифференцировать в зависимости от того, обращаются ли данные бумаги на организованном рынке. В частности, если есть возможность приобретения аналогичных бумаг на бирже, истребование похищенных бумаг у добросовестного приобретателя нецелесообразно».

Кажется, что нельзя во всем согласиться с Концепцией, такое разграничение ценных бумаг - «обращаются ли данные бумаги на организованном рынке» представляется не допустимым, поскольку это может не только ослабить защитный механизм, но и подтолкнуть к совершению противоправных деяний в сфере корпоративного управления, ведь лицо, обращающееся за защитой, имеет интерес в восстановлении положения акционера, как правило, в конкретном юридическом лице.

Однако обращает на себя внимание положение Концепции о том, что общие условия удовлетворения таких исков аналогичны условиям удовлетворения исков по пункту 17 статьи 21 ФЗ об ООО и условиям удовлетворения виндикационных исков.

Представляется необходимым закрепить в Гражданском Кодексе РФ общие положения о защите обоих «корпоративных активов» (доля и акция) по формулировке пункта 17 статьи 21 ФЗ об ООО, так же следует закрепить позицию судов, согласно которой несмотря на реорганизацию и изменение размеров уставного капитала требования о восстановлении корпоративного контроля должны подлежать удовлетворению. Это позволит эффективно защищать права, при этом учитывать особенности «корпоративных активов», как объектов гражданского оборота.

---

<sup>1</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 11.



## **Отношение предпринимателей города Барнаула к процедуре медиации**

Тихонова Олеся Сергеевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры факультета социологии  
Алтайского государственного университета

Научный руководитель:  
Нагайцев Виктор Валентинович,  
к.с.н., доцент кафедры эмпирической социологии и социологии  
Алтайского государственного университета.

С 1 января 2011 года в Российской Федерации вступил в силу Федеральный закон от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)". Данная процедура позволяет цивилизованным и оперативным путем урегулировать споры, возникающие из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений<sup>1</sup>.

Процедура медиации является альтернативой судебному разбирательству и призвана разгрузить судебную систему. Специфика процедуры медиации как альтернативного способа разрешения споров заключается в следующем: непосредственное участие сторон конфликта в выработке и принятии взаимовыгодного решения, стоимость процедуры ниже стоимости судебного разбирательства, конфиденциальность, время рассмотрения – не более 60 дней (кроме случаев, предусмотренных ФЗ), гибкость процесса, возможность прекращения процедуры в любой момент, отсутствие коррупционной составляющей.

По мнению председателя Третейского суда для разрешения экономических споров РФ Евгения Суханова, чтобы в России привлечение посредника к разрешению конфликта стало системой, необходимо три условия: готовность предпринимателей использовать альтернативные методы разрешения споров, наличие специалистов по урегулированию конфликтов и поддержка государства.

Остановимся подробнее на одном из этих условий, а именно – готовности предпринимателей использовать альтернативные методы разрешения споров.

Альтернативные способы разрешения споров обладают рядом преимуществ, однако на сегодняшний момент востребованы такие способы далеко не в полной мере и не во всех сферах, где они могут и должны применяться. На данном этапе к альтернативным способам разрешения конфликтов и споров многие относятся скептически, указывая на то, что они

---

<sup>1</sup> Комментарий к ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»/ отв. ред. С.К.Загайнова, В.В.Ярков. 2011. – 272 с. [автор комментария – С.К.Загайнова]

неприменимы к российским условиям. Наше общество в силу ряда причин, по мнению некоторых специалистов, пока не готово к таким способам постольку, поскольку не в состоянии взять на себя ответственность за принятие определённого решения. Статистика развитых стран показывает, что от 83% до 85% всех процедур медиации успешны. Более того, от 5% до 10% участников медиации приходят к результату – к полному или к частичному соглашению в течение короткого времени после процедуры<sup>1</sup>. Даже если соглашение не достигнуто, вовлечение в медиацию повышает понимание и удовлетворение сторон-участников: переговоры оказывают положительное влияние на восприятие участников и их действия в судебном процессе.

Для изучения отношения предпринимателей города Барнаула к процедуре медиации было проведено социологическое исследование. Сбор эмпирического материала осуществлялся в марте – апреле 2011 года.

Для проведения экспертного опроса были выбраны две категории специалистов: сотрудники обучающих центров и преподаватели факультета социологии АлтГУ, осуществляющие подготовку потенциальных медиаторов, а также специалисты, которые непосредственно осуществляют процедуру медиации для своих клиентов или готовы её проводить. В качестве основного метода сбора информации было использовано формализованное интервью предпринимателей города Барнаула.

Итак, по поводу того, будет ли процедура медиации пользоваться спросом в Барнауле при разрешении коммерческих споров, единодушия среди экспертов нет. И хотя большинство экспертов всё-таки считают, что будет пользоваться активным спросом тогда, *«когда власть и предприниматели дозреют до этого»* и *«при должном информировании населения о преимуществах этой процедуры»*, есть и те, кто считает, что у процедуры медиации нет будущего не только в городе Барнауле, но и в России в целом.

Все эксперты знакомы с примерами применения процедуры медиации в городе Барнауле. Что касается вопроса о том, давно ли в Барнауле стали осуществлять процедуру медиации, то чаще всего указывали на начало двухтысячных годов, однако, при этом замечали, что осуществлялась она с тех пор в разовом порядке, в качестве эксперимента, *«систематически же до сих пор нет»*.

Наиболее успешные организации, которые осуществляют процедуру медиации на территории Барнаула – «ПАМА» и «Международная Академия Медиации». В «Первое Алтайское Медиаторское Агентство» за всё время его существования (юридически агентство зарегистрировано с апреля 2010 года) поступило 21 обращение за проведением процедуры медиации, из них 15 проведённых процедур.

Автономная некоммерческая организация "Международная Академия Медиации" осуществляет свою деятельность на базе Алтайского экономического Территориального суда. Проводит процедуру медиации с

---

<sup>1</sup> Аллаhverдова О.В. Медиация — новая коммуникативная практика в разрешении конфликтов [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.jourssa.ru/2006/4/4aAllahverdova.pdf>. - Загл. с экрана.

января 2009 года, с момента существования удалось провести 11 процедур медиации.

По мнению Председателя Алтайского Третейского суда, управляющего партнера консалтинговой группы "Де-Конс" Юрия Холоденко, закон в его сегодняшнем виде — без дополняющих его положения подзаконных актов, внесения изменений в иные федеральные законы — является во многом декларативным, поскольку пока в нем не предусмотрены конкретные механизмы, которые бы способствовали тому, чтобы предприниматели и граждане были бы вынуждены прибегать к услугам медиации.

Для того чтобы процедура медиации стала более популярной, по мнению Председателя Алтайского третейского суда необходимо сделать процедуру медиации предшествующей рассмотрению дела в суде. Другой вариант — поднять ставки в судах, что подтолкнет стороны как-то договариваться вне суда<sup>1</sup>.

Все организации, заявляющие, что готовы проводить процедуру медиации на сегодняшний день занимаются оказанием различных юридических услуг и осуществление медиации — не основная их деятельность, а одна из составляющих. Профессионально провести процедуру медиации в городе Барнауле могут лишь единицы.

Как было отмечено выше, в качестве основного метода сбора информации в данном исследовании выбрано стандартизированное интервью. Респондентами выступили предприниматели города Барнаула.

Понятие медиации знакомо 54% предпринимателей, 34% респондентов что-либо слышали о понятии медиации и 12% не знакомы с таким понятием.

На открытый вопрос «*Что такое медиация?*» респонденты чаще всего отвечали, что это урегулирование споров третьим незаинтересованным лицом, решение конфликтов третьими лицами, урегулирование конфликтов при участии третьей стороны, посредничество в конфликте с целью его разрешения, технология разрешения споров и т.д.

Респонденты заявили, что конфликты в их профессиональной деятельности случаются периодически, в среднем раз в месяц, у 20% конфликтов, связанных с трудовой деятельностью практически не бывает.

Если говорить о разновидности конфликтов, то это, прежде всего конфликты с бизнес-партнёрами и внутриорганизационные межличностные конфликты.

Судебным разбирательством пользовались 35% респондентов (несколько раз приходилось использовать), 65% никогда не использовали судебное разбирательство для решения своих споров.

Из тех, кто использовал судебное разбирательство для разрешения споров и конфликтов 57% выказали частичное удовлетворение результатом, 29% скорее не удовлетворены. Одинаковое количество респондентов оценивают свой опыт участия в судебном разбирательстве как совершенно неудовлетворительный, так и полностью удовлетворительный.

---

<sup>1</sup> Алтайпресс [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://altapress.ru/story/55843>. - Загл. с экрана.

Что касается осведомлённости предпринимателей о принятии ФЗ №193 "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)", то 23% заявили о полной осведомлённости, 45% что-то слышали о вступлении закона о медиации в силу и 32% не знали об этом.

В качестве альтернативных методов разрешения конфликтов 37% предпринимателей заявили, что пользовались консультациями специалиста, на втором месте по использованию предпринимателями в качестве альтернативного метода разрешения конфликтов и споров находятся переговоры сторон. Четверть респондентов никогда не применяли альтернативные способы разрешения конфликтов.

Большинство респондентов заинтересовались предоставленной информацией о медиации и её преимуществах перед традиционным способом разрешения конфликтов и споров.

Предприниматели отметили преимущества медиации в сравнении с судебным разбирательством, а именно предприниматели выделили такие показатели, как итог процедуры медиации, меньшие временные затраты, низкие денежные издержки, меньшая психологическая напряжённость и конфиденциальность процесса медиации соответственно.

Большинство респондентов заявили, что возможно в будущем будут использовать процедуру медиации для решения конфликтных ситуаций.

Ситуация на данном этапе выглядит следующим образом: предприниматели города Барнаула в большинстве своём знакомы с таким понятием, как медиация. Многие даже не затруднились дать соответствующее определение данному понятию. Однако на практике предприниматели преимущественно решают возникающие конфликты традиционными способами. Лишь немногие респонденты уже имеют опыт применения альтернативных способов разрешения споров и конфликтов.

И всё же предприниматели высоко оценили возможности процедуры медиации и её преимущества. Большинство из них готовы воспользоваться медиацией в будущем. Но тут возникает проблема с кадрами, со специалистами, которые уже сегодня смогли бы грамотно оказать данный вид услуг. В Барнауле лишь один обучающий центр, подготавливающий потенциальных медиаторов. На факультете социологии Алтайского государственного университета не было ни одного выпуска конфликтологов.

Таким образом, нужно комплексно подходить к вышеперечисленным проблемам на пути признания и становления процедуры медиации как альтернативного способа разрешения споров и конфликтов. Решать возникающие проблемы и трудности необходимо для того, чтобы удалось и разгрузить судебную систему страны и для того, чтобы привить населению страны более цивилизованные и отвечающие времени способы урегулирования конфликтов.

## Использование процедуры медиации в целях реформирования Российской правовой системы

Хайленко Владимир Борисович,  
студент 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Клык Надежда Леонидовна,  
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и  
финансового права Юридического института СФУ

В данной статье хотелось бы поговорить о новом, по крайней мере для Российского опыта, институте Медиации. Ни для кого не секрет, что данный институт уже на протяжении многих лет эффективно применяется в США и странах Европы. На данный момент уже имеется множество научных трудов, описывающих данный институт, выделяются плюсы и минусы, говорится о необходимости данного института, но мало кто говорит о его конкретном механизме деятельности в системе Российского права, а пока окончательно не выработан механизм данного института трудно даже предположить какое влияние окажет медиация на бедующее российской юриспруденции.

Под механизмом понимается «некая функциональная характеристика объекта»<sup>1</sup>, то есть данный термин используется «для уяснения функциональной специфики различных частей (подсистем) и элементов»<sup>2</sup> и перенесения данных элементов на Российские реалии и Российское законодательство, в части соответствия и возможности использования данной процедуры в России. Для данного соотношения выделяются этапы процедуры медиации, через функциональное описание которых, происходит соотношение медиации и действующего гражданского законодательства.

Поэтому хотелось бы в своей работе попытаться отразить механизм действия данного института, а потом уже посмотреть, как данный институт может повлиять на реформирование российской правовой системы.

1. Прежде чем прибегать к медиации необходимо ответить на вопрос «Обязательной или добровольной должна быть данная процедура?».

Согласно п. 1 ст. 4 Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре «Согласительная процедура в отношении возникшего спора начинается в день, когда стороны спора соглашаются обратиться к согласительной процедуре»<sup>3</sup>. Также ст. 3 ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» говорит,

<sup>1</sup> Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 567.

<sup>2</sup> Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 567.

<sup>3</sup> Резолюция генеральной ассамблеи ООН от 24.01.2003 №A/RES/57/18.

что процедура медиации проводится при взаимном волеизъявлении сторон на основе принципов добровольности<sup>1</sup>.

В противовес данной законодательной инициативе имеется мнение президента РСПП А.Н. Шохина, который «выступая на второй Международной конференции «Медиация. Альтернативные методы разрешения споров и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики», обратил внимание собравшихся на практику судов Великобритании. Там практикуется обязательная медиация. Обязательность медиационных процедур в досудебном разбирательстве, по мнению президента РСПП, была бы вполне уместна и в России»<sup>2</sup>.

Также на второй Международной конференции «Медиация. Альтернативные методы разрешения споров и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики» доктор Карл Маки, директор британского Центра эффективного разрешения споров (CEDR), заметил: «В США и в Англии существует обязательная досудебная медиация, иначе крайне трудно сделать эту процедуру популярной. Добровольной она может стать лишь тогда, когда к ней привыкнут. Ведь труднее всего заставить спорщиков начать диалог, а обязательная медиация их к этому подталкивает. И у нас, в Англии, спорщики стали рассматривать медиацию всерьез лишь тогда, когда за отказ от нее начали накладывать штрафы»<sup>3</sup>.

Также сторонником обязательной медиации является Ц.А.Шамликашвили (президент Научно-методического центра медиации и права, исполнительный директор Объединенной службы медиации при РСПП, юрист, медиатор, член Ассоциации юристов России), которая справедливо замечает, что «преимущество, которое, как свидетельствует международный опыт, проявляется сразу после введения принудительной медиации, - это, конечно, разгрузка судов»<sup>4</sup>.

Но возникают два логичных вопроса: Сопоставима ли русская ментальность с английской, для применения их опыта? Целесообразно ли делать медиацию обязательной, при отсутствии опытных медиаторов и отсутствие регламентации данной процедуры?

На мой взгляд, сложившаяся ситуации в экономике России требует обязательной медиации, но ее появление на столь раннем этапе не обоснованно, так как не существует четкого механизма действия данного института и не существует достаточно специалистов, чтобы обеспечить, каждый спор (конфликт) проведением данной процедуры.

Таким образом, целесообразно было бы предусмотреть возможность проведение данной процедуры в качестве бесплатной для участников спора (конфликта), а медиаторами в таком случае будут лица, «прошедшие курс обучения по программе подготовки медиаторов, утвержденной в порядке,

<sup>1</sup>Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2010. №31. Ст. 4162

<sup>2</sup>Лисицын В.В. Медиация - важный элемент правовой культуры российского бизнеса // Вестник арбитражного суда города Москвы. 2009. № 2. С. 26.

<sup>3</sup>Теперь начинается самое главное (16 - 17 ноября 2007 г., г. Москва. Конференция "Медиация. Альтернативные методы разрешения споров и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики") // Медиация и право. 2007. № 4.С. 14-15.

<sup>4</sup>Шамликашвили Ц.А. Медиация в коммерческих спорах // Право и экономика. 2009. № 1. С. 15.

установленном Правительством Российской Федерации»<sup>1</sup>. Соответственно, мы получаем проведение бесплатной медиации, что непосредственно привлечет предпринимателей, а также мы получаем практику для лиц обучающихся медиации, ведь без данного опыта просто невозможно вырастить специалиста в области медиационных процедур. При проведении бесплатной процедуры медиатор, соответственно выбирается из списков лиц, прошедших обучение медиационным процедурам.

Необходимо также учитывать, заинтересованность лиц, прибегающих к процедуре медиации, которая может проявляться в:

- наличие у истца заинтересованности в успешном продолжении ответчиком своей производственно-хозяйственной деятельности, ибо в противном случае ему придется искать другого контрагента, что неизбежно вызовет лишние затраты средств и времени на поиски нового контрагента.

- наличие заинтересованности подобного рода и у самого ответчика, ибо только в этом случае ему выгодно обрести статус дочернего общества, нежели прекратить свою деятельность в процессе несостоятельности (банкротства).

2. Вторым этапом проведения данной процедуры, после выбора медиатора, это определение интересов. Практически нигде в научной, и тем более учебной литературе не раскрывается данный этап должным образом, говорится лишь о том, что «посредник не подменяет собой судью и не выносит решение, а лишь максимально способствует участникам спора, выявляя их действительный интерес и помогая заключить устраивающее всех соглашение»<sup>2</sup>. Данное утверждение абсолютно верное, но оно не отражает сущности проведения данной процедуры и не конкретизирует действия самого медиатора.

Так существует две точки зрения, касающихся проведения данной процедуры в части определения интересов сторон. Приверженцы первой точки зрения считают, что «в ходе данных процедур медиатор проводит со сторонами переговоры, в ходе которых конфликтующие стороны встречаются друг с другом в его присутствии и постепенно приходят к общему решению»<sup>3</sup>, другие же ученые полагают, что медиатор «заслуживший доверие обеих сторон, беседует с каждой из них и в итоге получает больше информации о деле, чем имеют стороны по отдельности»<sup>4</sup>. Данные подходы различаются в способе определения интересов сторон, и их собственно два: либо совместными переговорами, либо переговорами с каждой стороной по отдельности.

П. 3 § 10 «Согласительного регламента МКАС при ТПП РФ», содержит положения о том, что «посредник может вести согласительную процедуру, таким образом, какой он считает надлежащим, учитывая обстоятельства дела, пожелания сторон, включая просьбу стороны о том, чтобы он заслушал устные заявления, и необходимость скорейшего урегулирования спора»<sup>5</sup>. Исходя из

<sup>1</sup>Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2010. №31. Ст. 4162

<sup>2</sup>Марков П.А. Мировое соглашение и примирительные процедуры // Вестник арбитражного суда города Москвы. 2007. № 3. С. 70.

<sup>3</sup>Аболонин В.О. Развитие примирительных процедур в рамках саморегулируемых организаций // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 9. С. 21.

<sup>4</sup>Григорьева Т.А., Пименова Е.Н. Медиация как частноправовой способ разрешения экономических споров // Реклама и право. 2008. № 2. С. 32.

<sup>5</sup>Согласительный регламент Международного Коммерческого Арбитражного Суда при Торгово-Промышленной Палате Российской Федерации // СПС: Консультант плюс.

вышесказанного мы видим, что правовые акты оставляют разрешение данного вопроса на усмотрение медиатора.

Казалось бы, небольшое различие, но из-за него может зависеть успех проведения всей процедуры, так как стороны участвующие в конфликте, как правило, не готовы к разговору, а соответственно в совместном присутствии их усилия будут направлены не на определения интересов, а на соперничество со второй стороной. Именно по этому, превалирует точка зрения, что переговоры на данном этапе должны проходить непосредственно между медиатором и каждой стороной по отдельности, это будет способствовать возникновению большего доверия со стороны спорящих лиц к медиатору, и как следствие будет более полно и четко изложена информация сторонами для медиатора.

3. Следующим этапом является, так называемое, сопоставление интересов. На данном этапе в чистом виде идет работа медиатора, которая заключается в выработке общего соглашения (устраивающего обе стороны). Как уже говорилось выше, медиатор не является судьей и не наделен властными полномочиями для вынесения решения, поэтому справедливо высказывание, что «в технике медиации, речь больше идет о настоящем и будущем. Центральным вопросом является то, как можно урегулировать конфликт, не выискивая виноватых»<sup>1</sup>.

Данный этап можно сравнить с работой судьи, который при принятии решения по делу «оценивает доказательства»<sup>2</sup> и выносит решение в соответствие с «правильным применением законов РФ»<sup>3</sup>. Подобно судье, медиатор сопоставляет интересы сторон и разрабатывает соглашение (предложение об урегулирование спора), в соответствие с интересами сторон (разработанное соглашение на данном этапе ни в коем случае не носит обязательного характера).

4. Следующим этапом является заключение соглашения. Медиатор предлагает рассмотреть выработанное соглашение сторонам и обсудить его. Так о возможности вынесения такого решения говорится в п. 4 ст. 6 Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре, принятого в рамках Резолюции генеральной ассамблеи ООН от 24.01.2003 г. № A/RES/57/18.

При наличии такого предложения об урегулирование спора стороны, смогут увидеть возможность в принятии общего (устраивающего всех) решения, а соответственно «процесс медиации становится для сторон моделью ведения переговоров с позиции сотрудничества»<sup>4</sup>.

Дальнейшая роль медиатора заключается в ведении данных переговоров, на которых стороны могут принять соглашение предложенное медиатором или принять свое собственное.

Существует множество позиций и вопросов касающихся проведения данных переговоров, так например, должен ли медиатор давать советы

---

1Бесемер Х. Медиация: Посредничество в конфликтах. Калуга: 2004. С. 46.

2Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 №95-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ, 29.07.2002. № 30. Ст. 3012.

3Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 №95-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ, 29.07.2002. № 30. Ст. 3012.

4Клечкин А.А. Теоретико-правовой аспект медиации правового конфликта // История государства и права. 2008. № 9. С. 17.



сторонам или же «советы» должны входить подспудно во все задаваемые вопросы с учётом выработанной медиатором концепции примирения? Медиатор должен быть наблюдателем данных переговоров или должен контролировать ход беседы с позиции своего авторитета?

На наш взгляд, невозможно определить идеальный сценария проведения данных переговоров. Как отмечал Джон Р. Элиссон «посредник содействует разрешению конфликта, при этом его функции могут в разных случаях меняться, в зависимости от индивидуальных особенностей и пожеланий сторон и их юристов, а также от природы и истории конфликта и личности самого посредника. Перечень функций посредника в рамках урегулирования спора может изменяться в порядке возрастания от пассивных до наиболее активных»<sup>1</sup>. Данным ученым также были разработаны основные функции, которые на себя может брать медиатор при проведении данных переговоров.

5. Далее следует стадия исполнения выработанного соглашения. Основные дискуссии, касающиеся данного этапа, возникают по поводу того обязательно или добровольно должно исполняться данное соглашение.

Так «в первых вариантах законопроекта предусматривалось право сторон по взаимному согласию утвердить достигнутое соглашение в нотариальном порядке, что должно было придать ему силу исполнительного документа»<sup>2</sup>, в частности об этом говорит А.К. Большова.

В настоящий момент времени ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» предусматривает два варианта заключения медиативного соглашения:

А. «Медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством или законодательством о третейских судах и международном коммерческом арбитраже»<sup>3</sup>.

Б. «Медиативное соглашение, достигнутое без передачи спора в суд, подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон»<sup>4</sup>, то есть как гражданско-правовая сделка.

Таким образом, мы видим, что при утверждении медиативного соглашения сторон в качестве мирового соглашения, не исключает возможность стороны, в случае не исполнения данного соглашения, прибегнуть к исполнительному производству, в соответствии с процессуальным законодательством.

Однако, медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной без передачи спора на рассмотрение суда, такой возможности не предусматривает. На наш взгляд, необходимо

<sup>1</sup>Элиссон Д.Р. Ведение переговоров и разрешение конфликтов (перевод с английского) / М.: 2006. С. 172.

<sup>2</sup>Большова А.К. О примирительной процедуре с участием посредника // Журнал российского права. 2008. № 5. С. 100.

<sup>3</sup>Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2010. №31. Ст. 4162

<sup>4</sup>Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2010. №31. Ст. 4162

предусмотреть повышенную (штрафную) ответственность за не надлежащее исполнение данного медиативного соглашения, во избежание злоупотребления заключения данных соглашений, с целью отсрочки исполнения обязательства на основании закона.

Как считает ряд ученых, в случае проведения процедуры медиации, право должно «отдыхать», я считаю, данную позицию абсолютно верной, но в случае намеренного злоупотребления данным «отдыхом» права на сторону должна ложиться дополнительная ответственность.

В заключении хотелось бы изложить основные положительные стороны процедуры медиации, влияющие на реформирование российской правовой системы, которые выражаются в разгрузке судебной системы Российской Федерации, укрепление экономического оборота, развитие добросовестности сторон, а соответственно использование опыта получаемого при проведении процедуры медиации позволит выработать новые способы правового регулирования отношений между сторонами.

# Трудовое право

## Узаконенный грабеж или проблемы применения статьи 397 ТК РФ

Абрамчик Максим Андреевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

Действующее трудовое законодательство предоставляет достаточно обширный перечень гарантий защищающих права и законные интересы работника, в прессе, научном сообществе, практическими работниками часто обсуждаются вопросы притеснения интересов работника, анализ действующего Трудового кодекса РФ показывает что, его нормы призваны обеспечить максимально комфортные и справедливые условия для выполнения трудовой функции работником.

Вместе с тем, обсуждая аспекты защиты прав работника, часто интересы и права работодателя остаются в тени, в законодательстве, правоприменительной практике, общественном мнении сложилось представление, что в трудовом отношении именно работодатель предстает агрессором, сильной и алчной стороной, которая так и норовит нарушить права работника. В данной работе считаю необходимым осветить положение работодателя в другом аспекте, посмотреть на него со стороны взаимной ответственности работника, работодателя и государства через некоторые положения Трудового кодекса РФ, которые притесняют работодателя как субъекта трудовых отношений.

Одним из проблемных моментов является **ст. 397 ТК РФ**<sup>1</sup> согласно которой, обратное взыскание с работника сумм, выплаченных ему в соответствии с решением органа по рассмотрению индивидуального трудового спора, при отмене решения в порядке надзора допускается только в тех случаях, когда отмененное решение было основано на сообщенных работником ложных сведениях или представленных им подложных документах.

Данная норма, на мой взгляд, ставит работодателя в крайне затруднительное положение, возникает парадоксальная ситуация, работодатель, добросовестно исполняющий свои обязанности, увольняет не добросовестного работника, после этого суд признает увольнение не законным, постановляет восстановить на работе и выплатить работнику денежную компенсацию, при этом в соответствии со **ст. 211 ГПК РФ**<sup>2</sup> данные решения подлежат немедленному исполнению, однако в случаи признания решения суда не правомерным в виду неправильного применения норм материального права, и

<sup>1</sup> Трудовой кодекс российской федерации: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ. М.: ОТиСС, 2002. 142 с.

<sup>2</sup> Гражданский процессуальный кодекс РФ: федер. закон от 14.11.2002 г. N 138-ФЗ. М.: Проспект, 2012. 176 с.

при условии, что работник предоставил не ложные документы, взыскать обратно выплаченные денежные суммы будет не возможно.

Указанная норма не соответствует **ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации**<sup>1</sup>, поскольку не позволяет защитить имущественный интерес работодателя - собственника имущества, который лишен возможности возместить причиненный ему ущерб посредством взыскания денежных средств, выплаченных работнику на основании решения суда, которое было впоследствии отменено.

Показательным является **Определение Конституционного Суда РФ от 16.12.2010 N 1650-О-О** "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества "Банк ВТБ 24" на нарушение конституционных прав и свобод положением абзаца второй части третьей статьи 445 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и статьей 397 Трудового кодекса Российской Федерации", в котором заявитель пытался оспорить **ст. 397 ТК РФ**<sup>2</sup>, но Конституционный суд был не приклонен, в частности в его определении содержалась позиция, что работник, как экономически более слабая сторона, находится еще и в организационной зависимости от работодателя, в силу чего предусматриваются гарантии защиты трудовых прав работников при рассмотрении индивидуальных трудовых споров, к которым, в частности, относятся бесплатность обращения работника в органы, рассматривающие трудовые споры, освобождение работника от судебных расходов, возложение в отдельных случаях бремени доказывания на работодателя, обращение некоторых видов решений суда по трудовым спорам к немедленному исполнению (о восстановлении на работе, о выплате работнику заработной платы в течение трех месяцев).

Также Конституционный суд РФ, в обосновании необходимости ограничения возможности поворота исполнения решения суда отметил, что: *ограничение обратного взыскания с работника сумм, выплаченных ему на основании решения суда, вступившего в законную силу, является одной из таких гарантий и преследует цель соблюдения баланса прав и интересов работодателя и работника, не имеющего, как правило, иных источников дохода кроме заработной платы и выплат, возмещающих ее утрату, в том числе при вынужденном прогуле в случае увольнения, признанного судом незаконным.*

Само по себе, как отмечает Конституционный суд РФ, закрепление процессуальных гарантий защиты трудовых прав работников, добросовестно участвующих в судебном разбирательстве индивидуального трудового спора, направлено на обеспечение реализации конституционного права работников (**как более слабой стороны в трудовом правоотношении**) на судебную защиту и согласуется с положением статьи 1 Трудового кодекса Российской Федерации, предусматривающим в качестве цели трудового законодательства установление государственных гарантий трудовых прав работников. Такое правовое регулирование основано на возможности ограничения права частной

1 Конституция Российской Федерации: офиц. текст. М.: Маркетинг, 2001. 39 с.

2 Трудовой кодекс российской федерации: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ. М.: ОТиСС, 2002. 142 с.

собственности федеральным законом, допустимого, как указал **Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 17 декабря 1996 года N 20-П**, в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, и не может расцениваться как нарушающее права работодателя.

Проанализировав позицию суда, можно прийти к выводу о том что, работник это слабая, беспомощная сторона, которую постоянно хотят обмануть и ущемить ее права, но если мы обратимся к принципам трудового права, то обнаружим, что хоть права работника доминируют в их конкретизации и защите, работодатель, как добросовестный субъект трудовых отношений тоже имеет ряд правовых гарантий, которые призваны обеспечить его нормальное функционирование. Не зависимо от организационно правовой формы работодателя, в условиях рыночных отношений очень важно обеспечить защиту и охрану материальных интересов, и возможность произвола со стороны работника, в том числе законного произвола, коим и является **ст. 397 ТК РФ**, должна быть максимально ограничена, рассматриваемая норма по сути означает, что деньги, взысканные по неправомерным основаниям вследствие судебной ошибки, работодатель утрачивает, а другое лицо (работник) получает процессуальную защиту своего **незаконного** денежного приобретения.

Так, в соответствии со **ст. 1102 ГК РФ**<sup>1</sup> лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение), за исключением случаев, предусмотренных **статьей 1109 ГК РФ**. При этом, данные положения применяются независимо от того, явилось ли неосновательное обогащение результатом поведения приобретателя имущества, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли.

На выше указанное Определение Конституционного суда, имеется особое мнение судьи К.В. Арановского, в частности он отмечает, что *при отмене решения о восстановлении на работе работник, нарушавший трудовые обязанности и с вероятностью причинявший работодателю имущественный, деловой, репутационный или иной вред, получает, будучи неправой стороной, выгоду в виде удержания денег, которых он не заработал и на которые не имел иного права. Та его заслуга, что работник не лгал суду и не фальсифицировал документальных доказательств, едва ли достойна подобных поощрений. Когда лицо воздерживается от посягательств на правосудие, его добросовестность поощряется уже тем, что ему не грозят наказания. Если же эта добросовестность столь значительна, что дополнительные поощрения за нее все же нужны, то вряд ли позволительно предоставлять их за счет имущества работодателя без его согласия и с ограничением конституционного права собственности.* Нельзя не согласиться с данным мнением, действительно, одна

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс РФ. Части первая, вторая, третья и четвертая. Москва : Проспект, КноРус, 2011. 544с.

лишь порядочность работника и подача им иска в суд на своего работодателя при не удовлетворении этого иска надзорной инстанцией, не дает ни какого права работнику на денежные возмещения, при этом ограничение права собственности в законных интересах других лиц, как отмечал в своем Определении Конституционный суд, тоже не может быть применена в этом случае, иначе говоря, собственно законного интереса у работника не возникает, так как отсутствует норма права, обеспечивающая законное притязание на выплату денежных средств работодателем, ведь исходя сущности трудовых отношений, выплата работнику денежных средств за работу возможна, при условии выполнения им этой работы, таким образом возникает ситуация, когда фактически работа не была выполнена, но вознаграждение за нее получено, что противоречит принципу взаимной ответственности и заинтересованности работника и работодателя, где последний не получает эффекта от не выполнения работником своих трудовых функций, но материальные потери несет, при абсолютной отсутствии своей вины, из за ошибок суда первой инстанции.

Указанные положения трудового кодекса, формируют практику, когда работодатель, уверенный в не правосудности решения суда первой инстанции, не приступает к исполнению решения о выплате денежных средств, так как понимает, что выплаченные сейчас денежные средства будут утрачены им навсегда и называть его позицию не законной, считаю не правильно, так как только из формального толкования закона он нарушитель, а фактически он защищает право на свою частную собственность. Неправильное применение норм права в суде первой инстанции не порождает у работодателя вины и не дает оснований для возникновения обязательств, ошибка суда, это ошибка государства и соответственно за последствия, которые возникли в результате такого решения, должен отвечать бюджет соответствующего уровня, а не работодатель.

Одной из целью трудового законодательства является защита прав и законных интересов работодателя, но, как отмечено выше, данная цель в указанном положении не реализуется, ввиду это, необходимо вносить изменения либо в **ст. 397 ТК РФ**<sup>1</sup>, и закреплять возможность взыскания денежных средств с работника, либо обеспечивать возмещение потерь за счет государственной казны.

---

<sup>1</sup> Трудовой кодекс российской федерации: федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ. М.: ОТиСС, 2002. 142 с.

## Проблемы заключения трудового договора

Брагина Людмила Александровна,  
студентка 3 курса ФВП Самарского  
юридического института ФСИН России,

Научный руководитель:  
Караваев Александр Николаевич,  
к.ю.н., профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин  
Самарского юридического института ФСИН России,

Трудовой договор является одним из распространённых оснований возникновения трудовых отношений и одним из основных институтов всей отрасли трудового права. В числе оснований возникновения конкретного трудового отношения, так или иначе, всегда присутствует трудовой договор: либо самостоятельно, либо наряду с другими юридическими фактами. Таким образом, трудовые отношения носят преимущественно согласительный, то есть договорной характер. Однако особенность этих отношений заключается в том, что работник находится в значительно более слабом и юридически уязвимом положении, по сравнению с другой стороной правоотношения – работодателем. Поэтому на практике договорной элемент трудового отношения нередко уходит на второй план, открывая дорогу отношениям неравенства, которые иногда перерастают в произвол работодателя.

Трудовой кодекс Российской Федерации устанавливает юридические гарантии при заключении трудового договора. В ст. 64 ТК РФ закреплены гарантии заключения трудового договора, но на практике эти положения нарушаются.

Одной из самых распространённых проблем является необоснованный отказ в заключение трудового договора. Он может быть мотивирован многими факторами.

Как правило, до заключения трудового договора, лицо проходит собеседование, в результате которого решается вопрос о приеме на работу. На основании ст. 64 ТК РФ, по требованию лица, которому отказано в заключение трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме. После этого соискатель может обратиться в суд с требованием о принудительном заключении трудового договора. Судебное решение по этому вопросу, как указано в ст. 16 ТК РФ, является основанием возникновения трудовых отношений работодателя с работником.

Необходимо отметить, что на практике тяжело доказать, был ли необоснованный отказ при заключении трудового договора. Необоснованным отказом считается тогда, когда он не соответствует закону.



Таким образом, нормы трудового законодательства о неправомерном отказе в заключение трудового договора по-прежнему относятся в большей степени к области теории и на практике реализуются сравнительно редко.

Следующей проблемой является фактическое допущение к работе без оформления трудового договора. Это обусловлено тем, что работодатель снимает с себя обязанность выплачивать отчисления в государственные внебюджетные фонды, платить налоги, страховать работника, оплачивать больничный и т.д.

Работник в таком случае ставится в незащищенное положение. Он не может обратиться в суд о защите своих прав в сфере труда, не будет исчисляться стаж, не будет иметь отчисления, в общем, он будет в достаточно трудном положении находиться.

Так же известны случаи, когда трудовой договор все-таки не был заключен в письменной форме. На основании ст. 67 ТК РФ, трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех рабочих дней со дня фактического допущения работника к работе.

При заключении трудового договора с работником могут заключить не трудовой договор, а гражданско-правовой договор. Трудовой договор очень часто на практике путают с гражданскими договорами подряда, возмездного оказания услуг, поручения, комиссии, агентирования и др.

Очень часто, соискателю предлагают заключить не трудовой договор, а договор гражданско-правового характера, который не подпадает под трудовые отношения. В данном случае ущемляются права работника, что ставит его в беспомощное положение.

Касаемо работодателя, то для него гражданско-правовой договор позволяет во многом избежать ответственности перед работником, а так же не предоставлять ему гарантии его труда, не предоставлять ежегодный отпуск, не производить отчисления в государственные внебюджетные фонды.

Для защиты работников предусмотрена защита его прав в суде, куда он может обратиться, чтобы признали гражданско-правовой договор трудовым.

При устройстве на работу соискатель сталкивается с проблемой дискриминации.

В ст. 3 ТК РФ указано, что никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям. Следовательно, критерий отбора кандидатов на должность должен быть основан только на деловых качествах.

ТК РФ установил, что лицо, которое подверглось дискриминации при устройстве на работу, может обратиться в суд о нарушении его права на труд.

В настоящее время в трудовом законодательстве отсутствует законодательное определение понятия дискриминация. Это значительно делает трудным процесс доказывания дискриминации в суде<sup>1</sup>.

Наиболее часто дискриминации подвергаются беременные женщины, женщины, имеющие детей, а также предполагаемое материнство.

Распространенной является дискриминация по возрасту. Чаще всего востребованы работники до 30, максимум до 35 лет.

Особенно дискриминация встречается тогда, когда у человека отсутствует регистрация в данном населенном пункте. Однако, в ст. 27 Конституции РФ закреплено право граждан свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, а также в ст. 20 ГК РФ указано, что местом жительства гражданина признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает.

Особой проблемой при заключении трудового договора является то, что работодатели предпочитают заключать с соискателем срочный трудовой договор, который намного выгоднее для работодателя, так как по истечении срока договора работника можно уволить.

Достаточно часто работодатели заключают срочный трудовой договор в качестве испытательного срока<sup>2</sup>.

Исходя из выше изложенного можно сделать вывод, что в трудовом законодательстве много пробелов, которые касаются гарантий работников при заключении трудового договора.

Также не определены правовые последствия уклонения работодателя от выдачи мотивированного в письменной форме отказа от заключения трудового договора, что требует внесения статьи в ТК РФ об ответственности работодателя за уклонение от выдачи отказа в заключении трудового договора.

---

1 Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб. 2006. С. 204.

2 Трудовое право России / Под ред. С.Ю. Головиной, М.В. Молодцова. М., 2008. С. 149.

## Категории «справедливость» и «дискриминация» в трудовом праве

Высоцкая Дарья Александровна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

Идея справедливости в трудовом праве является одним из ключевых вопросов для анализа целей трудового права и, в конечном счете, эффективности трудового права как отрасли права.

Согласно сложившейся практике, в настоящее время в России значительная часть работников, чьи права нарушаются работодателями, не всегда могут решить вопрос без обращения в суд. Кроме того, существует распространенное мнение о том, что даже в случае обращения работников в суд большинство судебных решений остается лишь на бумаге, и действующее трудовое законодательство не помогает в решении этих проблем.<sup>1</sup>

Таким образом, в настоящее время у значительного числа работающего населения России отсутствует вера в способность трудового законодательства надлежащим образом защитить его права и интересы. Это означает, что в современном общественном сознании потенциальная социальная ценность российского трудового права видится в его нацеленности на защиту прав и интересов работника.

В отечественной юридической науке социальная ценность права определяется, как способность права правильно отражать объективные общественные интересы и содействовать их достижению.<sup>2</sup>

В одном из своих постановлений по вопросам трудового права Конституционный Суд Российской Федерации (далее - КС РФ) отметил, что Конституция Российской Федерации, "обуславливая свободу трудового договора, право работника и работодателя по соглашению решать вопросы, связанные с возникновением, изменением и прекращением трудовых отношений, предопределяет вместе с тем обязанность государства обеспечивать справедливые условия найма и увольнения", поскольку работник является "экономически более слабой стороной в трудовом правоотношении", при этом КС РФ указал на то, что это "согласуется с основными целями правового регулирования труда в Российской Федерации как социальном правовом государстве".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Гимпельсон В.Е., Капелюшников Р.И. Применение трудового законодательства: роль судебной системы//Вестник общественного мнения. 2008. № 2(94) с.16-29.

<sup>2</sup>Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. Казань, 1977.с.12.

<sup>3</sup>Пункт 2 Постановления КС РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П по делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 ТК РФ и абзаца второго пункта 4 статьи 69 ФЗ "Об акционерных обществах" в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан // Вестник КС РФ. 2005. № 3.

Кроме того, по нашему мнению, понятие "справедливость" определяется как этическая категория, и правовой принцип распространяется не на все отношения и ситуации, а только на те, которые, находясь в рамках соответствующих объективных обстоятельств, превращаются в предпосылку поиска справедливости для данных конкретных участников общественных отношений. Например, в отношениях по поводу охраны труда вряд ли можно найти предпосылки для споров о справедливости, в то время как в отношениях по поводу продвижения по работе или оплате труда споры о справедливости выходят на первый план.

Существует мнение, что понятие справедливости из области философии в область права перенес Цицерон.<sup>1</sup> По убеждению Цицерона, однако, "у нас нет подлинного и ясного представления... о настоящей справедливости, и мы пользуемся только тенью и очертаниями".<sup>2</sup>

С.А. Муромцев писал, что справедливость - это "присущая в данное время данной общественной среде совокупность субъективных представлений о наиболее совершенном правовом порядке".<sup>3</sup>

По словам О.В. Мартышина, "у справедливости много аспектов: социальный, экономический и др., но все они в развитом обществе приобретают политический характер, опосредуются политикой".<sup>4</sup> Соглашаясь с приведенными взглядами на справедливость в контексте права, хотелось бы выделить мысль О.В. Мартышина о политической окраске справедливости, выражающейся в праве.

По нашему мнению, справедливость в контексте трудовых отношений есть, прежде всего, **СОРАЗМЕРНОСТЬ** прав и обязанностей работника и работодателя. Это в полной мере соотносится с политикой государства в сфере трудовых отношений, основанной на идеях, как социального партнерства, так и на балансе интересов труда и капитала.

В частности, речь идет об установлении соразмерности переговорных позиций работника и работодателя в трудовых отношениях для усиления изначально более слабой позиции работника. Однако указанная цель не должна пониматься односторонне, т.е. как направленность трудового права исключительно на защиту работника.

Так, С.П. Маврин пишет, что общая социальная направленность российского трудового законодательства не означает, что оно является правом исключительно одной стороны трудовых отношений, а именно работника, поскольку провозглашаемая Конституцией РФ цель обеспечения достойной жизни и свободного развития человека предполагает, что не только наемный работник должен иметь реальные гарантии своих прав и свобод, но и работодатель, создающий рабочие места и обеспечивающий людей работой, тоже вправе реализовать предпринимательский интерес в осуществляемой им экономической либо иной деятельности. В связи с этим С.П. Маврин приходит

---

1 Хайруллин В.И. Одна из классических концепций категорий справедливости // Право и политика. 2000. № 12. с.15-25.

2 Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях. М., 1975. с.131.

3 Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879. с.154-155.

4 Мартышин О.В. Справедливость и право // Право и политика. 2000. № 12. с. 4.

к выводу о том, что трудовое законодательство России одновременно призвано выполнять две функции. Во-первых, социальную функцию, общее назначение которой состоит в создании работнику условий труда, его оплаты и охраны, достойных представителя современного человеческого сообщества. Во-вторых, экономическую функцию, направленную на обеспечение соответствия уровня трудовых прав, свобод и гарантий работника экономическим возможностям работодателя, позволяющим ему удовлетворять и свой интерес к достижению наиболее эффективных экономических результатов, создающих материальные предпосылки для реализации трудовых прав работников.

Однако С.П. Маврин указывает на необходимость учитывать тот факт, что соотношение указанных функций характеризуется доминантой социальной функции, наличие которой, в частности, объясняется наибольшим удельным весом, занимаемым наемными работниками в структуре российского общества, а также тем, что с экономической точки зрения каждый работник, не являясь самостоятельно хозяйствующим субъектом, фактически располагает только личными способностями к определенному труду, которыми он и участвует в экономической или иной деятельности работодателя. Отсюда следует, что все трудовые права и интересы работника в реальности могут осуществиться только благодаря определенным действиям работодателя, которые тот далеко не всегда заинтересован совершать. В этом смысле работники действительно нуждаются, причем более, нежели работодатели, в государственно-гарантированной поддержке и защите своих трудовых прав и законных интересов.<sup>1</sup>

В данном контексте право становится формальным закреплением существующей в объективной действительности преобладающей культуры в виде общеобязательных правил поведения, санкционированных силой принуждения государства.

В этой связи трудовое право может рассматриваться как закрепление на нормативном уровне общечеловеческой ценности справедливости в контексте трудовых отношений.<sup>2</sup> При этом, поскольку, производственные отношения в целом и экономика в частности остаются одним из определяющих факторов существования и развития трудового права, трудовое право как ценностно-культурное явление не может существовать в отрыве от них; оно взаимодействует с ними, модифицируясь под их влиянием, но при этом также придает им новый смысл и новую социальную направленность путем утверждения и защиты идеи справедливости как соразмерности прав и обязанностей сторон трудового правоотношения.

Теперь необходимо перейти к непосредственному рассмотрению справедливости в трудовом праве относительно дискриминации, как на международном, так и на национальном уровне.

Уровень международной защиты прав человека уделяет большое значение вопросам защиты от дискриминации.

---

<sup>1</sup>Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации // Отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. М., 2007. с.20-21.

<sup>2</sup>О стоящей над правом высшей справедливости морального порядка см: Мартышин О.В. Справедливость и право // Право и политика. 2000. N 12. с.6,15.

Запрет дискриминации в области труда и занятий - это один из основополагающих принципов Международной организации труда, соблюдение которого, согласно Декларации МОТ 1998 г., обязательно для всех государств - членов Организации вне зависимости от факта ратификации конкретных конвенций по этому поводу.

На международном уровне этому принципу посвящено огромное количество правовых актов. Статья 2 Всеобщей декларации прав человека 1948г. говорит, что «каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения».<sup>1</sup> В развитие этого положения Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах возлагает на государство при ратификации Пакта ряд обязательств безотлагательного характера, среди которых и то, что государство «обязуется гарантировать, что права, провозглашенные в настоящем Пакте, будут осуществляться без какой бы то ни было дискриминации, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства»,<sup>2</sup> а также «обязуются обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми экономическими, социальными и культурными правами, предусмотренными в настоящем Пакте».<sup>3</sup> Иными словами эти положения требуют, чтобы государства-участники Пакта обеспечивали судебный контроль и иные правозащитные процедуры в случае возникновения дискриминации.

Что касается национального уровня, то в сфере труда принцип запрещения дискриминации закреплен в статье 3 Трудового Кодекса РФ, который вступил в силу 1 февраля 2002 года. В действовавшем до этого КЗоТ РФ не было предусмотрено специальных норм о запрещении дискриминации на рабочем месте со стороны работодателя, за исключением положения о праве на равное вознаграждение за равный труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного законом минимального размера оплаты труда. Важно отметить, что при этом в ст. 19 Конституции РФ было введено общее положение о равенстве прав и свобод граждан и недопустимости ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой, религиозной принадлежности содержится. Статья 3 ТК РФ в частности говорит - «каждый имеет равные возможности для реализации своих трудовых прав. Никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к

---

<sup>1</sup>Всеобщая декларация прав человека принята и провозглашена резолюцией 217А(III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года.

<sup>2</sup>Статья 2 параграф 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

<sup>3</sup>Статья 3 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника... Лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в органы федеральной инспекции труда и (или) в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда».

В современном российском законодательстве проблеме дискриминации в сфере труда посвящено несколько норм Трудового Кодекса. К ним, например, относятся нормы, закрепленные в ст.ст. 2, 3, 64, 132 ТК РФ, которые устанавливают общий принцип запрета дискриминации при заключении трудового договора, при оплате труда. Российская судебная практика по вопросам дискриминации находится на начальной стадии развития.<sup>1</sup> Сложность для судебной практики в России представляет не только отсутствие перенесения бремени доказывания на ответчика, но и плохое понимание судами того, что же представляет собой дискриминация, поскольку сама эта концепция непривычна для правоприменителя.<sup>2</sup>

Акт дискриминации - это "действие работодателя, неблагоприятно влияющее на трудовые отношения работника в таких сферах, как продвижение по службе, уход в отпуск, увольнение, забастовка, перевод на нижеоплачиваемую должность, перевод рабочего места на другую территорию, понижение оплаты, изменение рабочего времени, объявление выговора".<sup>3</sup>

Основные причины дискриминации: отсутствие фактического равенства членов общества, развитие рыночных (капиталистических) отношений, несовершенство законодательства, невозможность применения теоретических конструкций на практике, отсутствие механизмов правового регулирования, например, по вопросам миграции и др.

Дискриминация воздействует на два фундаментальных правовых явления: равноправие и равенство. Юридическое равноправие предполагает, что каждому члену общества государство предоставляет равные с другими его членами юридические возможности; из закона вытекают для него равные обязанности; осуществление прав и обязанностей обеспечивается ему на равных основаниях. Равенство - более широкая, общенаучная категория, которая характеризует тождество, идентичность предметов исходя из онтологических либо приобретенных свойств; это сопоставимость, взаимозаменяемость, отсутствие в соотношении превосходства одного над другим.

Дискриминация в сфере труда ведет к нарушениям трудовых прав и свобод граждан, унижает честь и достоинство работников по признакам пола, цвета их кожи, вероисповедания, политических убеждений или социального происхождения, независимо от их заслуг и требований к данной работе.<sup>4</sup>

---

1О российской судебной практике по делам о дискриминации см.: Гончарова Е.Ю. Соблюдение принципа равенства трудовых прав в практике ВС РФ и КС РФ. М., 2008.

2Люттов Н.Л.: Дискриминация в области труда и занятий: проблемы определения. Трудовое право в России и за рубежом, 2011.№4. с.5-6.

3Betsy Nuse, Daphne A. Dukelow. The dictionary of Canadian Law. A Carswell Publications. 1991. P. 237.

4Деменева Н.А.: Дискриминация в сфере труда: проблемы методологии. Трудовое право в России и за рубежом, 2011.№2, с.3-4.

Дискриминация в сфере труда существует и проявляется в различных формах, в частности, при приеме на работу,<sup>1</sup> в период трудовой деятельности, при прекращении трудовых отношений, она затрагивает права и свободы женщин,<sup>2</sup> работников государственной службы,<sup>3</sup> трудовых мигрантов<sup>4</sup> и др.

Лютов Н.Л. верно подметил, что вопрос о дискриминации, как и вопрос о справедливости вообще, чрезвычайно субъективный. Каждый ее понимает по-своему. В существенном количестве случаев каждая из спорящих сторон совершенно искренне уверена в своей правоте: работник - в том, что подвергся дискриминации, а работодатель - что никакой дискриминации не было и в помине. Таким образом, по его мнению, идеальную формулировку, которую можно было бы универсально предложить в отношении понятия дискриминации, в законе сформулировать в принципе невозможно. Поскольку решение по делу о дискриминации всегда принимается за счет одной стороны в пользу другой, оно должно быть мотивировано не противоположными позициями сторон, а тем, как общество понимает справедливость применительно к данной конкретной ситуации в данный исторический момент. Подлежит ли особой правовой защите данная категория работников и если да, то в какой степени? По его мнению, такого рода задача более-менее удовлетворительно может решаться в условиях прецедентной системы права, когда суды вырабатывают массив решений по конкретным делам, на которые в дальнейшем следует ориентироваться. Но, в отечественных условиях, как отмечает Лютов Н.Л., это вряд ли возможно.<sup>5</sup>

По нашему мнению, разрешение конкретной ситуации по справедливости в трудовом праве относительно дискриминации на практике далеко не всегда происходит.

Такая ситуация объясняется целым комплексом причин, среди которых можно выделить следующие. Во-первых, понятие дискриминации и механизмы защиты от дискриминации плохо разработаны во внутреннем законодательстве и правоприменительной практике. При обращении в суд обязанность доказывания факта дискриминации возлагается на истца. Презумпции вины работодателя законом не установлено, при этом практика показывает, что работодателю не сложно привести иные обстоятельства, фактически пряча наличие дискриминационных мотивов, в качестве обоснования мотивов нарушения прав работника. Во-вторых, число специалистов, реально разбирающихся в вопросах дискриминации мало, эта проблематика крайне мало освещается в литературе. В-третьих, из-за низкого уровня правовой грамотности и в ряде случаев особенностей национальной культуры, самими пострадавшими факты дискриминации не воспринимаются как дискриминация.

---

1 Деменева Н.А. Дискриминация при трудоустройстве: социально-правовой аспект // Материалы VII Общероссийской научно-практической конференции "Актуальные проблемы правового обеспечения приоритетных национальных проектов". Москва, МГУ имени М.В. Ломоносова. 8 - 9 декабря 2006 г. // Человек и Закон. 2007. № 8. с. 113-122.

2 Авилова Ж.Н. Занятость женщин: состояние и механизм регулирования. Белгород: Изд-во БГТУ, 2006. с.77-78.

3 Ванев Д.И. Национальная политика на рынке труда. Проблемы развития самозанятости, роль и место государственной службы занятости в их решении // Труд и рынок. 1999. № 17. с.2.

4 Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. с.150.

5 Лютов Н.Л.: Дискриминация в области труда и занятий: проблемы определения. Трудовое право в России и за рубежом, 2011. №4. с.5-6.



Редкие попытки работников защищать свои права в случае дискриминации наталкиваются на сопротивление. Дискриминация не рассматривается в качестве самостоятельного нарушения прав человека. Суды требуют переформулировать исковые заявления и вместо факта дискриминации указывать нарушение конкретного права. В тех случаях, когда работники все же ссылаются на дискриминацию, этот вопрос в судебных решениях замалчивается, как будто он вообще и не ставился. На уровне Красноярского края мы не нашли статистику рассмотрения судебных дел, связанных с дискриминацией.

Следует согласиться с мнением Деменевой Н.А., которая считает, что, к сожалению, дискриминация в сфере труда существовала, и будет существовать, меняя свои формы, способы воздействия, приобретая новую сущность, соизмеримую тому, какие процессы происходят в Российском государстве.<sup>1</sup>

На основании проделанного нами исследования по разрешению трудовых споров относительно дискриминации, необходимо выработать целый ряд рекомендаций по совершенствованию законодательства и государственной политики, направленных на полную реализацию права на труд и на справедливые и благоприятные условия труда. Из всего спектра рекомендаций применительно к вопросам дискриминации можно выделить следующие:

1. Установить правовые последствия нарушений требований трудового законодательства (например, существует норма о запрете дискриминации, однако не прописана ответственность за допущение дискриминации.).
2. Предусмотреть эффективные меры ответственности и воздействия на работодателя в случае нарушения трудового законодательства (например, увеличить размеры штрафов и пр.).
3. Создать систему государственного учета, позволяющего отслеживать соблюдение равенства граждан в соответствии с международно-признанными стандартами. В частности, государственная статистика должна отслеживать показатели для населения в целом, но и для групп риска по дискриминации. Ввести в практику ведение статистики судебных решений по фактам дискриминации.
4. Разработать программы и рекомендации для государственных и негосударственных служб занятости и кадровых агентств, которые позволили бы не только не допускать дискриминации, но и проводить политику развития действительного равенства в сфере трудовых отношений.
5. Разрабатывать и внедрять программы просвещения по вопросам дискриминации среди населения

---

<sup>1</sup> Деменова Н.А.: Дискриминация в сфере труда: проблемы методологии. Трудовое право в России и за рубежом, 2011. №2. с.4-5.

## **Правовое регулирование выплаты заработной: национальный и международный аспект**

Драгунов Владислав Артурович  
студент 4 курса прокурорско-следственного факультета Иркутского  
юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Фирсова Ольга Анатольевна  
к.ю.н., доцент кафедры прокурорского надзора и участия прокурора при  
рассмотрении гражданских и арбитражных дел  
Иркутского юридического института (филиала) Академии Генеральной  
прокуратуры РФ

Государство должно уделять особое внимание трудовой деятельности, как одной из основ существования общества, как существенному двигателю развития и модернизации экономики. Так, развитие трудовых отношений требует развития механизма соблюдения прав и свобод граждан.

В Российской Федерации гарантируется право на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда.

Несомненно, заработная плата имеет существенное значение в жизни любого человека, распоряжающегося своим трудом. Она является важным фактором существования человека, представляя собой основной источник дохода для большинства населения. Будучи предпосылкой нормального развития личности, оказывает существенное влияние на демографическую ситуацию. В соответствии с этим требуется проводить детальный мониторинг Российского законодательства с учетом международно-правовых норм с тем с целью внедрения новаций, отвечающих условиям современности, чтобы обеспечить защиту прав и законных интересов граждан, тем самым создавая условия для реализации конституционных гарантий о соразмерной и своевременной плате за труд.

Эта проблема неоднократно обсуждалась и на международном уровне, в результате чего были приняты Конвенции МОТ № 95 «Об охране заработной платы», № 131 «Об установлении минимальной заработной платы с особым учетом развивающихся стран».

Следует заметить, что международные акты, в частности, указывают на необходимость охраны заработной платы "в той мере, в которой это считается необходимым для содержания трудящегося и его семьи"<sup>1</sup>.

Также заработная плата относится к благам, охраняемым в приоритетном порядке, о чем свидетельствует содержание Конвенции МОТ N 95. Ст. 12 указанной Конвенции МОТ устанавливает, что максимальные сроки выплаты

---

<sup>1</sup> Конвенция МОТ от 01.07.49 № 95 «Об охране заработной платы»

должны обеспечивать такое положение, при котором заработная плата выплачивалась бы:

- не реже двух раз в месяц через промежутки времени, не превышающие шестнадцати дней, для трудящихся с почасовым, поденным или понедельным исчислением заработной платы, для работников - сдельщиков;

- не реже одного раза в месяц для служащих, заработная плата которых установлена на основе месячного или годового исчисления<sup>1</sup>.

Так, в настоящее время существует проблема, которая выражается в задержке выплаты заработной платы или вовсе в ее неуплате, что несомненно является нарушением Трудового законодательства.

ТК предоставляет работнику различные способы защиты нарушенных прав. В соответствии со ст. 142 ТК в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней работник имеет право приостановить работу на весь период до выплаты задержанной суммы. Также в указанной норме идет перечисление оснований, при наличии которых не допускается приостановление работы. Учитывая данное положение необходимо обратить внимание на ст. 4 ТК, речь в которой идет о запрещении принудительного труда. Запрет на применение принудительного труда установлен также на международном уровне, что говорит о значимости данной проблемы, в результате обсуждения которой приняты некоторые международные акты, в частности, Конвенция МОТ N 29 “ о принудительном труде”, N 105 “ об упразднении принудительного труда”. Так, работа, которую работник вынужден выполнять под угрозой применения какого-либо наказания, несмотря на нарушение сроков выплаты заработной платы или выплату ее не в полном размере, признается законодателем в качестве одной из форм принудительного труда. Анализ указанных положений Трудового Кодекса говорит нам о том, что в некоторых случаях Трудовое законодательство ввиду нечеткого урегулирования отношений по выплате заработной платы позволяет работодателю применять принудительный труд, что запрещает делать не только ТК, но и ратифицированные Российской Федерацией Конвенции МОТ 1930 г. N 29 “Относительно принудительного или обязательного труда” и 1957 г. № 105 “Об упразднении принудительного труда”. Представленное положение вещей нарушает конституционные права и свободы таких работников, к которым неприменимы основания, предусмотренные ст. 142 ТК, поскольку лишают возможности на отказ от выполнения работы в целях самозащиты права на своевременную и полную выплату заработной платы, которые ставятся в неравное по сравнению с другими работающими гражданами положение.

В свою очередь, уголовное и административное законодательство также не всегда позволяет в полной мере обеспечить защиту прав работников, в случаях, когда работодатель не выполняет обязанности по выплате заработной платы. Также в обоснование повышенной общественной опасности следует указать, что установленные в статье 136 ТК РФ сроки выплаты заработной платы означают, что к этому времени работник приобрел право собственности

---

<sup>1</sup> Конвенция МОТ от 01.07.49 № 95 «Об охране заработной платы»

на заработанную им денежную сумму. Поэтому, если работодатель не выплачивает заработную плату в установленные сроки, он, тем самым, присваивает объект права собственности работника.

В соответствии со ст. 142 ТК в период приостановления работы работник имеет право в свое рабочее время отсутствовать на рабочем месте. При этом работник обязан выйти на работу не позднее следующего рабочего дня после получения письменного уведомления от работодателя о готовности произвести выплату задержанной заработной платы в день выхода работника на работу. Представляется, необходимо предоставить возможность работнику не приступать к выполнению работы в случае выхода на работу до подтверждения выплаты задержанной заработной платы. Целью в данном случае будет являться - избежание излишних затрат времени и трудовых сил, волокиты по поводу повторного уведомления о приостановлении работы, увеличения задолженности со стороны работодателя.

Несомненно, соблюдение и защита трудовых прав граждан имеет особую значимость, что неоднократно обсуждалось на международном уровне, в связи с чем приняты различные международные нормативные акты. Так, с целью обеспечения реализации конституционной гарантии о своевременной и соразмерной плате за труд, а также во избежание нарушений запрета на применение принудительного труда, создавая условия для внедрения новаций, следует проводить совершенствование Трудового законодательства.

## **В плену у прошлого: проблемы реализации права на занятие педагогической деятельностью**

Елисеев Игорь Олегович,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Басалаева Светлана Павловна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

В соответствии с указом Президента РФ<sup>1</sup> 2010 год в Российской Федерации был объявлен Годом учителя. В рамках проведения данного события были осуществлены различные мероприятия, направленные как на всяческие поощрения учителей в субъектах нашей страны, так и на объявление благодарностей на уровне Российской Федерации. Однако главный «подарок» состоялся под завершение тематического года, хотя и был подготовлен до его начала: **в законодательство были внесены изменения, запрещающие лицам с преступным прошлым заниматься педагогической деятельностью и деятельностью, каким-либо образом связанной с детьми.**

Субъектом законодательной инициативы указанных изменений является сам Президент РФ, согласившийся с предложением Совета Федерации Федерального Собрания РФ «ввести запрет на педагогическую деятельность лицам, ранее осуждавшимся **за преступления в отношении детей**»<sup>2</sup>. В последующем указанная мысль нашла отражение в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации в 2010 году. В нем Президент РФ подчеркнул: *«Поистине страшная проблема – насилие в отношении детей... Считаю, нужно раз и навсегда закрыть доступ в образовательные и воспитательные учреждения тем, кто был осуждён за **любые насильственные преступления** или вовлекал детей и подростков в преступную деятельность. Таких людей на пушечный выстрел нельзя подпускать к детям. Соответствующий законопроект, с дополнениями в Трудовой кодекс, внесён в Государственную Думу и, я надеюсь, будет принят до конца года»*<sup>3</sup>. И действительно, уже через месяц – 23 декабря 2010 года Президент РФ подписал Федеральный закон № 387-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" и Трудовой кодекс Российской Федерации»<sup>4</sup> (далее – ФЗ №387-ФЗ).

Указанный ФЗ № 387-ФЗ устанавливает полный запрет лицам, имеющим или имевшим судимость и подвергающимся или подвергавшимся уголовному

1 О проведении в Российской Федерации Года учителя: Указ Президента РФ от 10 марта 2009 г. N 259 // СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1275.

2 // [http://www.rg.ru/2009/11/05/prezident-anons.html].

3 Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации от 30 ноября 2010 г. // Российская газета. 01.12.2010. №271.

4 О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" и Трудовой кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 23 декабря 2010 г. № 387-ФЗ // Российская газета. 27.12.2010. № 293.

преследованию за целый ряд уголовных преступлений, заниматься деятельностью, связанной с детьми. Данное положение значительно шире, чем первоначальная задумка – установить запрет лишь лицам, совершившим преступления в отношении детей. Помимо этого, изменения коснулись двух категорий субъектов. Во-первых, индивидуальных предпринимателей, в отношении которых был введен запрет на регистрацию соответствующего статуса, если их деятельность будет связана с детьми. В статью 22.1 Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" были введены подпункт «к» в пункт 1 и пункт 4. И, во-вторых, лиц занятых педагогической и иной трудовой деятельностью с участием несовершеннолетних: в Трудовой кодекс внесены изменения в часть вторую статьи 331 и в главу 55 ТК РФ введена статья 351.1. В рамках данной статьи будут рассмотрены общие положения и последствия изменений, внесенных ФЗ № 387-ФЗ в ТК РФ.

Изменения в ТК РФ вступили в силу с 7 января 2011 года. Данные изменения расширили круг лиц, не допускающихся к педагогической деятельности (абз. 3 ч.2. ст.331 ТК РФ). В новой редакции статья звучит следующим образом:

*«К педагогической деятельности не допускаются лица:*

*имеющие или имевшие судимость, подвергающиеся или подвергавшиеся уголовному преследованию (за исключением лиц, уголовное преследование в отношении которых прекращено по реабилитирующим основаниям) за преступления против жизни и здоровья, свободы, чести и достоинства личности (за исключением незаконного помещения в психиатрический стационар, клеветы и оскорбления), половой неприкосновенности и половой свободы личности, против семьи и несовершеннолетних, здоровья населения и общественной нравственности, а также против общественной безопасности».*

Данное положение введено также по отношению к субъектам статьи 351.1 ТК РФ – лицам, занятым трудовой деятельностью в сфере образования, воспитания, развития несовершеннолетних, организации их отдыха и оздоровления, медицинского обеспечения, социальной защиты и социального обслуживания, в сфере детско-юношеского спорта, культуры и искусства с участием несовершеннолетних. В связи с этим, далее анализируется только статья 331 ТК РФ.

Анализируя указанное изменение можно выделить два основания применения к лицу указанного запрета:

- 1) Категория лиц, не допускаемых к педагогической деятельности;
- 2) Объект преступления, на который осуществлено посягательство соответствующим лицом.

Таким образом, для освобождения от работы или не предоставления работы лицу, которое, по мнению работодателя, не допускается в соответствии с ТК РФ к педагогической деятельности, необходимо наличие одновременно двух данных оснований. Указанные основания являются предметами изучения уголовного и уголовно-процессуального права, поэтому в рамках данной

работы, считаю, необходимым остановится лишь на общих моментах их содержания.

Законодатель, категории лиц, не допускаемых к педагогической деятельности, делит на две группы: 1) лица, имеющие или имевшие судимость и 2) лица, подвергающиеся или подвергавшиеся уголовному преследованию (за исключением тех, когда уголовное преследование прекращено по реабилитирующим основаниям).

*Первая группа* лиц связана с уголовно-правовым институтом «судимость». В соответствии с частью первой статьи 86 УК РФ лицо, осужденное за совершение преступления, считается судимым со дня вступления обвинительного приговора в силу до момента погашения или снятия судимости. Дискуссионным остается вопрос по поводу возможности распространения последствий судимости на трудовые отношения, которые могут возникнуть после ее снятия, поскольку часть 6 статьи 86 УК РФ закрепляет, что погашение или снятие судимости аннулирует все правовые последствия, связанные с ней. До принятия таких правил судимости в отношении педагогических работников, ее «полное действие» распространялось лишь на лиц занимающих должности судей, прокуроров и некоторых других должностных лиц.

*Вторая группа* лиц связана с уголовно-процессуальным институтом «уголовное преследование». В соответствии с пунктом 5 статьи 55 УПК РФ уголовное преследование – это процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления. Свидетельством начала уголовного преследования в отношении конкретного лица является возбуждение уголовного дела и принятие в отношении него иных процессуальных решений, в результате которых он становится подозреваемым или обвиняемым (глава 3 УПК). Перечень лиц имеющих право на реабилитацию установлен в статье 144 УПК РФ.

В данной ситуации возникает вопрос признания субъектами статьи 331 ТК РФ лиц, в отношении которых было осуществлено уголовное преследование, однако судом виновными не признанными, если они не подпадают в число лиц, имеющих право на реабилитацию. Так, например, в Юридическую клинику Юридического института СФУ обращался гражданин, в отношении которого осуществлялось уголовное преследование по статье 115 УК РФ (умышленное причинение легкого вреда здоровью), однако дело до суда не дошло, поскольку был издан акт амнистии, что является основанием для прекращения уголовного преследования. Однако издание акта амнистии не порождает за собой право у гражданина на реабилитацию. Таким образом, указанный гражданин является субъектом статьи 331 ТК РФ, поскольку в отношении него осуществлялось уголовное преследование и, соответственно, он не вправе заниматься педагогической деятельностью.

Второе основание касается объектов преступления, то есть, то, на что направлено посягательство. Законодатель сюда относит преступления против: 1) жизни и здоровья; 2) свободы, чести и достоинства личности (за исключением незаконного помещения в психиатрический стационар, клеветы и оскорбления); 3) половой неприкосновенности и половой свободы личности; 4)

против семьи и несовершеннолетних; 5) здоровья населения и общественной нравственности; 6) общественной безопасности. Л.В. Щур-Труханович и Д.Л. Щур в своей работе<sup>1</sup>, также касающейся рассматриваемой темы (однако они исследуют запрет в отношении индивидуальных предпринимателей) приводят полный перечень преступлений, подпадающих под данное основание: всего они отмечают 86 преступлений, совершая которые лицо становится субъектом изменений и не вправе заниматься соответствующей деятельностью.

Изменения, внесенные в ТК РФ, действуют уже более года и за это время не лучшим образом отразились на судьбах многих людей. В конце ноября 2011 года на официальном сайте Прокуратуры Красноярского края и на информационном портале «Право.Ру» была опубликована новость<sup>2</sup> об увольнении около 60 учителей на Севре Красноярского Края в связи с ужесточением требований к лицам, имеющим право на занятие педагогической деятельностью. В это же время, в остальных регионах страны, органы прокуратуры требовали под угрозой штрафа от образовательных учреждений увольнения их работников, непопадающих под новые требования. Таким образом, можно отметить, что внесенные изменения в ТК РФ, значительно ударили по правам педагогических работников, подвергшихся массовым увольнениям, а также ограничили реализацию права на занятие педагогической деятельностью других лиц, желающих заключить трудовые договоры в данной сфере. В связи с этим необходимо подробнее остановиться на двух указанных последствиях изменений в ТК РФ.

**Последствие первое:** ограничение в приеме на работу. ФЗ №387-ФЗ внес изменения не только в статью 331 ТК РФ, но также дополнил статью 65 ТК РФ, определяющую перечень документов, предъявляемых при заключении трудового договора. Теперь лицо при заключении трудового договора на занятие педагогической деятельностью обязано предъявить *«справку о наличии (отсутствии) судимости и (или) факта уголовного преследования либо прекращения уголовного преследования по реабилитирующим основаниям...»*. Соответственно, если лицо не соответствует новым требованиям статьи 331 ТК РФ (входит в круг лиц, не допускаемых к занятию педагогической деятельностью), то работодатель обязан отказать в заключение трудового договора. Даже если уголовное преследование осуществлялось, например, в 2000 году, а трудовой договор заключается в 2012 году, то в таком случае применяется новая редакция статьи 331 ТК РФ, и работодатель обязан отказать в заключение трудового договора. Это объясняется правилом статьи 12 ТК РФ, в соответствии с которой: *«Нормативный правовой акт, содержащий нормы трудового права... применяется к отношениям, возникшим после введения его в действие»* («отношением» является заключение трудового договора, которое совершается после внесения изменений).

**Последствие второе:** увольнение лиц, занимающихся педагогической деятельностью до вступления в силу изменений, в связи с несоответствием

---

1 См.: Щур-Труханович Л.В., Щур Д.Л. Пожизненный запрет лица с преступным прошлым на работу с детьми: анализ содержания, оценка соразмерности и рекомендации по совершенствованию юридических действий // [Официально не опубликовано] СПС Консультант Плюс.

2 // [http://www.krasproc.ru/?news&id=6151]



новым требованием статьи 331 ТК РФ (вхождение в круг лиц, не допускаемых к занятию педагогической деятельностью). Данное последствие, по сути, заключается в вопросе: «Возможно, ли применять новую редакцию статьи 331 ТК РФ к отношениям, существовавшим до вступления изменений в силу?». Этот вопрос несколько раз поднимался в судах, по инициативе педагогов, которые считают себя незаконно уволенными, но не нашел однозначного решения. Чтобы нагляднее рассмотреть данный вопрос, приведем фабулу одного из дел, разрешенного Красноярским краевым судом 20 февраля 2012 года:

*Гражданин К. обратился в суд с иском к образовательному учреждению об отмене приказа об увольнении и восстановлении на работе. В образовательном учреждении работает с 2008 года. По требованию работодателя, в 2011 году представил справку о наличии судимости. В ней было зафиксировано, что гражданин К. был осужден в 1995 году по части 2 статьи 112 УК РФ (умышленное легкое телесное повреждение или побои, не повлекшие за собой кратковременное расстройство здоровья) к наказанию в виде исправительных работ. В связи с этим, в 2011 году его уволили. Гражданин К. с 1996 года никаких противозаконных действий не совершал, судимость погашена<sup>1</sup>.*

В судебной практике встречаются две противоположные позиции по решению данной правовой проблемы.

**Позиция 1.** Лицо уволено незаконно, исковые требования об отмене приказа об увольнении и восстановлении на работе подлежат удовлетворению. Данное решение суда кассационной инстанции<sup>2</sup> по схожему делу основано на применении статьи 12 ТК РФ о действии трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, во времени. В соответствии с данной статьей: «Действие нормативного правового акта, содержащего нормы трудового права, распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, лишь в случаях, прямо предусмотренных этим актом». В нашем случае, актом, содержащим нормы трудового права, является ФЗ № 387-ФЗ, вносящий изменения в статью 331 ТК РФ, однако в данном акте не указано, что он применяется к отношениям, возникшим до введения его в действие. Выводы, сделанные судом, вполне логичны и обоснованны.

**Позиция 2.** Данная позиция противоположна первой и является полным ее отрицанием: лицо уволено законно, исковые требования остаются без удовлетворения. Данная позиция на сегодняшний день является наиболее распространенной и соответствующее решение по указанной выше фабуле вынес Красноярский краевой суд<sup>3</sup>. Свои выводы он основал на положениях пункта 13 части 1 статьи 83 ТК РФ. Здесь следует отметить, что данное положение было так же добавлено ФЗ №387-ФЗ в целях обеспечения реализации статьи 331 ТК РФ. В силу п. 13 ч.1 ст. 83 ТК РФ, трудовой договор подлежит прекращению по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон, в

<sup>1</sup> Архив Красноярского Краевого Суда за 2012 г. Дело № 33-1314/12.

<sup>2</sup> Архив Пермского Краевого Суда за 2011 г. Дело № 33-8600-2011.

<sup>3</sup> Архив Красноярского Краевого Суда за 2012 г. Дело № 33-1314/12.

том числе в случае возникновения установленных ТК РФ, иным федеральным законом и исключающих возможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору ограничений на занятие определенными видами трудовой деятельности. Кроме этого суд отмечает, что доводы о том, что положения статьи 331 ТК РФ, введенные в действие ФЗ №387-ФЗ, не подлежат применению к трудовым отношениям, возникшим до вступления указного закона в силу, являются несостоятельными, поскольку приведенная норма в действующей редакции носит одинаково императивный характер как в отношении лиц, уже состоящих в трудовых отношениях, так и в отношении тех, кто желает устроиться на работу, связанную с педагогической деятельностью. «Поскольку трудовые отношения между сторонами, возникшие до введения в действие указанных норм закона, продолжались и после их вступления в законную силу, а также учитывая характер выполняемой истцом трудовой функции, к нему следует предъявлять требования, в том числе запреты и ограничения, установленные действующим трудовым кодексом».<sup>1</sup> К подобным выводам пришли Ярославский областной суд<sup>2</sup> и суд Еврейской автономной области<sup>3</sup>.

На мой взгляд, доводы судов, изложенные во второй позиции о том, что статья 12 ТК РФ не применяется в связи с тем, что действует статья 83 ТК РФ, не вполне состоятельны. Я считаю, что поскольку ФЗ №387-ФЗ одинаково вносит изменения как в статью 331 ТК РФ, так и в статью 83 ТК РФ, то статья 12 ТК РФ применяется в целом к указанным статьям в независимости от того, каково их содержание. Поэтому, статья 83 ТК РФ также не может быть применена в нашей проблеме, поскольку не имеет обратной силы, а значит, суды не должны использовать ее в обосновании законности увольнения. Представленная мною позиция может быть выделена в отдельную **«позицию 3»**, однако ее применение не нашло отражение как в судебной практике, так и в доводах сторон. А значит, вполне может использоваться в защиту несправедливо уволенных педагогических работников.

Таким образом, считаю, что массовые увольнения происходят не вполне обоснованно и, что самое главное, не разумно. Не отрицаю, что пользу внесение данных изменений принесло, но лишь отчасти, ведь данная реформа необоснованно наказала лиц, добросовестно относившихся к своему труду на протяжении многих лет, но допустивших в далеком прошлом противоправное поведение со своей стороны. Так, если «мелкое» преступление было совершено в далеком 1995 году, а затем лицо, на протяжении многих лет занималось педагогической деятельностью, добросовестно воспитывая несовершеннолетних, получая различные награды, не совершая никаких незаконных действий, то такое лицо однозначно, на мой взгляд, не заслуживает увольнения за поступки прошлого. А если лицо не совершало преступления, а лишь подверглось уголовному преследованию по заявлению третьего лица, и на этом преследование было завершено, можно ли говорить об обоснованности

---

1 Архив Красноярского Краевого Суда за 2012 г. Дело № 33-1314/12.

2 Архив Ярославского Областного Суда за 2012 г. Дело № 33-91.

3 Архив Суда Еврейской Автономной Области за 2011 г. Дело № 33-295/2011.

увольнения такого работника? На мой взгляд, ответ опять будет отрицателен. При этом, я не исключаю, что среди увольнений есть и вполне обоснованные. Но при этом нельзя забывать слова Екатерины II, которые, с определенной долей условности, можно применить и к нашей ситуации «Лучше оправдать десять виновных, чем обвинить одного невинного». Таким образом, нужно искать другие правовые механизмы, которые позволили бы достичь реализации замысла авторов рассмотренных изменений в ТК РФ и не умалять прав граждан на труд.

## **Дискриминация женщин и лиц с семейными обязанностями в сфере труда**

Канина Кристина Олеговна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права  
Юридического института СФУ

На протяжении многих тысячелетий женщины сталкиваются с дискриминацией. Зачастую она выражается в том, что женщины зарабатывают меньше мужчин, имеют меньшую собственность и ограниченный контроль над капиталом и производством. При этом во всем мире они несут двойную ответственность: как работники и как лица, ухаживающие за детьми, больными, престарелыми. В настоящее время наряду с решением политических и экономических задач требуется кардинальное изменение положения женщины в системе социальных и нравственных отношений<sup>1</sup>.

Трудовое законодательство РФ защищает женщин и лиц с семейными обязанностями от дискриминации, предоставляя им различные гарантии.

Гарантии можно подразделить на две группы. Первая связана с установлением указанным выше лицам щадящего, или льготного, режима работы. Такие гарантии призваны способствовать особой защите здоровья беременной женщины или женщины, имеющей детей, а также возможности осуществления надлежащего ухода за ребенком. Другая группа гарантий касается ограничения круга оснований прекращения трудового договора с беременными женщинами и женщинами, имеющими детей. Они направлены на защиту права данных категорий работников на труд и в конечном итоге - на обеспечение имущественных интересов семьи<sup>2</sup>.

Особые гарантии, связанные с реализацией права на труд в случаях прекращения трудового договора, предусмотрены в отношении беременных женщин. Согласно ст. 261 ТК РФ расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременными женщинами не допускается, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем. Как справедливо отмечается в специальной литературе, запрет на увольнение распространяется на все основания увольнения по инициативе работодателя, указанные в ст. 81 ТК РФ, в иных статьях ТК РФ или в иных федеральных законах<sup>3</sup>.

---

1 Донцова Ю. Труд женщин требует защиты // ЭЖ-Юрист. 2011. N 25. С. 10.

2 Пресняков М.В. Дискриминация в трудовых отношениях. Регулирование труда женщин и лиц с семейными обязанностями - правоприменительная практика // Трудовое право. 2010. N 3. С. 43 - 52.

3 Куренной А.М., Маврин С.П., Хохлов Е.Б. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации // М.: Юристъ, 2005.

Заметим, что речь идет только об увольнении по инициативе работодателя. Допускается прекращение трудового договора с беременной женщиной по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон, или вследствие нарушения правил заключения трудового договора и т.п.

Закон устанавливает гарантии беременным в случае расторжения трудового договора в связи с истечением срока его действия. Так, ст. 261 ТК РФ предусматривает, что в случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее письменному заявлению и при представлении медицинской справки, подтверждающей состояние беременности, продлить срок действия трудового договора до окончания срока беременности.

Однако, на практике могут возникать и более сложные ситуации. Например, женщина при увольнении может и не знать о факте беременности (на ранней стадии).

Гарантия женщине в ст. 261 ТК РФ предоставляется именно в связи с самим фактом беременности в целях дополнительной социальной защиты и не должна ставиться в зависимость от того, успела или нет беременная женщина написать такое заявление<sup>1</sup>. Имеет актуальность установить, что, рассматривая требование о восстановлении на работе женщины, трудовой договор с которой был расторгнут по инициативе работодателя в период нахождения женщины в состоянии беременности, суду надлежит удовлетворить иск независимо от того, было ли работодателю при увольнении известно о беременности и сохранилась ли она на время рассмотрения дела. Такое положение было указано в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ N 6 от 25.12.1990 "О некоторых вопросах, возникающих при применении судами законодательства, регулирующего труд женщин". В ранее действующем Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.1992 N 16 и ныне действующем Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 N 2 данный вопрос не регулируется, значит, имеет актуальность внести подобное дополнение в Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 N 2.

Сложнее обстоит дело в ситуации, когда беременность не сохранилась на момент рассмотрения дела в суде. Так, в силу ст. 261 ТК РФ женщина, срок действия трудового договора с которой был продлен до окончания срока беременности, обязана по запросу работодателя, но не чаще чем один раз в три месяца представлять медицинскую справку, подтверждающую состояние беременности. Если при этом женщина фактически продолжает работать после окончания беременности, то работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор с ней в связи с истечением срока его действия в течение недели со дня, когда он узнал или должен был узнать о факте окончания беременности.

Имеется следующая проблема: так, действующая редакция ч. 2 ст. 261 ТК РФ предусматривает, что в случае истечения срочного трудового договора с женщиной в период ее беременности работодатель по ее письменному заявлению и при представлении медицинской справки, подтверждающей

---

<sup>1</sup> Пресняков М.В. Дискриминация в трудовых отношениях. Регулирование труда женщин и лиц с семейными обязанностями - правоприменительная практика // Трудовое право. 2010. N 3. С. 43 - 52.

состояние беременности, обязан продлить срок действия трудового договора до окончания беременности. Женщина, срок действия трудового договора с которой был продлен до окончания беременности, обязана представлять по запросу работодателя, но не чаще чем один раз в три месяца медицинскую справку, подтверждающую состояние беременности. Если при этом женщина фактически продолжает работать после окончания беременности, то работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор с ней в связи с истечением срока его действия в течение недели со дня, когда работодатель узнал или должен был узнать о факте окончания беременности.

Приведенная формулировка не поясняет, что следует понимать под фактом окончания беременности: рождение ребенка, самопроизвольный выкидыш, в том числе вызванный неблагоприятными условиями труда или производственной травмой, аборт по медицинским показаниям и другие обстоятельства, сопровождающиеся временной нетрудоспособностью, и не отвечает на вопрос о том, с какого момента при соответствующем варианте окончания беременности работодатель может уволить женщину, трудовой договор с которой продлевался до окончания беременности.

Вместо закрепления общего правила, позволяющего определять момент увольнения женщины, срочный трудовой договор с которой продлевался до окончания беременности, ч. 2 ст. 261 ТК РФ акцентирует внимание на частном случае - продолжении работы женщиной после окончания беременности и наделяет работодателя в этом случае правом расторгнуть трудовой договор с ней в связи с истечением срока его действия - в течение недели со дня, когда работодатель узнал или должен был узнать о факте окончания беременности.

С учетом сказанного представляется целесообразным согласиться с мнением Н.Н. Шептулиной, что ч. 2 ст. 261 ТК РФ следует изложить в новой редакции, закрепляющей и общее правило, и исключение из этого правила. В частности, предусмотреть, что срок действия срочного трудового договора продлевается не до окончания беременности, а до окончания отпуска по беременности и родам. При этом установить правило, согласно которому женщина, срок действия трудового договора с которой был продлен до окончания отпуска по беременности и родам, обязана представлять по запросу работодателя, но не чаще чем один раз в три месяца медицинскую справку, подтверждающую состояние беременности. В случае окончания беременности до наступления у женщины права на отпуск по беременности и родам (при самопроизвольном выкидыше, операции по прерыванию беременности и подобных обстоятельствах) увольнение в связи с окончанием беременности допускается по окончании временной нетрудоспособности этой женщины. Увольнение производится в недельный срок после окончания отпуска по беременности и родам или после окончания временной нетрудоспособности в других случаях<sup>1</sup>.

Реализация такой гарантии, как использование отпуска по уходу за ребенком не только матерью, но и иными лицами, которые фактически

---

<sup>1</sup> Шептулина Н.Н. Защита материнства нормами трудового права // Журнал российского права. – 2008. - №9.

осуществляют уход за ребенком на практике сопряжена с рядом трудностей, связанных, в частности, с подтверждением фактического ухода за ребенком не матерью, а иными лицами.

Действующее законодательство не препятствует отцу ребенка получить пособие по временной нетрудоспособности по уходу за ребенком (больничный лист), однако процедура реализации этих социальных прав довольно затруднительна и требует существенных организационных и временных затрат<sup>1</sup>.

Так, Конституционный суд в своем Постановлении от 15.12.2011 г решил признать положение части четвертой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации не противоречащим Конституции Российской Федерации в той мере, в какой оно, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, устанавливает специальную (дополнительную) гарантию, направленную на обеспечение им равных с мужчинами возможностей в реализации конституционного права на труд и на достижение фактического равенства в сфере труда.

Однако при этом признать положение части четвертой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 7, 19, 37 (часть 1) и 38 (части 1 и 2), в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитывающей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми<sup>2</sup>. Этим самым Конституционный суд уравнил женщин и мужчин в правах и гарантиях в случаях ухода за детьми.

Следующая гарантия - это ограничение использования труда женщин на определенных работах.

Из числа норм законодательства о труде женщин, устанавливающих особенности правового регулирования их труда, первостепенное значение принадлежит нормам, направленным на охрану труда всех работающих женщин, поскольку они имеют целью обеспечить снижение заболеваемости женщин (профессиональной, производственно-обусловленной, общей - острой и хронической с временной утратой трудоспособности), сокращение производственного травматизма женщин, сохранение их репродуктивного здоровья, увеличение продолжительности жизни и т.д.

К таким нормам следует отнести прежде всего часть 1 статьи 253 ТК РФ, предусматривающую ограничение применения труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на

---

1 Пресняков М.В. Дискриминация в трудовых отношениях. Регулирование труда женщин и лиц с семейными обязанностями - правоприменительная практика // Трудовое право. 2010. N 3. С. 43 - 52.

2 Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2011 N 28-П "По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Е. Остаева".

подземных работах, за исключением нефизических работ или работ по санитарному и бытовому обслуживанию.

Закрепление в Трудовом кодексе РФ данного общего правила правомерно, так как в действительности на многие тяжелые и опасные работы женщины допускаются, но при соблюдении определенных условий и требований, то есть применение их труда ограничивается определенными рамками.

С учетом сказанного представляется целесообразным дополнить текст части 1 статьи 253 ТК РФ положением о том, что ограничение применения труда женщин на указанных работах осуществляется путем запрещения применения их труда на этих работах либо путем сокращения времени выполнения ими работы во вредных и (или) опасных условиях труда, а также в неблагоприятных природно-климатических условиях, и другими способами<sup>1</sup>.

Внесение данного дополнения в текст части 1 статьи 253 ТК РФ потребует соответствующего уточнения также формулировки части 3 названной статьи, где речь идет о перечнях работ, на которых применение труда женщин ограничивается, и о порядке их утверждения. Дело в том, что порядок утверждения этих перечней при наличии различных способов ограничения применения труда женщин в неблагоприятных условиях не может быть единым. Например, планы уменьшения доли рабочих мест с неблагоприятными для применения труда женщин условиями путем их переоборудования или ликвидации непосредственно в организациях найдут закрепление в коллективных договорах и соглашениях.

Также необходимо согласиться с Н.Н. Шептулиной, что часть 2 статьи 253 целесообразно дополнить положением о том, что женщины не должны назначаться на работы, связанные с регулярной переноской тяжестей вручную<sup>2</sup>.

Часть 4 ст. 261 ТК РФ запрещает расторжение трудового договора с женщинами, имеющими детей в возрасте до трех лет, одинокими матерями, воспитывающими ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида до восемнадцати лет), другими лицами, воспитывающими указанных детей без матери (за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным п. 1, 5 - 8, 10 или 11 ч. 1 ст. 81 или п. 2 ст. 336 ТК РФ).

Таким образом, ТК РФ разрешает увольнение женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, одиноких матерей, воспитывающих ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида до восемнадцати лет), других лиц, воспитывающих указанных детей без матери, в случае ликвидации предприятия либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем, а также за нарушения трудовой дисциплины.

В законодательстве РФ действуют нормы европейской социальной хартии, в частности ст. 8, защищающая права работающих женщин на охрану материнства. ТК РФ, как и Конвенция устанавливает, что женщина, имеющая детей в возрасте до трех лет, одинокие матери, воспитывающие ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида до восемнадцати лет), другие лица, воспитывающие указанных детей без матери могут быть уволены, если

1 Шептулина Н.Н. Проблемы совершенствования законодательства о труде женщин // Трудовое право. – 2008. - №1.

2 Шептулина Н.Н. Проблемы совершенствования законодательства о труде женщин // Трудовое право. – 2008. - №1.



виновны в действиях, дающих основание для расторжения трудовых отношений.

В результате последней кодификации трудового законодательства сократились гарантии, предоставляемые женщинам-матерям и другим работникам с семейными обязанностями при прекращении трудового договора по инициативе работодателя. В соответствии со статьей 261 ТК РФ расторжение трудового договора с женщинами, имеющими детей в возрасте до трех лет, одинокими матерями, воспитывающими ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет), другими лицами, воспитывающими указанных детей без матери, по инициативе работодателя не допускается, за исключением увольнения по пункту 1, пунктам 5 - 8, 10 или 11 части 1 статьи 81, пункту 2 статьи 336 ТК РФ. С учетом мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации увольнение указанных работников производится только по пункту 5 части 1 статьи 81 ТК РФ (часть 2 статьи 82 ТК РФ). В действующих правовых нормах, кроме отражения интересов работодателей, можно усмотреть отказ от "дискриминации наоборот", поскольку в отношении других работников так воспринимаются неосновательные гарантии для работников с семейными обязанностями.

К числу проблемных и связанных с прекращением трудового договора относится вопрос о прохождении женщинами с семейными обязанностями процедуры аттестации. Согласно разрозненным ныне нормативным правовым актам об аттестации отдельных категорий работников или локальным правовым актам о прохождении аттестации, как правило, освобождаются беременные женщины и женщины, имеющие детей в возрасте до 3 лет. Реже освобождают от прохождения процедуры аттестации женщин, имеющих детей-инвалидов или инвалидов с детства, не достигших 18 лет, одиноких матерей (отцов), имеющих детей до 14 лет, а также опекунов (попечителей) несовершеннолетних. С учетом потребности повышения квалификации женщин после длительного перерыва в работе настоятельным представляется освободить их от прохождения аттестации в течение одного года после выхода из отпуска по уходу за ребенком. Круг женщин с семейными обязанностями, не подлежащих аттестации, целесообразно унифицировать.

В силу Конвенции МОТ N 156 семейные обязанности сами по себе не могут служить основанием для прекращения трудовых отношений (статья 8). Если фактически увольнение женщин (в том числе по собственному желанию, соглашению сторон) обусловлено выполнением ими семейных обязанностей, создаются предпосылки для привлечения работодателей к ответственности за нарушение трудового законодательства, дискриминацию работников в сфере труда<sup>1</sup>.

Наиболее сложная ситуация с соблюдением трудовых прав женщин с семейными обязанностями существует в малом бизнесе, где трудовые отношения в значительной мере носят неформальный характер и регулируются

---

<sup>1</sup> Парягина О.А. Содействие занятости женщин с семейными обязанностями // Трудовое право. – 2008. - №3.

обычным правом, теневыми нормами и правилами. Ссылками на непосильность бремени трудовых льгот для бизнеса многие работодатели оправдывают свое нежелание и неумение придать трудовым отношениям гуманный, цивилизованный характер.

Неполно учитывается зарубежный опыт по обеспечению нестандартной занятости женщин с семейными обязанностями, реализации специальных программ по поддержке семьи, включающих изменения в режиме рабочего времени, возможность получить гибкий график работы, работу на дому и т.д. Так, в практике США и других стран для женщин, имеющих маленьких детей, широко используют режим "деления рабочего места". В этом случае одна женщина работает на рабочем месте, другая сидит с детьми. Возможно и чередование рабочих и нерабочих дней для каждой из работниц. Близок к этой организации труда и режим альтернативной рабочей недели, при котором женщины сменяют друг друга на рабочем месте через неделю. Работники, занятые на одном рабочем месте, делят не только рабочее время, но и заработную плату, социальные выплаты и льготы, оплаченный отпуск (хотя за счет предоставления неоплачиваемого отпуска сохраняется нормативная продолжительность отпуска). Вместе с тем работники берут на себя обязательства, что в случае невыхода одного работника его заменяет другой, не допуская простоев в работе<sup>1</sup>. Одним из режимов гибкого рабочего времени за рубежом становится "сжатая рабочая неделя", при которой недельное рабочее время отрабатывается в течение четырех или трех рабочих дней, а работники получают длительный период недельного отдыха (три и более дней)<sup>2</sup>. В Великобритании работодатели в рамках общих программ поддержки семей сотрудников предоставляют им помощь в организации ухода за престарелыми, инвалидами - членами семьи путем предоставления гибкого рабочего времени, перерывов для ухода в течение рабочего дня и т.д.<sup>3</sup>. Данные режимы рабочего времени представляют интерес для работников с семейными обязанностями и работодателей в России.

---

1 Никифорова А.А. Нестандартные формы занятости и режимы рабочего времени (опыт стран с рыночной экономикой) // Труд за рубежом. 1999. N 1. С. 12 - 13.

2 Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 84.

3 Чубарова Т.В. Поддержка работников с семейными обязанностями: взаимодействие государства и работодателей (опыт Великобритании) // Труд за рубежом. 1999. N 2. С. 105 - 108 и др.

## Приема на работу и отказ в приеме на работу как право работодателя

Ларкина Мария Сергеевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

В любой отрасли права существует такие две фундаментальные категории, как «право» и «обязанность», которые очень тесно взаимосвязаны с правосубъектностью участником правоотношений. В трудовом праве, работодатель, как один из субъектов трудовых правоотношений, обладает правом в приеме на работу и связанным с ним правом на отказ в приеме на работу.

Работодатель имеет право свободного выбора персонала из кандидатов на вакантные должности, которые максимально соответствуют всем требованиям. Данное утверждение вытекает из официальной позиции Пленума ВС РФ, изложенной в Постановлении от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», где отмечается, что работодатель вправе самостоятельно, под свою ответственность, принимать кадровые решения в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом (а именно – осуществлять подбор персонала, его расстановку, увольнение). Заключение трудового договора с конкретным лицом (прием на работу) является правом, а не обязанностью работодателя, еще и потому, что ТК РФ не содержит норм, обязывающих работодателя заполнять вакантные должности немедленно по мере их возникновения. К тому же ТК РФ устанавливает, что прием на работу осуществляется по соглашению сторон, в соответствии с их доброй волей, на основе их свободного усмотрения.

В ст. 37 Конституции РФ закреплено право каждого на труд, включая право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать профессию и род деятельности. И для того, чтобы это право реализовать, необходимо, чтобы данному праву корреспондировала соответствующая обязанность, в результате чего и возникают правоотношения между двумя субъектами, один из которых обладает правом, а другой обязанностью<sup>1</sup>. Поэтому, возникает совершенно обоснованный вопрос, как кандидат на вакантную должность, который имеет право на труд может реализовать это право, если второй субъект – работодатель, с которым он хочет вступить в трудовые правоотношения, не имеет обязанности в приеме на работу, а имеет

---

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С.15,67.

лишь право? Так прием на работу это все-таки право работодателя или обязанность? Данные вопросы в теории трудового права очень дискуссионные.

В соответствии с позицией Пленума Верховного суда, прием на работу является правом работодателя, и при этом суд прямо указывает, что не обязанностью (абз.2 п.10 Постановлении Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»). Некоторые авторы<sup>1</sup> считают, что вообще прием на работу является правом работодателя, но в некоторых ситуациях это является и его обязанностью, в результате неисполнение которой может последовать санкция. Так например, случаи невозможности отказа по основаниям, предусмотренным в ст. 64 ТК РФ являются случаями, когда право работодателя в приеме на работу становится его обязанностью. В тех ситуациях, когда кандидат на должность соответствует всем условиям и отсутствуют основания для отказа в принятии его на работу, то право работодателя в принятии перерастает в обязанность работодателя принять на работу конкретного лица, ищущего работу. На наш взгляд, прием на работу для работодателя это все-таки не обязанность в прямом смысле, так как обязанность – это предусмотренная законом или соглашением сторон мера должного поведения субъекта правового отношения<sup>2</sup>, а обязанность в приеме на работу среди обязанностей, предусмотренных в ст. 22 ТК РФ для работодателя не предусмотрена. В данном случае, после процедуры отбора работодатель реализует свое право в приеме на работу, т.к нет оснований применять право на отказ в приеме на работу.

Другие авторы<sup>3</sup>, полагают, что прием на работу для работодателя безусловно является лишь правом. При этом они указывают, что в ст.64 ТК РФ содержатся гарантии, которые являются ограничениям права работодателя на свободу выбора персонала, которые законодатель предусматривает с целью защиты работника (как более слабой стороны в трудовых правоотношениях) от злоупотреблений работодателем этим правом. Поэтому данное право не является абсолютным для работодателя, оно законодательно ограничено.

На наш взгляд, гарантии, предусмотренные законодателем, являются условиями, (а не случаями, в результате которых у работодателя возникает обязанность в приеме на работу) которые работодатель должен соблюсти при реализации своего права в приеме на работу. Так же можно согласиться с мнением тех, авторов, которые считают, что эти гарантии являются мерами ограничения права работодателя в приеме на работу. Если у нанимателя есть необходимость в заполнении вакантных мест, то он будет соблюдать эти ограничения, чтобы законным способом реализовать право. Об обязанности работодателя в приеме на работу можно было бы говорить лишь в том, случае когда законодатель прямо бы закрепил ее, или в ином случае, когда работодатель осуществлял прием на работу не по своей воли (например, путем прямого указания кого-либо).

---

1 См.: Соколова Г.А. Вопросы трудоустройства в РФ // Кадровая служба и управление персоналом Предприятия. 2009 г.№7.

2 Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.,1974 г.

3 См.: Сенников Н.М. Отказ в приеме на работу: уроки судебной практики // Трудовое право. 2009г. N 4.

В зарубежной практики существует мнение, что прием на работу – это право работодателя, но право, которое должно быть абсолютным без всяких ограничений. Так например, суды Великобритании ревностно отстаивают право нанимателя свободно осуществлять прием на работу: никто не правомочен принуждать работодателя вступать в соглашение. Исключение только одно: нельзя отказать в приеме на работу инвалидам и докерам, но в пределах 3% от общей численности работников, занятых на предприятии.

В этом есть некоторые минусы, потому что лицо, ищущее работу, находится изначально в более ущемленном положении, т.к. в ситуации приема на работу работодатель – хозяин, а такие лица как инвалиды, беременные женщины и иные будут еще более не защищенными, если работодателю дать полную свободу.

Сейчас рассмотрим все, что связано с отказом в приеме на работу. Если существует запрет на отказ в приеме на работу, предусмотренный в ст. 64 ТК РФ, то существует и право работодателя на отказ в приеме на работу, несмотря на то, что среди прав, перечисленных в ст. 22 ТК РФ такое право отсутствует.

Данное право может возникать в том случае, когда право в приеме на работу работодателю не удалось реализовать по различным причинам. Лишь при соблюдении нескольких условий, предусмотренных трудовым законодательством, работодатель может осуществить данное ему право отказа, и только тогда отказ можно считать обоснованным. В других случаях работодатель не имеет право на отказ, а если он осуществит его, то данный отказ будет считаться необоснованным. То можно сказать о том, что данное право работодателя также имеет некоторые ограничения, которые направлены для соблюдения баланса интересов обеих сторон трудовых правоотношений.

А. Курушин предлагает классифицировать отказы на правомерные и неправомерные<sup>1</sup>. К правомерным он относит отказы в приеме на работу, которые соответствуют требованиям обоснованности и законности. Так согласно трудовому законодательству право на отказ работодатель может осуществить в следующих случаях:

- непредоставление соискателем обязательных документов при приеме на работу (ст.65 ТК РФ);

- несоответствие категории соискателя в силу физических или психологических причин характеру работы (ст.253, ст.265 ТК РФ);

- невыполнение соискателем, требований, установленных ТК РФ;

- наличие в трудовой книжке соискателя, записи о том, что в качестве меры наказания это лицо лишено права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в течение установленного срока (подп. "б" ч. 1 ст. 44 и ст. 47 УК РФ);

- недостижение соискателем возраста, с которого допускается заключение трудового договора ( ст.63 ТК РФ);

- и другие случаи прямо предусмотренные трудовым и иным специальным законодательством.

---

<sup>1</sup> См.: Курушин А.А. Отказ в приеме на работу и некоторые проблемы его оспаривания // Юрист. 2000. N 6.

Перечень случаев, когда работодателю запрещается отказывать (т.е. неправомерный или необоснованный отказ):

- в силу судебного решения, обязывающего работодателя заключить трудовой договор (например, при рассмотрении заявлений об отказе в приеме на работу и т.п., ст.16, 391 ТК РФ);

- в случае избрания (выборов) на должность данного лица (ст. 16, 17 ТК РФ);

- в случае избрания лица по конкурсу на замещение соответствующих должностей (ст.16, 18, 332 ТК РФ)

- женщине по мотивам ее беременности или наличия детей (ч. 3 ст. 64 ТК РФ);

- приглашенным в письменной форме в порядке перевода от другого работодателя (ч.4 ст. 64 ТК РФ).

Кроме того, если нет этих случаев, то отказ также запрещается по причинам пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения; имущественного, должностного, социального положения; возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений и др. качеств, **не связанных с деловыми качествами работника**, так как действует принцип запрета дискриминации, предусмотренный ст.2 ТК РФ.

Это лишь примерный список случаев, в которых наниматель не имеет право на отказ, обоснованность или необоснованность в иных ситуациях разрешается судом по каждому конкретному делу. Поэтому категория «необоснованный отказ», которая лишь упоминается в ст.64 ТК РФ, имеет большое значение при реализации права на отказ. Содержание или понятие данной категория в трудовом законодательстве не раскрывается, что приводит к многочисленным вопросам по поводу того, что такое «необоснованный отказ» и в каких ситуациях (помимо прямо предусмотренных в ТК РФ) можно говорить о «необоснованном отказе»?

Исходя из содержания статей трудового кодекса РФ, **необоснованным** можно признать отказ как минимум в трех следующих случаях:

- 1) без указания причины;

- 2) по причинам, прямо запрещенным трудовым законодательством (например, причинам указанным в ст. 64 ТК РФ);

- 3) по причинам, которые не относятся к деловым качествам работника.

Если первые два случая выявить не трудно, то установить причины, не относящиеся к деловым качествам зачастую становится проблемно. Так как понятие «деловые качества работника», которое закон предлагает избрать в качестве критерия оценки кандидатов, весьма неопределенно, но трактовать его произвольно недопустимо. В связи с чем, Верховный суд в своем Постановлении №2 в п.10 дает толкование данного понятия, под которым понимает - способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных характеристик (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств (например, состояние здоровья, уровень

образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли).<sup>1</sup> Кроме того суд предусматривается возможность работодателя устанавливать дополнительные требования, которые могут содержаться во внутреннем нормотворчестве. Именно таким пониманием «деловых качеств работника» руководствуются правоприменители, при этом нужно учитывать, что согласно Конституции РФ и иному законодательству, постановления судов не являются источниками права, и поэтому не могут содержать общеобязательное правило поведения.

На наш взгляд, более правильным было бы законодательно закрепить понятие деловых качеств в норме ТК РФ. Но при этом, как замечают некоторые авторы, оно не должно допускать расширительного толкования, т.к. на практике это наделило бы работодателя неограниченными возможностями в предъявлении «необходимого» перечня деловых качеств к каждому неуголному кандидату.<sup>2</sup> Например, если понадобится исключить каких-либо претендентов, достаточно будет заявить слишком завышенные требования, которые обычно не предъявляются к данной вакантной должности. В таком случае, работодатель сможет отказать в приеме на работу, например кандидату, который плохо выглядит, но не по этой причине, а по причине несоответствия слишком завышенным требованиям, не смотря на то, что обычно предъявляемые требования к данной должности у кандидата будут иметься.

Чтобы не возникало указанных выше вопросов правомерности или неправомерности реализации работодателем права на отказ в приеме на работу, необходимо наиболее четко урегулировать данные моменты в ТК РФ, что будет способствовать быстрому и правильному рассмотрению споров по поводу отказа в приеме на работу.

В связи с чем, считаю необходимым внести в ТК РФ следующие дополнения. Во-первых, нормативно закрепить право работодателя на обоснованный отказ в приеме на работу в перечни прав работодателя, закрепленных в ст. 22 ТК РФ. Во-вторых, в оборот нормативнотрудовой терминологии ввести дефиниции категорий «необоснованный отказ в приеме на работу» и «деловые качества работника», которые являются понятиями оценочного характера, поэтому необходимо определить критерии, по которым правоприменитель смог бы устанавливать, что можно отнести к необоснованному отказу, а что является деловыми качествами.

И в заключение, хотелось бы отметить следующее, во-первых, работодатель, как субъект трудовых правоотношений, обладает такими правами как правом в приеме на работу, так и правом на отказ в приеме на работу. Во-вторых, данные права являются ограниченными в силу закона, что не является нарушением, так как согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права человека могут быть ограничены федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты прав других лиц. В-третьих, право в приеме на работу и право на отказ в приеме на работу взаимосвязаны и одновременно взаимоисключаемые.

---

<sup>1</sup> О применении судами РФ Трудового кодекса РФ: Пост. Пленума ВС РФ от 17 марта 2002 г. № 17 // БВ С РФ. 2004г. № 12.

<sup>2</sup> Исаева.Е.П. Необоснованный отказ в приеме на работу //Кадровик, 2011,№1.

Их связь проявляется в том, что они возникают у работодателя по поводу отбора кандидатов на вакантные должности, и если реализуется одно право, то соответственно не реализуется другое, это же и приводит к их взаимоисключению друг друга. И наконец, данные права и обеспечивают ранее упоминающиеся свободы работодателя в распоряжении по организации производства и труда, самостоятельному определению кадровой политики, управлению персоналом и т.п., а нормы, ограничивающие эти права обеспечивают свободу работника в распоряжении своим трудом. С одной стороны, прием на работу иногда является для работодателя обязанностью, а именно тогда, когда нет оснований для реализации отказа в приеме на работу, т.к. уже невозможно вернуться назад, кандидат уже прошел процедура проверки на соответствие и работодатель должен принять на работу такого кандидата. В случае, если работодатель не исполнит обязанность по принятию на работу данного кандидата самостоятельно, то все равно в последующем, если кандидат обратиться в суд за защитой, он исполнит эту обязанность по принуждению суда. Между тем, в том случае, если процедуру проверки на соответствие заявленным требованиям пройдут два кандидата, а у работодателя есть только одна вакансия, то работодатель осуществит обязанность по принятию на работу лишь в отношении одного кандидата, а в отношении другого данная обязанность будет не осуществлена. Но на каком основании работодатель может отказать одному из кандидатов? Данный вопрос нормативно не урегулирован. В этом случае, единственным объективным критерием, для принятия того или иного кандидата будет очередность подачи заявления в приеме на работу.



## **Правовой аспект порядка начисления заработной платы работникам, занятых на работах в местностях с особыми климатическими условиями**

Молодкин Павел Юрьевич,  
студент 3 курса ФВП Самарского  
юридического института ФСИН России

Научный руководитель:  
Караваев Александр Николаевич,  
к.ю.н., профессор кафедры  
гражданско-правовых дисциплин  
Самарского юридического института ФСИН России

Важной качественной характеристикой труда являются его условия – тяжесть, вредность для здоровья, отдаленность организаций от социально – культурных центров, непривлекательность труда, работа в местностях с особыми климатическими и иными условиями<sup>1</sup>. Все эти условия в своей совокупности и каждое из них как самостоятельный элемент должны быть учтены в правовой организации заработной платы работникам. Правовому аспекту порядка начисления заработной платы работникам, занятым на работах в местностях с особыми климатическими условиями, посвящена данная статья.

Особенности регулирования труда лиц, работающих в районах Крайнего Севера и местностей, приравненных к ним (в том числе и порядок начисления заработной платы) регламентированы не только главой 50 ТК РФ, но и иными нормами ТК РФ.

Постановление Совета Министров СССР от 10.11. 1967 № 1029<sup>2</sup>, действующее в редакции Постановления Совета Министров СССР от 3 января 1983г. № 12<sup>3</sup> предусматривает перечень районов Крайнего Севера и местностей, приравненных к районам Крайнего Севера. Ввиду последних изменений к данным местностям отнесена и Республика Тыва.

Статьей 146 ТК РФ установлен механизм повышения размера оплачиваемого труда работников, занятых на работах в местностях с особыми климатическими условиями путем установления специальных видов надбавок. Статья 316 ТК РФ к ним относит районный коэффициент и процентную надбавку за стаж работы в местностях с особыми климатическими условиями.

Статья 148 ТК РФ предусмотрела повышенную оплату труда работников на работах в местностях с тяжелыми климатическими условиями с введением районных коэффициентов. Под *районным коэффициентом*<sup>4</sup> следует понимать показатель увеличения размера заработной платы в зависимости от месторасположения предприятия. Районные коэффициенты признаны

<sup>1</sup>Трудовое право. /Под ред. О.В. Смирнова и И.О. Снигиревой. М., 2011. С. 371

<sup>2</sup> Постановление Совета Министров СССР от 10.11. 1967 № 1029// СП СССР. 1967. №29. Ст. 203

<sup>3</sup> Постановления Совета Министров СССР от 3 января 1983г. № 12 //СП СССР. 1983. №5. ст. 21

<sup>4</sup>Энциклопедический словарь экономики и права. 2005.

компенсировать расходы, связанные с проживанием в неблагоприятных климатических условиях, и поэтому относятся к категории доплат к заработной плате. Районный коэффициент начисляется по месту фактической постоянной работы независимо от места нахождения работодателя. Например, если работник трудится в обособленном структурном подразделении организации, расположенном в северных районах, или имеет разъездной характер работы и выезжает в данные районы, независимо от места нахождения самой организации, то оплата его труда должна производиться с учетом районного коэффициента. Если же работник трудится в северных районах не постоянно, а некоторый период времени, то районный коэффициент будет начисляться ему на часть заработной платы пропорционально этому времени. В этом случае коэффициент начисляется на всю заработную плату, в которую включаются все выплаты в пользу работающих лиц, в том числе вознаграждения за выслугу лет. Однако нормативными актами субъектов может быть установлен предельный размер повышения районного коэффициента, устанавливаемого входящим в состав субъекта РФ муниципальными образованиями. Поскольку органы государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления вправе за счет средств соответственно бюджетов субъектов РФ и бюджетов муниципальных образований устанавливать более высокие размеры районных коэффициентов для учреждений, финансируемых соответственно из средств бюджетов субъектов РФ и муниципальных бюджетов. В России данный коэффициент устанавливается в размере от 1,15 до 2,0 и применяется к заработной плате работников, занятых в районах Крайнего Севера, местностях, приравненных к ним, районах Дальнего Востока, Сибири, Урала, северных районах европейской части Российской Федерации.

Также, районный коэффициент начисляется на надбавки и доплаты к тарифным ставкам (должностным окладам) и компенсационные выплаты, связанные с режимом работы и условиями труда, к которым относятся надбавки:

- за классность, звание по профессии, непрерывный стаж работы по специальности и так далее;
- должностным лицам и гражданам, допущенным к государственной тайне;
- за выслугу лет (непрерывную работу), а также вознаграждение за выслугу лет, выплачиваемое ежеквартально или единовременно;
- по итогам работы за год;
- за условия труда при работе в ночное время, сменную работу, за совмещение профессий (должностей).

Лицам, работающим в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, помимо районного коэффициента также выплачивается процентная надбавка к заработной плате за стаж работы в данных районах или местностях (полярные надбавки). Под *полярной надбавкой* понимается процентная надбавка к заработной плате за стаж работы в районах Крайнего Севера. Данные надбавки на территории РФ устанавливаются в следующем размере:

- для районов Крайнего Севера - (Чукотский автономный округ, Северо-Эвенский район Магаданской области, Корякский автономный округ, Алеутский район Камчатской области, острова Северного Ледовитого океана и его морей (за исключением островов Белого моря) – 10 процентов заработка по истечении первых шести месяцев работы, с увеличением на 10 процентов за каждые последующие шесть месяцев работы, но не более 100 процентов заработка;

- для остальных районов Крайнего Севера – 10 процентов по истечении первых шести месяцев работы, с увеличением на 10 процентов за каждые последующие шесть месяцев работы, а по достижении 60-процентной надбавки – 10 процентов за каждый последующий год работы, но не более 80% заработка. В местностях, приравненных к районам Крайнего Севера процентная ставка исчисляется 10 процентами по истечению первого года работы, с увеличением на 10 процентов за каждый последующий год работы, но не более 50% заработка;

- для Южных районов Дальнего Востока, Красноярского края, Иркутской и Читинской области, Республики Бурятии, Республики Тыва, Республики Карелии – 10% по истечении первого года работы, с увеличением на 10% за каждые последующие два года работы, но не более 30% заработка.

Процентная надбавка к заработной плате за стаж работы выплачивается ежемесячно и начисляется на фактический заработок работника, включая вознаграждение за выслугу лет, выплачиваемое ежемесячно, ежеквартально или единовременно. При этом в заработке районный коэффициент не учитывается. Процентная надбавка не начисляется на выплаты, не относящиеся к заработной плате (материальная помощь и др.).

Начисление процентной надбавки в размере, установленном государственными нормативными правовыми актами обязательно для всех работодателей, в том числе не финансируемых из бюджетов. Она начисляется по месту фактической постоянной работы независимо от местонахождения организации, в штате которой состоит работник. Выплаты с учетом процентной надбавки полностью включаются в расчет среднего заработка, соответственно, на выплаты в размере среднего заработка процентная надбавка дополнительно не начисляется. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 07.10.1993 N 1012 «О порядке установления и исчисления трудового стажа для получения процентной надбавки к заработной плате лицам, работающим в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях и в остальных районах Крайнего Севера» было установлено, что трудовой стаж, дающий право на получение процентных надбавок к месячной заработной плате лицам, работающим в районах Крайнего Севера, приравненных к ним местностях и в остальных районах Севера, где установлены районный коэффициент и процентная надбавка к заработной плате, суммируется независимо от сроков перерыва в работе и мотивов прекращения трудовых отношений, за исключением увольнения за виновные действия.

Размер процентной надбавки к заработной плате и порядок ее выплаты устанавливается в порядке, определяемом статьей 316 ТК РФ для установления

размера районного коэффициента и порядка его определения (статья 317 ТК РФ). И поэтому органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления за счет своих средств могут устанавливать более высокие размеры процентной надбавки для учреждений, финансируемых из соответствующих бюджетов.

Суммы расходов на выплаты по процентной надбавке относятся к расходам на оплату труда в полном размере. Надбавки за стаж работы установлены для работающих в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, а также в южных районах Дальнего Востока, Красноярского края, Иркутской и Читинской областей, Республики Бурятия, в Республике Тыва, Республике Хакасия.

Однако не стоит забывать, что в отличие от районного коэффициента при выплате надбавок необходимо учитывать стаж работы в данных районах или местностях. Размер процентной надбавки и порядок ее выплаты (как и районный коэффициент) устанавливаются Правительством Российской Федерации (статья 317 ТК РФ). Отметим, что надбавки устанавливаются без учета районного коэффициента и вознаграждения за выслугу лет.

## **Некоторые вопросы расторжения трудового договора в связи с утратой доверия (п. 7 ч. 1 ст. 81 ТК РФ)**

Политова Ольга Андреевна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

Одним из оснований расторжения трудового договора по инициативе работодателя является совершение виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты к нему доверия (п. 7 ст. 81 ТК РФ). С одной стороны, оно направлено на обеспечение имущественных интересов работодателя. С другой стороны, важно соблюдать права работника: он должен быть защищен от неосновательного увольнения.

Расторжение трудового договора по пункту 7 статьи 81 ТК РФ относится к волевым действиям сторон трудового договора, которые носят односторонний характер, зависят от инициативы работодателя и вызваны субъективными причинами, связанными с виновным поведением работника. Увольняя работника на основании пункта 7 статьи 81 Трудового кодекса РФ, работодатель должен обратить внимание на следующие обстоятельства:

- включают ли в себя трудовые обязанности работника непосредственное обслуживание материальных ценностей;
- совершены ли работником виновные действия, подтвержден ли факт их совершения документально;
- дают ли совершенные виновные действия повод для утраты доверия работодателя к работнику.

Следуя формулировке Трудового кодекса РФ, работодатель вправе расторгнуть трудовой договор по п. 7 ст. 81 ТК РФ только с работниками, непосредственно обслуживающими денежные или товарные ценности (п. 45 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»). Таким образом прежде всего необходимо выяснить, связана ли трудовая функция работника с обслуживанием денежных или товарных ценностей. Для этого необходимо обратиться к трудовому договору с работником или его должностной инструкции. Как правило, с такими работниками может быть заключен договор о полной материальной ответственности.

В литературе нет единого мнения о том, зависит ли возможность расторжения трудового договора по пункту 7 статьи 81 ТК РФ от вида материальной ответственности, которая распространяется на работника. Так, Е.

А. Новиков считает, что «достаточно лишь, чтобы работник непосредственно обслуживал товарно-материальные ценности, независимо от того, какой вид материальной ответственности на него распространяется».<sup>1</sup> Ю. Харина, напротив, ссылаясь на Определение ВС РФ № 64 В – 96 – 3/4к, отмечает, что речь может идти только о тех работниках, на которых распространяется полная материальная ответственность.<sup>2</sup>

Статья 244 ТК РФ устанавливает, что письменные договоры о полной материальной ответственности могут заключаться с работниками, непосредственно обслуживающими или использующими денежные, товарные ценности и иное имущество и названными в специальном перечне работ и категорий работников, с которыми заключаются указанные договоры. Таким образом законодатель обособляет эту категорию работников от тех, кто несет ограниченную материальную ответственность или полную материальную ответственность в соответствии с законом. Следует обратить внимание, что определяя эту категорию работников, законодатель использует формулировку «непосредственно обслуживающий денежные или товарные ценности». Аналогичная формулировка использована и в п. 7 ст. 81 ТК РФ. Это дает основание предположить, что при увольнении по п. 7 ст. 81 ТК РФ речь может идти только о тех работниках, которые названы в Перечнях должностей и работ, замещаемых или выполняемых работниками, с которыми работодатель может заключать письменные договоры о полной индивидуальной или коллективной (бригадной) материальной ответственности (утв. Постановлением Минтруда РФ от 31.12.2002 № 85).

Неоднозначно решается вопрос и о том, обязательно ли наличие договора о полной материальной ответственности с таким работником. В.И. Миронов считает, что работодатель вправе уволить в связи с утратой доверия только тех работников, с которыми заключены письменные договоры о полной индивидуальной или коллективной (бригадной) материальной ответственности.<sup>3</sup> По мнению А. Я. Петрова, работник может быть уволен независимо от того, был ли заключен с ним письменный договор о полной материальной ответственности<sup>4</sup>. На наш взгляд, наличие или отсутствие договора о полной материальной ответственности может повлиять только на возможность или невозможность привлечения работника к полной материальной ответственности. Если же речь идет об увольнении работника по п. 7 ст. 81 ТК РФ, значение имеет лишь тот факт, относится ли он к категории работников, с которыми может быть заключен договор о полной материальной ответственности.

Определив, какие категории работников могут быть уволены на основании пункта 7 статьи 81 ТК РФ, перейдем к вопросу о тех виновных действиях, которые могут стать поводом для расторжения трудового договора, и о порядке расторжения трудового договора. Во-первых, виновные действия,

1 Новиков, Е.А. Увольнение в связи с утратой доверия: основания и последствия / Е. А. Новиков // Трудовое право. - 2007. - № 5.

2 Харина, Ю. Утрата доверия / Ю. Харина // Трудовые отношения; Социальная защита. – 2003. - № 8. – с. 28 – 31.

3 Миронов, В.И. Трудовое право России: учебник / В. И. Миронов. - М., 2005. - С. 428 - 729.

4 Петров, А.Я. Расторжение трудового договора по инициативе работодателя с отдельными категориями работников / А. Я. Петров // Трудовое право. - 2009. - № 11.

дающие повод для утраты доверия работодателя, могут быть совершены работником **по месту работы и в связи с исполнением трудовых обязанностей**. Это, например, недостача или излишек вверенных работнику материальных или денежных ценностей, несвоевременное их оприходование, отпуск материальных или денежных ценностей без надлежащего оформления и другие<sup>1</sup>.

Ч. занимал должность заведующего складом – начальника отдела логистики. С ним, как с материально ответственным лицом был заключен договор о полной материальной ответственности. При проведении инвентаризации комиссией были обнаружены излишки материальных ценностей, которые не числились в документах бухгалтерского учета, их прием на хранение не был надлежащим образом оформлен. Следовательно, основанием для увольнения по п. 7 ст. 81 ТК РФ явилось обнаружение излишков материальных ценностей, непосредственное обслуживание которых входило в круг трудовых обязанностей Ч.<sup>2</sup>

Действия работника, которые могут стать поводом для утраты к нему доверия со стороны работодателя очень разнообразны. В целом, они включают в себя любое нарушение трудовых обязанностей, установленных трудовым договором, должностной инструкцией, внутренними нормативными актами, которые обязан соблюдать конкретный работник, если исполнение таких обязанностей касается непосредственного обслуживания материальных ценностей. Л. В. Труханович называет критерии квалификации виновных действий работника в качестве дающих основание для утраты доверия. Во-первых, это «действия, явно нарушающие нормативные установления по обслуживанию товарных или денежных ценностей и приведшие к возникновению реального ущерба»; во-вторых, это «нарушение работником правил по обслуживанию материальных ценностей, вследствие которых возникла угроза причинения вреда имуществу организации либо созданы условия, при которых в будущем может быть причинен ущерб».<sup>3</sup>

Определив, о каких виновных действиях работника идет речь, отдельное внимание стоит уделить порядку расторжения трудового договора. Проступок, предусмотренный п. 7 ст. 81 ТК РФ, совершенный работником по месту работы и в связи с исполнением трудовых обязанностей, является основанием для применения одного из дисциплинарных взысканий, установленных ч. 3 ст. 192 ТК РФ. При применении дисциплинарного взыскания (в нашем случае речь идет об увольнении), работодателем должны быть соблюдены требования ст. 193 ТК РФ.

1. Факт совершения виновных действий работником, обслуживающим денежные или материальные ценности должен быть подтвержден документально.

---

1 Сосна, Б.И. Актуальные проблемы увольнения работников в связи с утратой доверия / Б. И. Сосна // Социальное и пенсионное право. – 2008. - № 2.

2 Решение Михайловского районного суда Волгоградской области от 26.12. 2008 г. [Электронный ресурс] / Режим доступа: [http://www.trudovoikodeks.ru/praktika/praktika\\_iniz\\_rd\\_7\\_81\\_resh9.shtml](http://www.trudovoikodeks.ru/praktika/praktika_iniz_rd_7_81_resh9.shtml). Загл. с экрана.

3 Труханович, Л.В. Увольнение по всем статьям: утрата доверия со стороны работодателя (пункт 7 статьи 81 Трудового кодекса) / Л. В. Труханович, Д. Л. Шур // Кадры предприятия. – 2005. - № 4. – с. 32 – 48.

Виновные действия, совершенные работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности могут быть выявлены в результате проведения инвентаризаций, ревизий или проверок специально уполномоченных контрольно-надзорных органов. Если речь идет о проверках «извне», по результатам которых составляются протоколы об административных правонарушениях, предписания контрольно-надзорных органов, то проблем, связанных с подтверждением факта совершения виновных действий конкретным работником, как правило, не возникает. Когда же речь идет об инвентаризации, ревизии или иной проверке, проводимой по инициативе работодателя, следует принимать во внимание положения ст. 247 ТК РФ. В частности, работодатель должен истребовать от работника письменное объяснение для установления причин возникновения ущерба, обеспечить работнику право знакомиться со всеми материалами проверки, указать, в чем конкретно выразились виновные действия увольняемого работника.

При проведении служебной проверки или инвентаризации у работодателя может возникнуть вопрос о том, как поступить с работником, предположительно виновным в возникшей недостаче или порче имущества организации. Трудовой кодекс РФ в статье 76 предусматривает возможность отстранения работника от работы, однако не распространяет ее на материально ответственных лиц в период проведения ревизии или иной проверки. Установленный законом перечень оснований отстранения от работы не подлежит расширительному толкованию, однако пп. 7 ч. 1 ст. 76 ТК РФ указывает, что их круг не является исчерпывающим, и отстранение от работы возможно в «других случаях, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ». Это дает, на наш взгляд, правовое основание для внесения в ТК РФ некоторых дополнений. Главу 39 ТК РФ, посвященную материальной ответственности работника, полагаем необходимым дополнить статьей 247<sup>1</sup> следующего содержания: «Работник, в отношении которого проводится проверка согласно ст. 247 ТК РФ, может быть временно отстранен от работы, связанной с обслуживанием денежных или товарных ценностей, на время проведения такой проверки, но не более двух недель. В случае подтверждения вины работника в возникшем материальном ущербе и последующего увольнения на основании п. 7 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, заработная плата за период отстранения от работы не начисляется. В случае если вина работника по результатам проверки не подтверждена, ему производится оплата за все время отстранения от работы в размере средней заработной платы».

Если речь идет о бригаде работников, которые несут коллективную материальную ответственность, обязательно должен быть подтвержден факт виновного поведения конкретного работника.

Наконец, может возникнуть ситуация, когда виновными действиями работника реальный ущерб имуществу работодателя причинен не был, однако возникла угроза причинения вреда имуществу организации либо созданы условия, при которых в будущем может быть причинен такой ущерб. В этом



случае подтверждением факта совершения виновных действий работником может стать служебная или докладная записка лица, которому непосредственно подчинен такой работник.

2. Работодатель обязан затребовать от работника письменное объяснение.

Наличие письменного объяснения работника по поводу совершенного нарушения трудовых обязанностей – обязательный элемент соблюдения процедуры расторжения трудового договора по п. 7 ст. 81 ТК РФ. Во избежание конфликтных ситуаций, особенно, в случаях, когда работник отказывается дать объяснение по поводу совершенного проступка, рекомендуется оформлять письменное уведомление о необходимости представить такое объяснение.<sup>1</sup> Если по истечении двух рабочих дней объяснение работником не представлено, то об этом составляется акт. Такой акт, как правило, составляется с участием и за подписью нескольких работников работодателя, то есть комиссионно.

3. Соблюдение срока применения дисциплинарного взыскания.

Дисциплинарное взыскание применяется не позднее одного месяца со дня обнаружения проступка, не считая времени болезни работника, пребывания его в отпуске, а также времени, необходимого на учет мнения представительного органа работников. Указанное положение корреспондирует с частью 6 статьи 81 ТК РФ, согласно которой не допускается увольнение работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности работодателем - физическим лицом) в период временной нетрудоспособности и в период пребывания в отпуске.

С другой стороны, дисциплинарное взыскание не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения проступка, а по результатам ревизии, проверки финансово-хозяйственной деятельности или аудиторской проверки - позднее двух лет со дня его совершения. Сроки шесть месяцев и два года, напротив, рассчитываются с учетом времени болезни работника, пребывания его в отпуске, а также времени, необходимого на учет мнения представительного органа работников.

Для правильного применения данных положений необходимо обратить внимание на то, что законодатель использует разные точки отсчета при установлении сроков в один месяц и шесть месяцев (два года). В первом случае срок начинает течь с момента обнаружения проступка, во втором – с момента его совершения.

4. Ознакомление работника под роспись с приказом (распоряжением) работодателя о применении дисциплинарного взыскания.

Это завершающий элемент процедуры применения дисциплинарного взыскания в форме увольнения. Приказ (распоряжение) работодателя о применении дисциплинарного взыскания объявляется работнику под роспись в течение трех рабочих дней со дня его издания, не считая времени отсутствия работника на работе. Если работник отказывается ознакомиться с указанным приказом (распоряжением) под роспись, составляется соответствующий акт.

---

<sup>1</sup> Путеводитель по кадровым вопросам. Дисциплинарные взыскания. Замечание, выговор, увольнение / Консультант - Плюс.

В приказе необходимо отразить фамилию, имя, отчество работника и его должность; структурное подразделение, где работал работник; проступок, который он совершил, со ссылками на нарушенные пункты трудового договора, должностной инструкции или иных локальных актов, которые обязан соблюдать работник, а также на документы, подтверждающие это нарушение; обстоятельства совершения проступка, степень его тяжести и вины работника. В качестве основания для издания приказа указываются реквизиты акта, докладной записки или другого документа, фиксирующего проступок, а также объяснительной записки работника или же акта об отказе от представления объяснений.

Поскольку дисциплинарная ответственность является одним из видов юридической ответственности, работодателю следует взвесить все обстоятельства, связанные с поведением конкретного работника при решении вопроса о выборе дисциплинарного взыскания. Так, согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. № 2 (п. 53) работодателю необходимо представить доказательства, свидетельствующие не только о том, что работник совершил дисциплинарный проступок, но и о том, что при наложении взыскания учитывались тяжесть этого проступка и обстоятельства, при которых он был совершен (часть пятая статьи 192 ТК РФ), а также предшествующее поведение работника, его отношение к труду.

Когда совершены все выше перечисленные действия, необходимые для соблюдения порядка применения дисциплинарного взыскания, работодатель должен подготовить документы о прекращении трудовых правоотношений между работником и работодателем. Для этого следует оформить приказ (распоряжение) о расторжении трудового договора, сделать запись в трудовой книжке и выполнить требования, установленные статьей 84<sup>1</sup> ТК РФ (они рассмотрены нами ниже).

Виновные действия, дающие повод для утраты доверия к работнику со стороны работодателя, могут быть совершены **вне места работы и вне связи с исполнением трудовых обязанностей** работником. Это факты совершения хищений, взяточничества и иных корыстных правонарушений работниками, непосредственно связанными с обслуживанием денежных или товарных ценностей. Речь идет о виновных действиях, совершенных именно вне места работы, поскольку хищение, совершенное по месту работы, является основанием расторжения трудового договора по пп. «г» п. 6 ст. 81 ТК РФ. Факт совершения хищения или иных виновных действий должен быть подтвержден вступившим в силу приговором суда или постановлением органа, уполномоченного на применение административных взысканий, устанавливающим вину конкретного лица в совершении конкретного деяния.

Особенностью порядка расторжения трудового договора на основании п. 7 ст. 81 ТК РФ, когда виновные действия совершены работником вне места работы и вне связи с исполнением трудовых обязанностей, является установленный законодателем специальный срок, в течение которого работник может быть уволен. Он составляет один год с момента обнаружения проступка работодателем. На наш взгляд, установление столь длительного срока не вполне

обоснованно. Навряд ли можно говорить об утрате доверия со стороны работодателя к работнику, когда прошел целый год с того момента, когда работодатель узнал о совершенном проступке. Напротив, установление столь длительного срока может стать возможностью для злоупотреблений со стороны работодателя, этот срок должен быть более коротким, например, один месяц. Этого времени достаточно для того чтобы работодатель мог сформировать мнение о работнике с учетом открывшихся обстоятельств. Следует отметить также, что не ясно, каким образом рассчитывается этот срок, включается ли в него время отпуска и временной нетрудоспособности работника. С учетом изложенного, на наш взгляд, ч. 5 ст. 81 ТК РФ следует изложить следующим образом: «увольнение работника по основанию, предусмотренному пунктом 7 части первой настоящей статьи, в случаях, когда виновные действия, дающие основание для утраты доверия совершены работником вне места работы или по месту работы, но не в связи с исполнением трудовых обязанностей, не допускается позднее одного месяца со дня обнаружения проступка работодателем, не считая времени болезни работника и пребывания его в отпуске».

Поскольку в данном случае речь не идет о наложении дисциплинарного взыскания, нет необходимости соблюдения процедуры, установленной статьей 193 ТК РФ, в целом применяется общий порядок прекращения трудового договора, установленный статьей 84<sup>1</sup> ТК РФ.

При расторжении трудового договора на основании пункта 7 статьи 81 ТК РФ следует помнить, что некоторые категории работников по рассматриваемому основанию уволены быть не могут. Речь идет, во-первых, о работниках, в период пребывания их в отпуске или в период временной нетрудоспособности (ч. 6 ст. 81 ТК РФ), во-вторых, о беременных женщинах (ч. 1 ст. 261 ТК РФ).

Поскольку согласно п. 7 ст. 81 ТК РФ совершенные работником виновные действия должны давать повод для утраты доверия, рассмотрим понятия «доверие» и «утрата доверия». Понятие «доверие» является скорее морально-этическим, нежели юридическим. В толковых словарях русского языка «доверие» означает убежденность в честности, добросовестности, искренности кого-либо и основанное на этом отношении к кому-либо; уверенность в чьей-нибудь добросовестности.<sup>1</sup> В трудовых правоотношениях доверие представляет собой уверенность работодателя в добросовестности работника при выполнении своих трудовых обязанностей. Наличие доверия работодателя к работнику презюмируется при заключении с ним трудового договора и передаче товарных или денежных ценностей. «Утрата доверия», в свою очередь, означает утрату уверенности работодателя в добросовестности работника в связи с совершением последним определенных виновных действий.

Работодатель должен внимательно относиться к такому серьезному вопросу, как увольнение работника на основании п. 7 ст. 81 ТК РФ. Детально проанализировав возникшую ситуацию, ответив положительно на вопросы включают ли в себя трудовые обязанности работника непосредственное

---

<sup>1</sup> Ефремова, Т. Ф. Новый словарь русского языка / Т. Ф. Ефремова. – М.: Рус. Яз., 2001. – с. 395; Ожегов, С. И. Толковый словарь русского языка / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. – М.: Азъ, 1992.

обслуживание материальных ценностей, совершены ли им виновные действия, и подтвержден ли факт их совершения документально, дают ли совершенные виновные действия повод для утраты доверия к работнику, работодатель, соблюдая порядок расторжения трудового договора, предусмотренный законом, вправе уволить работника на основании п. 7 ст. 81 ТК РФ.

## Некоторые гарантии, обеспечивающие защиту прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя

Серкова Кристина Денисовна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

Актуальность темы настоящей работы состоит в том, что в период экономического спада увеличивается доля субъектов хозяйственной деятельности, которые в силу ряда факторов ликвидируются в порядке, установленном законодательством о несостоятельности (банкротстве), соответственно, все шире становится круг лиц, требующих защиты прав при увольнении в связи с несостоятельностью работодателя.

Вопрос гарантий, обеспечивающих защиту прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя, находится на стыке трудового законодательства и законодательства о несостоятельности (банкротстве). Гарантии, которые продекларированы Конституцией Российской Федерации и Трудовым Кодексом Российской Федерации (далее ТК РФ), не обеспечиваются законодательством о несостоятельности (банкротстве). В связи с этим, проблема, которую мы хотим осветить в данной работе – **проблема отсутствия реально действующего механизма защиты прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя.**

Исходя из указанной проблемы, целью работы является разработка эффективного механизма защиты прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя. Данная цель тесно связана с решением следующих задач:

- изучение практических проблем защиты прав работников при несостоятельности работодателя;
- выявление возможностей и условий эффективной защиты трудовых прав работников;
- исследование зарубежного опыта реализации гарантий прав работника в процедурах банкротства.

Национальным законодателем предусматриваются *некоторые* гарантии защиты прав работника при несостоятельности (банкротстве) работодателя, в частности, для работника предусмотрены следующие гарантии: обеспечение заработной платой в приоритетном порядке, своевременная информированность работников о финансовом состоянии работодателя, участие профессиональных союзов в делах о несостоятельности работодателя. Однако несмотря на закрепление указанных гарантий, данные гарантии являются

декларативными и *реальной защиты права работников не получают, так как отсутствует действующий механизм реализации указанных гарантий.*

Рассмотрим подробнее некоторые гарантии защиты прав работников, закрепленные на национальном уровне, и разработанные законодательством зарубежных стран.

### **I. Гарантия обеспечения заработной платой.**

Трудовой кодекс относит получение заработной платы, в случае прекращения деятельности работодателя и его неплатежеспособности, к основным государственным гарантиям по оплате труда работников (ст. 130 ТК РФ).

Однако, указанное положение, хотя и закреплено в качестве основ, действительного и надежного механизма по обеспечению работников заработной платой не имеет. Для анализа данной гарантии необходимо разграничить заработную плату на *текущую* - заработная плата, которую работник получает за период работы в организации, когда в отношении нее уже введена процедура банкротства<sup>1</sup> и *реестровую*, задолженность по которой накопилась у работодателя перед работником за период до введения процедур банкротства<sup>2</sup>.

Отнеся заработную плату к текущим платежам, работодатель предоставляет право работникам на выплаты вне конкурсной массы<sup>3</sup>. Однако текущие платежи также имеют свою очередность, в которой заработная плата (текущая) стоит лишь на втором месте, тем самым появляется риск неоплатности для работника. Указанная проблема характерна не только для Российской Федерации, многие иностранные государства сталкивались со схожей проблемой, в связи с этим была сделана попытка решить данный вопрос на международном уровне. В общем виде право работников на защиту требований в отношении заработной платы при несостоятельности (банкротстве) работодателя было сформулировано в ст. 11 Конвенции Международной организации труда (далее МОТ) N 95 «Относительно охраны заработной платы»<sup>4</sup>.

Комитетом экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций отмечается, что в течение лет, прошедших со времени принятия ст. 11 Конвенции МОТ N 95, защита работников посредством привилегий оказалась не слишком удовлетворительной<sup>5</sup>.

Дело в том, что указанная конвенция принята в 1949 г., когда само законодательство о несостоятельности (банкротстве) строилось на иной, нежели сейчас идее: введение процедуры банкротства подразумевало по ее окончанию закрытие предприятия, увольнение всех работников соответственно. На сегодняшний день законодательство о несостоятельности (банкротстве) шагнуло далеко вперед, теперь процедуры банкротства строятся на

<sup>1</sup>ч.2 ст. 134 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

<sup>2</sup>абз. 2 ч. 4 ст. 134 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

<sup>3</sup>ч.2 ст. 134 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

<sup>4</sup>Конвенция Международной Организации Труда N 95 "Относительно защиты заработной платы" (Женева 01.07.1949).

<sup>5</sup>Петров, А. Я. Проблемы обеспечения работника заработной платой в случае прекращения деятельности работодателя и его неплатежеспособности //Законодательство и экономика. -2010. - № 7. – С. 24 – 28.

желательности сохранения предприятия, его оздоровлении. Как следствие этого, п.1 ст. 11 Конвенции МОТ N 95, распространяющий охрану на заработную плату, право на которую возникло у работников до введения процедуры банкротства, не соответствует современному подходу к рассматриваемому вопросу. Таким образом, сегодня актуальным является создание механизма, обеспечивающего охрану не только задолженности по заработной плате, но и текущей заработной платы работников, продолжающих свою деятельность на предприятии на время введения процедуры банкротства.

Существует и другая проблема, не разрешенная Конвенцией N 95, заключающаяся в том, что долги по заработной плате, хотя и обладают привилегированным статусом, все же подлежат уплате после погашения иных долгов предприятия.

Устаревание ст. 11 Конвенции N 95 привело к необходимости принятия новых международных актов по этому вопросу. Изначально нормы, содержащиеся в Конвенции N 95, были расширены в рамках Европейского Союза - в Директиве Совета ЕС 1980 г. N 80/987/ЕС путем установления процедур функционирования специальных гарантийных учреждений. Позже аналогичные положения были закреплены в Конвенции МОТ 1992 г. «О защите требований трудящихся при нетрудоспособности предпринимателя» (N 173), которая до сих пор не была ратифицирована Россией<sup>1</sup>.

Согласно указанной Конвенции защита заработной платы осуществляется двумя способами:

- право - привилегия на заработную плату по сравнению с требованиями иных кредиторов;
- право на возмещение невыплаченной заработной платы через специальные страховые фонды (обязательные, добровольные).

Привилегия распространяется на следующие требования работников:

а) по заработной плате за установленный период времени, который должен составлять не менее трех месяцев, *предшествующих неплатежеспособности или прекращению трудовых отношений;*

б) по выплатам за оплачиваемые отпуска, право на которые возникло в связи с работой, выполненной *в течение года наступления неплатежеспособности или прекращения трудовых отношений*, а также в течение предшествующего года;

с) по суммам, причитающимся в отношении других видов оплачиваемого отсутствия на работе за установленный период времени, который должен составлять не менее трех месяцев, предшествующих неплатежеспособности или прекращению трудовых отношений;

д) по выходным пособиям, причитающимся трудящимся в связи с прекращением трудовых отношений<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Лютов Н. Защита права работников на заработную плату в случае банкротства работодателя: несоответствие российского законодательства международным стандартам // Трудовое право.-2010.-№01.-С.77.

<sup>2</sup> Ст. 6 Конвенции Международной Организации Труда N 173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя» (Женева 23.06.1992).

Еще одной важной гарантией, предусмотренной в конвенции, является закрепленное в ч. 1 ст. 7 Конвенции положение о том, что хотя сумма указанных привилегий и может быть ограничена национальным законодательством, однако она *не должна быть ниже приемлемого уровня*, причем этот социально приемлемый уровень должен периодически пересматриваться.

Кроме Конвенций, Международная Организация Труда принимает также и Рекомендации. Применимой в указанном вопросе Рекомендацией будет Рекомендация N 180 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»<sup>1</sup> (далее Рекомендация N 180). В соответствии с указанной Рекомендацией, работодатель обязан *страховать задолженности по заработной плате*, в результате: одну часть страховых взносов оплачивает государство, другую – работодатель.

Интересным является положение Рекомендации о *«процедурах ускоренной выплаты»*. В соответствии со ст. 6 Рекомендации N 180: «Если процедура о неплатежеспособности не может обеспечить быстрой выплаты по привилегированным требованиям трудящихся, то должна существовать процедура ускоренной выплаты, *обеспечивающая их удовлетворение из имеющихся фондов или как только такие фонды появятся, не дожидаясь окончания процедуры о неплатежеспособности*, в том случае, если ускоренная выплата по требованиям трудящихся не обеспечивается гарантийным учреждением».

Национальный законодатель не предусмотрел создание такого института, как «процедура ускоренной выплаты», однако попыткой на пути к ускорению выплат, можно назвать абз. 2 п. 6 ст. 16 Закона о несостоятельности (банкротстве), согласно которому требования о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих по трудовому договору, включается в реестр требований кредиторов не на основании определения арбитражного суда, а непосредственно арбитражным управляющим или по его представлению реестродержателем, что существенно сокращает сроки включения требования работника в реестр.

Подводя итог, можно констатировать определенное несоответствие норм действующего российского законодательства международным актам, в которых предусмотрено, что заработная плата представляет собой привилегированное требование и подлежит выплате полностью до того, как обычные кредиторы вправе потребовать свою долю. Поэтому у многих авторов, рассматривающих данную проблему, возникает вопрос о том, почему праву на вознаграждение за труд, которое предусмотрено в п. 3 ст. 37 Конституции РФ, не отдано предпочтение.

**Предложения по усовершенствованию национального законодательства в части реализации гарантии работника на обеспечение заработной платой.**

---

<sup>1</sup>Рекомендация Международной Организации Труда N 180 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя» (Женева 23.06.1992).



Нам кажется возможным предложение законодателю заимствовать опыт других стран<sup>1</sup>, в которых уже давно и довольно успешно функционирует система страхования заработной платы на случай неплатежеспособности предприятия.

Также следует отметить, что в ряде случаев Закон о несостоятельности(банкротстве) требует юридико-технической доработки. Так, в ст. 2 Закона при перечислении кредиторов должника-работодателя указаны лица, *работающие* по трудовому договору, но не указаны лица, *работавшие* по трудовому договору. Таким образом, лица, работавшие по трудовому договору и уволившись, перед которыми работодатель имеет долг, не подпадают ни под категорию конкурсных кредиторов, ни под категорию кредиторов, однако в ст. 134 Закона о несостоятельности (банкротстве) их требования включены в очередь с лицами, работающими по трудовому договору, что дает основание считать их кредиторами должника<sup>2</sup>.

## **II. Гарантия информирования работников, представительство их интересов при введении процедуры банкротства.**

Согласно ч.4 ст. 37 Закона о несостоятельности (банкротстве), в случае, *если до подачи заявления должника о признании его банкротом избран представитель работников* должника, должник обязан направить ему копию указанного заявления. Однако Закон о несостоятельности (банкротстве) не обязывает должника информировать своих работников о предстоящем банкротстве, в случае если собрание работников не проведено и не избран представитель работников должника. Не предусмотрено также *избрание в обязательном порядке представителя работников* должника до подачи соответствующего заявления должником. В этой связи следует отметить, что право работников на информацию в данном аспекте представлено в усеченном формате<sup>3</sup>.

Кроме названной статьи гарантия работников на информацию и представительство получает точечное закрепление в некоторых нормах Закона о несостоятельности (банкротстве), в частности ст. 35; ч. 3 ст. 68; ч. 1 ст. 72; ч. 3 ст. 72; ст. 129.

Помимо законодательства о банкротстве, некоторые аспекты гарантии работников на информацию закреплены и в ТК РФ. Так, если на предприятии действует первичная профсоюзная организация, на работодателя возлагается обязанность сообщить о ликвидации организации и увольнении работников ее выборному органу в письменной форме не позднее чем за два месяца до начала проведения соответствующих мероприятий, а если это может привести к массовому увольнению - не позднее чем за три месяца (ст. ст. 82, 180 ТК РФ).

Нечеткая формулировка "до начала проведения соответствующих мероприятий" позволяет расширенно трактовать дату: не менее чем за два месяца до издания приказа о сокращении и начала предупреждения работников

---

<sup>1</sup> Учреждения, осуществляющие страхование работников на случай банкротства работодателя созданы в частности в Австрии, Польше, Дании, Норвегии, Греции, Словакии, Австралии и др. странах.

<sup>2</sup> Терентьев А. Проблемы защиты прав работников при банкротстве работодателя//Трудовое право.-2010.-№06.-С.49.

<sup>3</sup> Терентьев А. Проблемы защиты прав работников при банкротстве работодателя//Трудовое право.-2010.-№06.-С.49.

(фактически - не менее чем за четыре месяца до увольнения) или не менее чем за два месяца до начала увольнения работников, то есть одновременно с их предупреждением о предстоящем увольнении (фактически - не менее чем за два месяца до увольнения работников)<sup>1</sup>.

В Определении Конституционного Суда РФ N 201-О-П<sup>2</sup> указано, что предупредить первичную профсоюзную организацию следует не позднее чем за два месяца до начала увольнения работников. В указанном определении суд пришел к выводу, что в ином случае наблюдался бы дисбаланс интересов работника и работодателя, ограничивающий интересы работодателя.

В целом, что касается информирования работников при введении процедуры несостоятельности (банкротства), можно говорить о точечном закреплении отдельных положений, как в специальном законодательстве (в частности Закон «О несостоятельности (банкротстве)»), так и ТК РФ. Кроме того, сложная юридическая конструкция (закрепление части гарантий в разных главах Закона о несостоятельности(банкротстве), а другой части в ТК РФ) не позволяет работникам ознакомиться с их гарантиями и правами при введении процедур банкротства.

### **Предложения по усовершенствованию национального законодательства в части реализации гарантии работника на информацию и представительство своих интересов.**

Нам кажется обоснованным предложение законодателю закрепить отдельные права работников на информацию (в частности о финансовом состоянии предприятия, уведомление работников о введении процедуры банкротства в отношении работодателя, о назначении арбитражного управляющего) в одном нормативно правовом акте. Наиболее удобным будет, на наш взгляд, дополнение ТК РФ статьей 165.1 (*общие гарантии работникам, предоставляемые в случае введения процедуры несостоятельности (банкротства) в отношении работодателя*). Кроме того, необходимым нам кажется закрепление в трудовом кодексе права работников на *информирование со стороны работодателя или арбитражного управляющего (их представителей) о правах и обязанностях работников на время ведения процедур банкротства* в отношении предприятия-должника (ч.2 ст. 165.1).

Статью 29 ТК РФ предлагаем дополнить следующей формулировкой: *«Интересы работников при введении процедуры банкротства в отношении предприятия-должника, работниками которого они являются, представляют первичная профсоюзная организация, ее руководитель или иные представители, избираемые работниками.»* Закрепление данного положения поможет избежать ситуации, когда в соответствии с ч. 4 ст. 37 Закона о несостоятельности (банкротстве) работодатель обязан уведомить представителя работников о введении процедуры наблюдения, однако фактически уведомлять некого, ведь работники, не обладающие информацией о финансовом состоянии работодателя, не избирали представителя их интересов. В данном случае таким представителем автоматически становится руководитель профсоюзной

<sup>1</sup> А.М.Цыганов, Принимаем и увольняем работников по всем правилам// "Экономико-правовой бюллетень", 2011, N 4.

<sup>2</sup> По делу о проверке конституционности части 1 статьи 82 ТК РФ: Определение КС РФ от 15 января 2008 г. N 201-О-П.

организации, которого и обязан будет уведомить работодатель, а позднее для специального участия представителя в арбитражном процессе по делу о банкротстве и защите интересов работников в процедуре банкротства, работники могут избрать другого представителя.

Подводя итог, хочется отметить, что процедура банкротства – многоаспектная процедура, при ведении которой судами, органами власти, собственником, руководителем предприятия, арбитражным управляющим должно разрешаться большое количество вопросов. Законодательство о несостоятельности (банкротстве) является новым, судебная практика еще не устоялась, поэтому сложно требовать от такого сложного правового института детального урегулирования столь большого комплекса вопросов. Однако вопрос гарантии прав работников является очень важным, и обходить его стороной нельзя. Именно поэтому большинство наших предложений заключается в **закреплении отдельных положений защиты прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя в трудовом законодательстве**, в частности мы предлагаем *закрепить отдельные права работников на информацию; предусмотреть представительство интересов работников при введении процедур банкротства*. Именно из за новизны законодательства, мы считаем целесообразным обращение к опыту иностранных государств, в которых механизм защиты прав работников является весьма действенным. Так, мы предлагаем *введение процедур страхования заработной платы на случай ликвидации организации в результате банкротства*.

Очевидно, что введение национальной системы защиты требований работников в случае банкротства работодателя, отвечающей требованиям Конвенции МОТ N 173 и Рекомендации МОТ N 180, необходимо в максимально сжатые сроки. Минздравсоцразвития России исходит из того, что положения Конвенции N 173 не противоречат действующему российскому трудовому законодательству и ее ратификация возможна после внесения изменений в законодательство о банкротстве<sup>1</sup>. В настоящее время Минэкономразвития совместно с Минздравсоцразвития и Министерством финансов подготовлены проект концепции проектов федеральных законов "О системе обязательного государственного гарантирования материальных прав работников" и "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О системе обязательного государственного гарантирования материальных прав работников" и техническое задание на разработку указанных проектов федеральных законов<sup>2</sup>. Хочется верить, что в обозримом будущем эти законопроекты будут подготовлены и приняты, тогда многие проблемы, связанные с необеспеченностью прав работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя будут решены.

---

<sup>1</sup>Информация о возможности ратификации конвенций Международной организации труда (МОТ) // Материалы парламентских слушаний "Развитие российского законодательства в социальной сфере: перспективы дальнейшей ратификации Российской Федерацией конвенций МОТ", октябрь 2009

<sup>2</sup>Лютов Н. Защита права работников на заработную плату в случае банкротства работодателя: несоответствие российского законодательства международным стандартам // Трудовое право.-2010.-№01.-С.77.

# Социальное обеспечение

## **Профессиональное пенсионное страхование в Республике Беларусь**

Гуцко Полина Александровна,  
студентка 5 курса юридического факультета  
Белорусского государственного университета

Научный руководитель:  
Постовалова Татьяна Александровна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса  
и трудового права  
Белорусского государственного университета

Профессиональное пенсионное страхование (далее - ППС) в Республике Беларусь является одним из видов государственного социального страхования и представляет собой систему установленных государством отношений, суть которых заключается в формировании средств за счет уплачиваемых работодателями взносов за работников, занятых в особых условиях труда, персонифицированный учет этих средств, и использование этих средств в виде выплаты пенсий за работу с особыми условиями труда.

В Республике Беларусь существует два вида профессиональных пенсий: досрочные профессиональные пенсии и дополнительные профессиональные пенсии.

Профессиональное пенсионное страхование имеет свои преимущества.

Введение в республике с 1 января 2009 года Закона Республики Беларусь от 5.01.2008 г. № 322-З «О профессиональном пенсионном страховании»<sup>1</sup> способствовало изменению источника финансирования трудовых пенсий по возрасту за работу с особыми условиями труда и за выслугу лет, назначенных в соответствии со статьями 12, 13, 15, 47-49, 49-52 Закона Республики Беларусь от 17.04.1992 г. № 1596-Х11 «О пенсионном обеспечении»<sup>2</sup>.

Данный вид страхования предусматривает новую по своей сути систему общественных отношений, которая заключается в формировании источника средств за счет целевых отчислений, производимых работодателями за своих работников, занятых в особых условиях труда и отдельными видами деятельности. Система ППС призвана постепенно освободить общую пенсионную систему от финансирования досрочных пенсий за работу с особыми условиями труда и пенсий за выслугу лет.

Введение с 2003 года Закона Республики Беларусь от 6.01.1999 г. № 230-З «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе

---

<sup>1</sup>О профессиональном пенсионном страховании: Закон Республики Беларусь от 05.01.2008 № 322-З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – 2012.

<sup>2</sup>О пенсионном обеспечении: Закон Республики Беларусь от 17.04.1992 № 1596-Х11 (ред. от 22.12.2011, с изм. от 30.12.2011) // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – 2012.

государственного социального страхования»<sup>1</sup> позволило обеспечить полный сбор средств и учет накопленных пенсионных прав граждан. Создана база данных застрахованных лиц, содержащая сведения, необходимые для расчета пенсии (о страховом стаже, заработке и взносах и др.), накапливаемые на индивидуальном лицевом счете застрахованного лица. Это позволило реально увязать размер пенсии гражданина с его заработком и суммой уплаченных страховых взносов.

Появился принципиально новый вид пенсий – дополнительные профессиональные пенсии. По нашему мнению, они имеют преимущества по отношению к досрочным профессиональным пенсиям: во-первых, работники работают до достижения общеустановленного пенсионного возраста, они не уходят на пенсию раньше (досрочно), во-вторых, работники, занятые в особых условиях труда, имеют право на дополнительный источник дохода – дополнительную профессиональную пенсию. Привлекательность данного вида пенсий заключается в том, что их выплата производится независимо от получения каких-либо других пенсий или дохода.

Не смотря на преимущества системы ППС как вида государственного социального страхования, на практике возникают различные проблемы. К примеру, к ним можно отнести:

- несвоевременная уплата взносов на ППС и нецелевое их использование;
- нарушения при предоставлении документов персонифицированного учета (нарушение сроков и достоверности предоставления документов персонифицированного учета);
- неправильное определение объекта для исчисления взносов на ППС (возникающие на практике сложности по определению объекта для исчисления взносов на ППС, влияющие на полноту и правильность их поступления, связаны с обязанностью работодателей по ведению полного и достоверного учета выплат, начисленных в пользу работника за истекший месяц, а также учета рабочего времени).

В настоящее время в Республике Беларусь выплачиваются дополнительные профессиональные пенсии. Выплата досрочных профессиональных пенсий начнется лишь с октября 2012 года. В связи с их назначением и выплатой могут появиться новые проблемы, например, связанные с правильностью исчисления профессионального стажа.

Таким образом, необходимо продолжать дальнейшее развитие системы ППС и совершенствование законодательства о ППС. Успешное развитие ППС зависит от многих факторов, в том числе и от активного участия всех заинтересованных, ответственных и сопутствующих лиц.

---

<sup>1</sup>Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе государственного социального страхования: Закон Республики Беларусь от 06.01.1999 № 230-3 (ред. от 15.07.2009) // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – 2012.

## Некоторые проблемные вопросы в предоставлении льгот многодетной семье

Дабаев Бато Аюрович,  
студент 5 курса юридического факультета  
Бурятского государственного университета

Научный руководитель:  
Доржиева Светлана Владимировна,  
ст. преподаватель кафедры гражданского права  
и процесса юридического факультета  
Бурятского государственного университета

*«Семья - это не ячейка общества, семья это государство и есть»  
Сергей Довлатов*

Конституция РФ в ст. 7 определяет Российскую Федерацию как социальное государство, в котором обеспечивается государственная поддержка семьи.

Говоря о семье, обычно подразумевают семью с детьми. Именно на такой семье в первую очередь сказываются экономические реформы, проводимые государством, именно она требует особой защиты государства<sup>1</sup>. Из статистики известно, что в многодетных семьях воспитывается около 20 % всех детей в стране, поэтому очень важно осмыслить как нынешнее положение многодетной семьи, так и пути улучшения ее положения<sup>2</sup>.

Одной из наиболее актуальных проблем для большинства семей в нашей стране является ежемесячная оплата коммунальных услуг, на которую тратится значительная часть семейного бюджета. Исходя из такого положения, п. 1 п. п. «б» Указа Президента РФ «О мерах социальной поддержки многодетных семей» (далее Указ Президента РФ)<sup>3</sup> устанавливает для многодетных семей скидку не ниже 30 % установленной платы за пользование отоплением, водой, канализацией, газом и электроэнергией, а для семей, проживающих в домах, не имеющих центрального отопления, - от стоимости топлива, приобретаемого в пределах норм, установленных для продажи населению на данной территории. На Министерство финансов РФ совместно с Министерством социальной защиты РФ возлагалась обязанность в месячный срок разработать порядок и условия возмещения расходов на осуществление мер, предусмотренных указом.

В соответствии с п. 2 Письма Министерства социальной защиты населения РФ «О финансировании мероприятий по социальной поддержке

1 Кравчук Н.В. Защита семьи. М. Эксмо. 2006. С. 7.

2 Дивицына Н.Ф. Семейное право. М. ВЛАДОС – ПРЕСС. 2006. С. 202.

3 Указ Президента РФ «О мерах социальной поддержки многодетных семей» от 05.05.1992 г. № 431( в ред. от 25.02.2003 № 250) // газета "Российские вести", N 11, май 1992 г

многодетных семей»<sup>1</sup> предусматривалось, что скидки на плату за пользование отоплением, водой, канализацией, газом и электроэнергией производятся за счет средств местных бюджетов. Однако, решением Верховного суда РФ от 26.03.2003 г. № ГКПИ 03-139<sup>2</sup> п. 2 вышеуказанного Письма признан недействующим. В результате, порядок и условия возмещения расходов по оплате коммунальных услуг вопреки Указу Президента РФ до настоящего времени не приняты.

Например, Законом Республики Бурятия «О мерах социальной поддержки многодетных семей в Республике Бурятия»<sup>3</sup> не предусматривается закрепленная Указом Президента РФ скидка для многодетных семей не ниже 30 % установленной платы за пользование отоплением, водой, канализацией, газом и электроэнергией, а для семей, проживающих в домах, не имеющих центрального отопления, - от стоимости топлива, приобретаемого в пределах норм, установленных для продажи населению на данной территории. Таким образом, на сегодняшний день в Республике Бурятия, как и в ряде, других регионах, где отсутствует законодательно закрепленная соответствующая льгота многодетным семьям в виде 30% скидки на коммунальные услуги, в субъекте РФ, многодетные семьи лишены возможности правом пользования гарантией закрепленной Указом Президента РФ. Такое положение дел, естественно, приводит к нарушению законных прав и интересов многодетных семей.

В силу ст. 90 Конституции РФ Указы и распоряжения Президента Российской Федерации обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации.

Отсутствие порядка и условий возмещения расходов на осуществление мер социальной поддержки в соответствии с вышеназванным Указом Президента РФ, не является основанием для отказа в их предоставлении и не должны нарушать прав многодетных семей. Это обстоятельство не препятствует и субъектам Российской Федерации, муниципальным образованиям до урегулирования данного вопроса федеральным законодателем предусматривать в своих законах (решениях) о бюджетах необходимые средства для финансирования льгот, предоставляемых многодетным семьям, с последующим предъявлением требований о частичном возмещении соответствующих расходов за счет федерального бюджета.

В соответствии с позицией Конституционного Суда РФ<sup>4</sup> пробел в законодательном регулировании не может служить непреодолимым препятствием для разрешения спорных вопросов, если от этого зависит реализация вытекающих из Конституции Российской Федерации прав и законных интересов граждан. Следовательно, в случае обращения многодетной семьи в суд за установлением права пользования указанной льготой, то наличие

1 Письмо Министерства социальной защиты населения РФ № 1-2359-18 от 29.06.1992 «О финансировании мероприятий по социальной поддержке многодетных семей //Нормативные акты по финансам, налогам и страхованию, N 8, 1992

2 Решение Верховного суда РФ от 26.03.2003 г. № ГКПИ 03-139 //Бюллетень нормативных актов РФ N 11-12, 1992

3 Закон Республики Бурятия от 6 июля 2006 г. №1810-III «О мерах социальной поддержки многодетных семей в Республике Бурятия» (в ред. от 13 октября 2010 г.) //Собрание Законодательства Республики Бурятия NN 6-7(87-88) июнь-июль 2006 г

4 Определение от 9 апреля 2002 г. №68-О //Собрание законодательства Российской Федерации от 22 июля 2002 г. N 29



такого пробела не может являться основанием для отказа в удовлетворении заявленных истцом требований.

В настоящее время судебная практика по разрешению данной категории дел складывается следующим образом:

**Первый вариант** – вынесение решений в пользу многодетных семей по данной категории дел, в котором ответчиком выступает ресурсоснабжающие организации.

Помимо этого при удовлетворении исковых требований о предоставлении 30 % скидки на коммунальные услуги многодетным семьям ресурсоснабжающие организации, предоставляющие гражданам коммунальные услуги имеют право взыскать понесенные с предоставлением таких льгот расходы за счет средств федерального бюджета.

**Второй вариант** - вынесение решений в пользу многодетных семей по данной категории дел, по которым ответчиком выступает Министерство финансов Российской Федерации.

Автором статьи непосредственно было пройдена два этих варианта, в связи с оказанием юридической помощи многодетной семье.

В мае 2011 г. было подано исковое заявление к ресурсоснабжающей организации, однако решением Железнодорожного районного суда г. Улан-Удэ от 18 мая 2011 г. в удовлетворении исковых требований к ОАО «ТГК-14» о признании отказа в предоставлении скидки за отопление и горячую воду незаконным, возложении обязанности по предоставлению скидки по оплате за отопление и горячую воду было отказано. В июне 2011 года была подана кассационная жалоба на данное решение, однако определением Верховного суда РБ в удовлетворении кассационной жалобы отказано.

В августе 2011 автор статьи подал исковое заявление о признании права пользования установленной Указом Президента РФ скидки не ниже 30 % установленной платы за пользование отоплением, водой, канализацией, газом и электроэнергией и взыскании денежных средств с ответчика сумму излишне уплаченных денежных средств за последние 3 года (горячую и холодную воду, отопление, электроэнергию) с Министерства финансов РФ. В ходе рассмотрения дела были привлечены в качестве соответчика Министерство финансов Республики Бурятия, **Правительство финансов**. Решением Советского районного суда г. Улан-Удэ от 07 декабря 2011 года было взыскано с Министерства финансов РФ в пользу истицы денежные средства за отопление, горячую и холодную воду, электроэнергию. В связи с подачей кассационной жалобы Минфином РФ было рассмотрено решение суда нижестоящей инстанции, после чего в удовлетворении кассационной жалобы Минфина РФ было отказано. 12 марта 2012 г. необходимый пакет документов для исполнения решения суда был направлен Министерству финансов г. Москва. Согласно ответу Минфина РФ указанные документы в соответствии ст. 242.3 БК исполняются в течении 3 месяцев, следовательно истица получит денежные средства после 10 июня 2012 г.

Из вышеизложенного следует, что многодетные семьи РБ, как и в ряде других регионах, не имеют реальной возможности пользоваться данной

скидкой и единственным способом разрешения указанной проблемы является обращение многодетных семей с аналогичными исками к Минфину РФ, но судебный порядок разрешения этого спора занимает длительное время.

Для сравнения в Красноярском крае многодетные семьи, имеющие 3-х несовершеннолетних детей имеют субсидию **30 процентов оплаты жилья** в пределах социальной нормы площади жилья, установленной законом края; и **30 процентов оплаты коммунальных услуг** в пределах социальной нормы площади жилья, установленной законом края, и (или) нормативов потребления коммунальных услуг, установленных в соответствии с законодательством РФ. В связи с внесением изменений в Закон края «О социальной поддержке населения при оплате жилья и коммунальных услуг»<sup>1</sup>, предусмотрено предоставление мер социальной поддержки в размере 50 процентов оплаты жилья и коммунальных услуг многодетным семьям, имеющим пять и более детей. При расчете учитываются следующие показатели:— численность многодетных семей, имеющих пять и более детей, проживающих в Красноярском крае 1462 семьи (в них проживает 10469 человек); среднемесячный размер мер социальной поддержки, предоставляемых многодетным семьям в размере 30 процентов оплаты жилищно-коммунальных услуг, сложившийся за январь-май 2011 года (с учетом доставки) — 279,5 руб. на 1 человека. Ввиду того, что предусмотренные 30 % скидки начисляются по установленному нормативу и тарифу, а не от реального размеров потребления коммунальные, то они являются мизерными и недостаточными для социальной поддержки многодетных семей. Поэтому считаем, скидка в размере 50 % будет более существенной помощью, однако в Красноярском крае её могут получить с 1 января 2012 г только семьи, имеющие 5 несовершеннолетних детей.

Также необходимо отметить, что в рассматриваемом Указе Президента № 431 кроме, вышеназванной скидки на коммунальные услуги, продекларированы льготы на бесплатную выдачу лекарств, приобретаемых по рецептам врачей, для детей в возрасте до 6 лет; бесплатный проезд на внутригородском транспорте (трамвай, троллейбус, метрополитен и автобус городских линий (кроме такси), а также в автобусах пригородных и внутрирайонных линий для учащихся общеобразовательных школ; бесплатное обеспечение в соответствии с установленными нормативами школьной формой либо заменяющим ее комплектом детской одежды для посещения школьных занятий, а также спортивной формой на весь период обучения детей в общеобразовательной школе за счет средств всеобуча либо иных внебюджетных средств; один день в месяц для бесплатного посещения музеев, парков культуры и отдыха, а также выставок. Однако, на практике, указанные льготы не реализуются и не предоставляются, подробное рассмотрение вышеперечисленных льгот выходит за рамки статьи и требуют дальнейшего исследования.

На основании изложенного, полагаем, что только законодательная регламентация на региональном уровне для многодетных семей скидки не ниже

---

<sup>1</sup> " Закон Красноярского края «О социальной поддержке населения при оплате жилья и коммунальных услуг // Краевой вестник от 6 июня 2008 г. N 59(360)

30 % установленной платы за пользование отоплением, водой, канализацией, газом и электроэнергией, а для семей, проживающих в домах, не имеющих центрального отопления, - от стоимости топлива, приобретаемого в пределах норм, установленных для продажи населению на данной территории обеспечит защиту прав и законных интересов многодетной семьи. В связи с чем предлагаем внести изменения в п. 6 абзаца 1 части 1 статьи 6 Закона Республики Бурятия от 6 июля 2006 г. №1810-III «О мерах социальной поддержки многодетных семей в Республике Бурятия», в части установления скидки не ниже 30 % платы за пользование отоплением, водой, канализацией, газом и электроэнергией, а для семей, проживающих в домах, не имеющих центрального отопления, - от стоимости топлива, приобретаемого в пределах норм, установленных для продажи населению на данной территории.

## **К проблеме пенсионного обеспечения Украины в контексте мирового опыта**

Евгения Петровна Матвиенко,  
аспирант кафедры гражданского права  
Юридического института  
Прикарпатского национального  
университета имени Василя Стефаника

Согласно ст. 1 Конституции Украина является социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человечества. В настоящее время ведущей формой социальной защиты населения является пенсионное обеспечение.

Вопросы пенсионного обеспечения граждан Украины, как и любой из развитых стран, сегодня являются одними из самых актуальных и обсуждаемых. Обостренное внимание к этому аспекту социальной политики в мире объясняется такими причинами: демографическими изменениями, которые выражаются в уменьшении рождаемости и одновременном увеличении продолжительности жизни, а, как следствие, — ростом «пенсионной нагрузки» на работающее население; несбалансированностью бюджета Пенсионного фонда; увеличением теневого сектора экономики. Поэтому формирование оптимальной модели пенсионного обеспечения, которая бы учитывала социальные и экономические аспекты жизни общества, является важной задачей многих государств. В связи с этим проводятся реформы, включающие повышение пенсионного возраста, частичную отмену льгот досрочного выхода на пенсию, ввод элементов инвестирования средств, предназначенных для выплаты будущих пенсий, для защиты их от инфляции.

Целью статьи является анализ пенсионных систем разных стран для выявления их преимуществ и недостатков, чтобы определить необходимые методы реформирования системы Украины с учетом зарубежного опыта.

Проблемами пенсионного обеспечения занимаются известные украинские (Н. Болотина, В. Бурак, П. Пилипенко, С. Прилипко, С. Синчук, И. Сирота, Н. Стаховська, Б. Сташків, Б. Стичинский, В. Тарасова, Н. Хуторян, О. Ярошенко) и русские ученые (В.С. Андреев, М.А. Вигдорчик, А.Д. Зайкин, М.Л. Захаров, Р.И. Иванова, Е.Е. Мачульська, П.Д. Павленок, П. Романова, А.Н. Савинов, Е. Ярской - Смирновой и другие).

Необходимо отметить, что первые пенсионные системы стали появляться в мире в конце XIX века. Они носили в основном распределительный характер. Пенсии выплачивались за счет текущих взносов. В ряде стран, таких как Франция, Германия, Россия, Украина и других, распределительные системы сохранились и в наши дни. В большинстве других стран солидарная основа осталась в виде базовой минимальной пенсии, в то время как основные пенсионные выплаты формируются в накопительной составляющей,

основанной на инвестировании взносов в экономику страны. Вместе с тем, существует и полностью накопительная пенсионная система, которая, например, представлена в Чили.<sup>1</sup>

Пенсионная реформа является составной частью других отраслевых реформ – экономической, здравоохранения, социального страхования. В Украине она началась в ноябре 1991 года, когда Верховный Совет принял Закон «О пенсионном обеспечении», который гарантировал всем нетрудоспособным гражданам Украины право на материальное обеспечение путём предоставления трудовых и социальных пенсий.

В июле 1997 года Кабинет Министров Украины утвердил «Программу пенсионной реформы». Главная цель перемен – эффективная социальная защита граждан, подъём экономики Украины. В апреле 1998 года Указом Президента Украины были утверждены разработанные Кабинетом Министров Украины при участии Пенсионного фонда «Основные направления реформирования пенсионного обеспечения в Украине». В рамках этого стратегического документа правительством была разработана украинская модель трёхуровневой пенсионной системы, изучен и проанализирован опыт других стран. И как результат в июле 2003 года приняты два Закона: «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании» и «О негосударственном пенсионном обеспечении». Они закрепили на законодательном уровне модель пенсионной системы, которая состоит из: солидарной системы, накопительной системы (однако этот уровень в Украине еще не действует), системы негосударственного пенсионного обеспечения (на сегодняшний день она работает частично). Эта модель гарантирует равные возможности реализации гражданами страны одного из важнейших социальных прав – на пенсионное обеспечение. Данная система построена на солидарности поколений, перераспределении средств от работающего к нетрудоспособному. Она непосредственно связана с трудовой деятельностью человека, величиной её заработной платы.<sup>2</sup>

Реформирование пенсионной системы Украины происходит медленно, но планомерно. Однако на протяжении последних лет процессы реформирования приостановились. Причиной этого стало влияние мирового финансово-экономического кризиса, который привёл к инфляции, росту цен и безработицы, и, как следствие, — снижение реальных показателей уровня жизни. Впрочем, из этого, не стоит делать выводы о прекращении реформирования социальной сферы.

На сегодняшний день самым главным заданием правительства является сбалансирование пенсионной системы. С этой целью разработан проект Закона «О мероприятиях относительно законодательного обеспечения реформирования пенсионной системы» № 7455 от 13 декабря 2010 г. В нём определены основные направления дальнейшего реформирования пенсионной системы. Такие, например, как: повышение пенсионного возраста для женщин (до 60

---

1 Обзор мирового опыта внедрения пенсионных реформ [Электронный ресурс]. - Режим доступа: [http://pfu.gov.ua/pfu/control/uk/publish/article?art\\_id=94986&cat\\_id=99092](http://pfu.gov.ua/pfu/control/uk/publish/article?art_id=94986&cat_id=99092).

2 Гузик Т. От А до Я // Вестник Пенсионного фонда Украины. 2010. № 5(95). С. 12-13.

лет), уменьшение льгот для более раннего выхода на пенсию, внедрение второго уровня – накопительной пенсионной системы и другие.<sup>1</sup>

Дата введения накопительной пенсионной системы пока не установлена. В первую очередь, планируется глубоко изучить опыт стран, применяющих такую систему, доработать её с учётом украинских реалий и особенностей, и, как следствие, внести окончательные изменения в пенсионное законодательство и достигнуть бездефицитности бюджета Пенсионного фонда. При никаких дополнительных денег на его наполнение ни с работодателей, ни с работающих брать не планируется, все отчисления будут идти из платежей в Фонд, в котором пока не хватает средств даже на текущие выплаты.

По мнению министра социальной политики Сергея Тигипко, введение обязательной накопительной системы пенсионного обеспечения создаст здоровый конфликт интересов между работодателем и работающими. Последний будет заинтересован получать зарплату официально, с которой на его персональный счет будут поступать необходимые отчисления. Но итоговые размеры накоплений в значительной мере будут зависеть от того, куда будут вкладываться эти деньги, как государство будет контролировать такие инвестиции и какие гарантии предоставит гражданам, а также кто от имени государства будет управлять средствами накопительной пенсионной системы.<sup>2</sup>

Суть такой системы будет заключаться в том, что часть обязательных взносов (общий уровень пенсионных отчислений должен остаться неизменным) будет накапливаться в единственном Накопительном фонде и зачисляться на индивидуальные накопительные пенсионные счета граждан. Эти средства будут инвестироваться в экономику страны с целью получения инвестиционного дохода и защиты их от инфляционных процессов. Управление пенсионными средствами будут осуществлять компании по управлению активами (для которых эта деятельность является профессиональной и будет лицензироваться), выбранными на конкурсной (тендерной) основе. При инвестировании пенсионных активов компании будут действовать согласно с требованиями законодательных актов относительно направлений, рынков на которых можно будет осуществлять инвестиции. Непосредственное хранение пенсионных активов будет осуществлять банковское учреждение - хранитель, который будет нести ответственность за целевое использование этих активов. Средства, которые будут зачисляться на индивидуальные накопительные пенсионные счета, и являются собственностью этих граждан, и они смогут воспользоваться ими после достижения пенсионного возраста (или, в случаях предусмотренных законодательством, ранее этого срока, например в случае инвалидности). Выплаты из Накопительного фонда будут осуществляться дополнительно к пенсии из солидарной системы.<sup>3</sup>

Накопительная система пенсионного обеспечения приобретает все более широкое распространение в мировой практике. Для более эффективного её

---

1 Билина Е. Пенсионная реформа: что мешает? // Вестник Пенсионного фонда Украины. 2010. № 4 (94). С. 25.

2 Сайченко А. Избирательная реформа: Тигипко готов облегчить жизнь будущим пенсионерам, но не всем [Электронный ресурс].– Режим доступа: <http://glavcom.ua/articles/2840.html>.

3 Система пенсійного забезпечення в Україні [Електронний ресурс].– Режим доступа: <http://www.npf-dnister.com/page.php?id=73&>.

внедрения и функционирования в Украине необходимо учитывать опыт других стран.

Например, с 1999 года в Швеции накопительная пенсия является составной частью её общего размера. Сегодня все шведы платят 2,5% заработной платы на индивидуальные пенсионные счета. Ими управляют пенсионные фонды, инвестируя их в экономику с использованием рыночных механизмов. Работающий имеет возможность выбрать частный пенсионный фонд или даже несколько фондов, где он хотел бы разместить свои накопления. Следует отметить, что на инвестиционную деятельность пенсионных фондов наложены значительные ограничения. Их деятельность контролирует министерство финансов страны, которое проводит ежегодную проверку и затем отчитывается о работе фондов перед национальным парламентом. Стоит отметить, что в Швеции сейчас насчитывается более 500 пенсионных фондов, что свидетельствует об эффективности накопительного пенсионного обеспечения, и в тоже время – это серьезно осложняет выбор, перед которым стоит работающий.<sup>1</sup>

В свою очередь, в США до сих пор основной формой обеспечения лиц пожилого возраста (после 65 лет) является государственная пенсия. Но американцы могут добровольно участвовать в накопительной пенсионной системе – платить взносы по месту работы или открывать индивидуальные пенсионные счета в любом банке или паевом фонде, что служит крупнейшим источником долгосрочных инвестиций в экономику.

Существуют два вида накопительных пенсионных программ: с установленными выплатами (defined benefit plan) и установленными взносами (defined contribution plan). Первый вид гарантирует участникам фиксированный размер пенсии, который для каждого работающего определяется с учетом размера зарплаты и стажа работы в компании. Как правило, программы с установленными выплатами формируют фонды за счет отчислений только с предпринимателей. Программы же с установленными взносами обычно финансируются предпринимателями и наемными работниками в равных долях. При этом каждый участник такой программы имеет свой персональный счет в пенсионном фонде и имеет право выбора между различными инвестиционными программами, предлагаемыми управляющими компаниями. Таким образом, он сам несет ответственность за результаты и в, определенной степени, сам определяет величину последующих пенсионных выплат. Такие пенсионные программы приобрели особую популярность в США за последние 10-15 лет, что способствовало процессу стимулирования инвестиций в экономику.

Помимо участия в групповых пенсионных программах, организуемых по месту работы, каждый американец может открыть и свой личный пенсионный счет - ЛПС (individual retirement account). Порядок открытия и ведение этих счетов также строго регулируется американским законодательством. Размеры ежегодных взносов на ЛПС ограничены верхним пределом в 2 тыс. долларов. Средства со счета нельзя снять до достижения 59,5 лет, а после достижения 79,5

---

<sup>1</sup> Гузик Т. Второй уровень // Вестник Пенсионного фонда Украины. 2010. № 5 (95). С. 18.

лет счет закрывается в обязательном порядке. С другой стороны, ЛПС может быть открыт с момента рождения ребенка. За все время накопления средств на ЛПС эти средства не подлежат налогообложению, однако в момент их снятия и закрытия счета из накопленной суммы вычитается подоходный налог. Обычно ЛПС открываются в коммерческих и сберегательных банках, паевых фондах, страховых компаниях. Счета в любой момент могут быть переведены из одного места в другое. Также по желанию держателя счета он может сам управлять им (т. е. планировать наиболее выгодное размещение средств, накапливаемых на ЛПС) или доверить управление ЛПС упомянутым финансовым организациям.

Личные пенсионные счета становятся все более распространенной формой пенсионного обеспечения и одновременно возрастает их роль как важного источника инвестиций в американскую экономику.<sup>1</sup>

В Польше отчисления на второй уровень составляют 7,3 % и зачисляются в обязательном порядке на счет Открытых пенсионных фондов (ОПФ). Управление соцстраха сначала взимает полный взнос (19,52 %), а затем перечисляет 7,3 % от этой суммы на счет ОПФ. Пенсионные фонды находятся в ведении пенсионных обществ, которые инвестируют полученные ресурсы на фондовых рынках согласно предписаниям закона. Трудящиеся могут свободно выбрать любой (только один) из списка прошедших регистрацию фондов. Выбранный однажды фонд может быть, по желанию вкладчика, изменен на другой. Доходность пенсионных вкладов трудящихся гарантирует специально образованное государственное Управление надзора над пенсионными фондами (УНПФ). С 1 апреля 2002 года его функции были переданы новообразованной Комиссии надзора страхования и пенсионных фондов.<sup>2</sup>

А вот в Российской Федерации введенная в 2002 году накопительная система не оправдала ожиданий. Сегодня обязательные накопительные счета имеют почти 70 млн человек (это почти все занятое в экономике население). Но какие же финансовые результаты получают участники данной системы страхования? Согласно расчетам, для первого поколения «накопителей» выплата составит всего 62 руб. Правда, они платили взносы всего 3 года. А вот после 2035 года, когда на пенсию начнет выходить поколение, платившее всю свою трудовую деятельность (30 лет) шестипроцентные отчисления в свою накопительную пенсионную часть, человек получит около 10-12% от общего размера пенсии. Это явно недостаточно и очень мало по сравнению с размерами отчислений.

Кроме того, следует учитывать, что при расчете этих показателей исходят, из так называемых, «идеальных» условий инвестирования – размер инфляции плюс 4% доходности от вложений пенсионных денег. В реальной экономике такая ситуация практически невозможна. По крайней мере, за последние два года доходность от инвестиций на фондовом рынке упала, и пенсионные накопления обесценивались ежегодно на треть.

---

1 Грызлова А., Яненко Е. Обзор зарубежных пенсионных систем // *Заграница*. 2005. № 49(309). С. 19-20.

2 Миндрова З.М. Пенсионная система: опыт Польши // Украинский государственный лесотехнический университет: Сборник научно-технических трудов. 2004. Вып. 14.1. С. 267.



Следует отметить, что ни один из участников накопительной системы (государство, пенсионный фонд и граждане) не удовлетворен ею. Государству не нравится необходимость постоянного дотирования пенсионной системы, страховщики не довольны тем, что не получают удовлетворяющую их норму прибыли, самих же застрахованных не может радовать будущая прибавка к пенсии.

Неудачный опыт внедрения накопительной системы в России, по мнению начальника управления актуарных расчетов Пенсионного фонда Аркадия Соловьева, обусловлен рядом причин: плохой информированностью населения о сути и смысле такой системы (опрос россиян показал, что только 3% граждан хоть как-то следят за происходящим в этой сфере); недоверием людей к накопительным институтам (80% граждан не любят рискованные вложения, предпочитают отдавать деньги пусть под небольшой процент, но надежно, и только 16% согласны рискнуть); недостаточностью средств у людей (примерно 90% граждан не в состоянии копить себе на пенсию из-за того, что у них на это нет средств). На сегодняшний день на решение вышеназванных проблем должна быть направлена вся экономическая и социальная политика государства, иначе все последующие попытки улучшить материальное обеспечение пенсионеров потерпят крах.<sup>1</sup>

Однако есть страны, в которых не существует обязательного пенсионного накопительного фонда, например, во Франции В свою очередь, там есть *fond par capitalisation* — фонд капитализации, где каждый накапливает специально для себя — отчисляет ежемесячно столько, сколько считает необходимым. Вместе с тем некоторые предприятия все же имеют принудительный накопительный фонд, отчисления в который происходят автоматически от дохода.<sup>2</sup>

Поэтому на Украине внедрение второго уровня будет возможным лишь после формирования необходимых экономических предпосылок, создания отлаженной и эффективной системы государственного контроля и регулирования в этой сфере, а также необходимой инфраструктуры. Основными предпосылками ввода накопительной пенсионной системы являются: финансовая сбалансированность Пенсионного фонда; наличие дефицита Государственного бюджета не выше одного процента внутреннего валового продукта; ежегодный рост экономики страны в течение двух последних лет не меньше, чем на два процента сравнительно с предыдущим годом; создание необходимых компонентов функционирования данной системы и другие.

Введение Второго уровня пенсионного страхования позволит:

- увеличить общий размер пенсионных выплат благодаря получению инвестиционного дохода (совокупный средний размер пенсионных выплат из солидарной и обязательной накопительной системы ожидается на уровне 55-60 процентов средней заработной платы в Украине, а сейчас они составляют около 40 процентов);

---

<sup>1</sup> Гурвич В. Накопительная пенсия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.spekulant.ru/magazine/Nakopitel'naya\\_pensiya.html](http://www.spekulant.ru/magazine/Nakopitel'naya_pensiya.html).

<sup>2</sup> Обзор мирового опыта внедрения пенсионных реформ [Электронный ресурс]. - Режим доступа: [http://pfu.gov.ua/pfu/control/uk/publish/article?art\\_id=94986&cat\\_id=99092](http://pfu.gov.ua/pfu/control/uk/publish/article?art_id=94986&cat_id=99092).

- усилить зависимость размера пенсии от трудового вклада лица, а следовательно усилить заинтересованность граждан и их работодателей в уплате пенсионных взносов;

- наследовать средства, учтенные на персональном пенсионном накопительном счете, родственникам застрахованного лица;

- создать мощный источник инвестиционных ресурсов для роста национальной экономики;

- распределить риски выплаты низких размеров пенсий между первым и вторым уровнем пенсионной системы, и таким образом застраховать будущих пенсионеров от негативных демографических тенденций и колебаний в экономическом развитии государства;

- повысить эффективность управления системой пенсионного обеспечения за счет передачи негосударственным компаниям функции управления пенсионными активами.<sup>1</sup>

Таким образом, изучение опыта решения проблем в сфере пенсионного обеспечения разных стран позволит более эффективно решить аналогичные проблемы в Украине. Также это даст возможность выработать собственную технологию работы накопительной системы, при этом не копируя иностранную модель, так как каждая страна индивидуальна и поэтому выбирает свой путь.

---

<sup>1</sup> Система пенсійного забезпечення в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.npf-dnister.com/page.php?id=73&..>

## Развитие социального партнерства в России

Мерзлякова Алена Владимировна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Рузанов Валерий Иванович,  
к.ф.н., доцент кафедры теории и методики социальной работы  
Юридического института СФУ

Социальное партнерство - это система взаимоотношений между работниками (представителями работников), работодателями (представителями работодателей), органами государственной власти, местного самоуправления, направленная на согласование интересов работников и работодателей по вопросам регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений (ст. 23 ТК РФ). Система социального партнерства, являющаяся способом интеграции интересов различных общественных слоев и социальных групп, разрешения возникающих между ними противоречий путем достижения взаимопонимания, отказа от насилия, успешно функционирует в условиях правового государства, эффективной социально-экономической системы. Социальное партнерство может быть реализовано в развитой форме, в обществе, достигшем достаточно высокого уровня общественно-экономического развития. Именно тогда формируются социально-экономические, политико-правовые, духовно-нравственные условия для социального партнерства.

Российская модель социального партнерства, основывающаяся на общих закономерностях и принципах, международных правовых нормах регулирования социально-трудовых отношений, рационально использующая мировой опыт, безусловно, имеет, по мнению Шулус А., свои национальные особенности. Во-первых, традиционно значительной остается роль государства в процессе регулирования социально-трудовых отношений; нестандартно и участие в социальном партнерстве профессиональных союзов и объединений работодателей. Во-вторых, сфера отношений, регулируемых на принципах социального партнерства, шире, чем в других странах. В-третьих, российская система социального партнерства отличается особой сложностью (многоуровневый характер, высокая структурированность - шесть уровней, семь видов соглашений). В-четвертых, обилие норм сопровождается относительной слабостью законодательного обеспечения<sup>1</sup>. Социальное партнерство в России как система институтов, механизмов и процедур, призванных поддерживать баланс интересов сторон, участвующих в переговорах об оплате и условиях, способствует достижению взаимоприемлемого для них компромисса ради реализации как корпоративных,

---

<sup>1</sup>Шулус, А. Российская модель социального партнерства: перспективы развития / А. Шулус // Человек и труд . - 2007. - №4. - С. 41.

так и общесоциальных целей. При этом в российской модели социального партнерства имеются проблемы в его правовом обеспечении.

В регулировании социально-трудовых отношений участвуют профсоюзы, работодатели, органы власти. При этом от степени организованности их представителей, точности выражения ими интересов представляемой группы в значительной степени зависит результативность взаимодействия. Выявление сути социального партнерства как социального института невозможно без комплексного анализа интересов, целей, степени готовности к взаимодействию трех партнеров.

Органы государственной власти и органы местного самоуправления являются сторонами социального партнерства в тех случаях, когда они выступают в качестве работодателей или их представителей, уполномоченных на представительство законодательством или работодателями, а также в других случаях, предусмотренных федеральными законами. Взаимодействие может проявляться, как основная форма социального партнерства, в проведении консультаций, ведении коллективных переговоров, заключении коллективных договоров, соглашений, участии представителей работников в управлении организацией, участии представителей работников и работодателей в досудебном разрешении трудовых споров<sup>1</sup>. Наряду с этим стороны могут использовать иные способы взаимодействия и координации своих действий. Целью социального партнерства является согласование интересов работников и работодателей, т.е. принятие решений, которые в равной степени учитывают и необходимость обеспечения эффективной деятельности организации и создания системы гарантий трудовых прав работников. Это и нормативные соглашения (коллективные договоры, соглашения), заключаемые в договорном порядке, и согласованные программы и планы, и государственные решения (законы, иные нормативные правовые акты), принимаемые с учетом мнения социальных партнеров, и локальные нормативные акты, утверждаемые совместно с представителями работников или с учетом их мнения.

Социальное партнерство включает как двусторонние отношения между представителями работников и работодателем, так и трехстороннее взаимодействие с участием органов государственной власти и органов местного самоуправления. В системе социального партнерства участвуют лишь органы исполнительной власти или местного самоуправления. Они направляют своих представителей для создания постоянно действующих комиссий, участвуют в заключении соглашений на соответствующих уровнях<sup>2</sup>. Сторонами этой системы взаимодействия являются работники и работодатели в лице уполномоченных в установленном порядке представителей. Они заключают коллективные договоры и соглашения, принимают на себя обязательства, согласовывают свои интересы.

Участниками социального партнерства являются органы исполнительной власти и органы местного самоуправления, которые участвуют в создании и работе постоянно действующих органов социального партнерства, подготовки

1 Трудовой кодекс: закон РФ от 30.12.2001. № 197 (ред. от 25.11. 2009 г.). // Справочно-правовая система «Консультант плюс: законодательство».

2 Трудовой кодекс: закон РФ от 30.12.2001. № 197 (ред. от 25.11. 2009 г.). // Справочно-правовая система «Консультант плюс: законодательство».

проектов и заключении соглашений различного уровня. Однако они не являются стороной соответствующего соглашения и не принимают на себя никаких обязательств. Их участие в системе социального партнерства объясняется необходимостью учитывать интересы общества в целом, координировать развитие коллективно-договорного регулирования трудовых отношений на различных уровнях, согласовывать государственное и договорное регулирование, поэтому они не являются сторонами социального партнерства. В статье 24 ТК приводятся следующие основные принципы социального партнерства:

- 1) равноправие сторон;
- 2) уважение и учет интересов сторон;
- 3) заинтересованность сторон в участии в договорных отношениях;
- 4) содействие государства в укреплении и развитии социального партнерства на демократической основе;

5) соблюдение сторонами и их представителями законов и иных нормативных правовых актов<sup>1</sup>. Изложенные принципы устанавливают правовые основы взаимодействия социальных партнеров - работников и работодателей.

Сторонами социального партнерства являются работники и работодатели в лице уполномоченных в установленном порядке представителей. Органы государственной власти и органы местного самоуправления не являются сторонами социального партнерства. Их роль заключается в защите общественных интересов при обсуждении коллективно-договорного регулирования или учете мнения социальных партнеров в ходе принятия важных политических, экономических и правовых решений. Кроме того, они осуществляют своеобразное посредничество, помогают сторонам достичь соглашения и заключить взаимоприемлемые и сбалансированные договорные акты. Однако ни органы исполнительной власти, ни органы местного самоуправления не несут никаких обязательств, вытекающих из заключенных с их участием соглашений.

Система социального партнерства включает следующие уровни:

1) федеральный уровень, устанавливающий основы регулирования отношений в сфере труда в Российской Федерации. На федеральном уровне могут заключаться: генеральные и отраслевые соглашения;

2) региональный уровень, устанавливающий основы регулирования отношений в сфере труда в субъекте Российской Федерации. На региональном уровне (субъект РФ) заключаются региональные и отраслевые соглашения;

3) отраслевой уровень, устанавливающий основы регулирования отношений в сфере труда в отрасли (отраслях);

4) территориальный уровень, устанавливающий основы регулирования отношений в сфере труда в муниципальном образовании. На территориальном уровне (муниципальное образование) заключается территориальное соглашение;

---

<sup>1</sup> Там же.

5) уровень организации, устанавливающий конкретные взаимные обязательства в сфере труда между работниками и работодателем.

Следует отметить, что экономическое и правовое положение социальных партнеров различно.

Специфическую роль, как считает Дорожкин Ю.Н. играют в социальном партнерстве органы власти. Именно с их участием на определенных условиях в регулировании взаимоотношений между работниками и работодателями связывается понятие трипартизма и специфика российской модели социального партнерства<sup>1</sup>. В соответствии с действующим законодательством в качестве представителей интересов государства в системе социального партнерства сегодня выступают органы исполнительной власти различных уровней.

Современное законодательство возлагает на государство как участника переговорного процесса в лице правительства, местных органов исполнительной власти следующие функции: формирование социальной и экономической политики, гаранта соблюдения законодательных норм, интересов общества; установления принципов и правил ведения коллективных переговоров; законодательной регламентации разрешения разногласий сторон в ходе коллективных переговоров, реализации соглашений и коллективных договоров; арбитража в отношениях труда и капитала; выполнения функции работодателя.

Помимо вышеперечисленного российская модель социального партнерства характеризуется высокой степенью региональных особенностей в практике становления и развития социального партнерства, что является отражением значительной специфики «вхождения» различных регионов России в рыночную экономику. В системе социального партнерства профсоюзы представляют наиболее подвижный элемент трудовых отношений - наемных работников. Главным делом, общественным назначением профсоюзов выдвигают защиту конституционных прав и законных интересов трудящихся, понимаемых в самом широком смысле, недопущение административного произвола в отношении трудящихся, улучшение условий их труда и быта, решение социальных проблем.

Целью социального партнерства является развитие экономики, улучшение условий труда и повышение жизненного уровня трудящихся. Именно система социального партнерства позволяет придать рыночной экономике социальный характер, направить ее развитие на благо общества, согласовать частные и общественные интересы. Социальное партнерство осуществляется на общегосударственном (федеральном), региональном, территориальном, отраслевом и локальном уровнях.

---

<sup>1</sup>Дорожкин, Ю.Н. Участие российских профсоюзов в восстановлении механизма социального партнерства / Ю.Н. Дорожкин. – Режим доступа: [http://www.ogbus.ru/authors/Dorozhkin/Dorozhkin\\_1.pdf](http://www.ogbus.ru/authors/Dorozhkin/Dorozhkin_1.pdf).

# Меры социальной защиты лиц, пострадавших в результате аварии на ЧАЭС: сравнительно-правовой анализ законодательства России, Украины и Беларуси

Лушкина Мария Андреевна  
студентка 4-го курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Басалаева Светлана Павловна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права Юридического  
института СФУ

Жизнь, состояние здоровье человека всегда зависело от множества объективных факторов (природных, техногенных, экономических), сменяющихся либо чередующихся между собой в разные периоды времени.

Если ранее человека одолевал страх за свою жизнь перед разбушевавшейся природной стихией, то теперь, вдобавок, к имеющейся «фобии» прилагается страх перед радиационной катастрофой. Опасность этого «врага» заключается в том, что он невиден, он не имеет ни вкуса, ни запаха, он может находиться среди вас, внутри вас, а вы его не замечаете.

Тема моей статьи, полагаю, особо актуальна в связи с приближением к «знаменательной дате»: 26-летию аварии на Чернобыльской атомной электростанции.

Настоящая статья посвящено последствиям и мерам восстановления, компенсации прав пострадавших в результате аварии, произошедшей пол четверть века назад.

## **Историческая справка:**

*Авария на Чернобыльской атомной электростанции: 26 апреля 1986 года в 01:30 ч. в результате совершенной ошибки дежурным персоналом, произошел взрыв реактора 2-ой очереди 4-го энергоблока Чернобыльской атомной электростанции, как итог- зафиксирован выброс огромного облака радионуклидов, распространившееся на сотни, тысячи километров<sup>1</sup>.*

Ну, а самое главное, это то, что радиационное загрязнение распространилось и на территории иных государств, для чего были созданы такие же как и в Украине зоны обязательного, добровольного отселения, требующие постоянного мониторинга и дезактивации.

В результате аварии на Чернобыльской атомной электростанции (далее по тексту- ЧАЭС) в каждом из трех государств были сформированы территориальные зоны радиационного загрязнения, впоследствии изъятые из хозяйственного оборота.

К, примеру, в Украине:

---

<sup>1</sup> О. Криштопа Чернобыль. Зона отчуждения/2011г / Издательство: клуб семейного досуга.

Сформирована **зона отчуждения**: это 30 километровая территория, с которой проведена эвакуация населения в 1986 году.

**Зона безусловного (обязательного) отселения** - это территория, где расчетная эффективная эквивалентная доза облучения человека с учетом коэффициентов миграции радионуклидов в растения и других факторов может превысить **5,0 мЗв (0,5 бэр)** за год более дозу, которую она получала в доаварийный период.

**Зона гарантированного добровольного отселения** - это территория, где расчетная эффективная эквивалентная доза облучения человека с учетом коэффициентов миграции радионуклидов в растения и других факторов может превышать **1,0 мЗв (0,1 бэр)** за год более дозу, которую она получала в доаварийный период.

**Зона с правом на отселение** – территория, на которой среднегодовая эффективная доза облучения населения **может превысить** (над естественным и техногенным фоном) **1 мЗв в год**, и другие территории с меньшей плотностью загрязнения вышеуказанными радионуклидами, где среднегодовая эффективная доза облучения населения может превысить 1 мЗв в год.

**Зона усиленного радиозэкологического контроля** - это территория, где расчетная эффективная эквивалентная доза облучения человека с учетом коэффициентов миграции радионуклидов в растения и других факторов превышает **0,5 мЗв (0,05 бэр)** за год более дозу, которую она получала в доаварийный период<sup>1</sup>

На территории Беларуси, России были созданы схожие зоны, территории которых требуют постоянной дезактивации и контроля

С целью предоставления необходимого объема социальной помощи, пострадавшим в результате аварии на ЧАЭС, законодатели трех стран разделили всех пострадавших на группы в зависимости от степени возможного (вероятного) облучения организма, а также ухудшения здоровья в результате нахождения на территории, зараженной радионуклидами. К примеру, украинское законодательство выделяет 4 категории:

**Первая категория.** Инвалиды из числа: граждан, которые непосредственно принимали участие в любых работах, связанных с устранением самой аварии, ее последствий в зоне отчуждения в 1986-1987 годах независимо от количества рабочих дней, а в 1988-1990 годах - не менее 30 календарных дней, а также те, кто работал не менее 14 календарных дней в 1986 году на действующих пунктах санитарной обработки населения и дезактивации техники или их строительстве, а также лица, перенесшие ОЛБ<sup>2</sup>.

Эвакуированные из зоны отчуждения, а также отселенные из зон обязательного и гарантированного добровольного отселения;

- лица, постоянно проживавшие на территориях зон обязательного и гарантированного добровольного отселения в день аварии или прожили по состоянию на 1 января 1993 года, на территории зоны безусловного (обязательного) отселения не меньше двух лет, а на территории зоны

<sup>1</sup> Закон Украины 28.02.1991№ 796-ХІІ «О статусе и социальной защите граждан, которые пострадали вследствие Чернобыльской катастрофы», Верховная Рада УССР

<sup>2</sup> ОЛБ- острая лучевая болезнь. Сокращение автора.



гарантированного добровольного отселения - не менее трех лет,

- лица, которые постоянно проживают или работают постоянно или постоянно учатся в зонах безусловного (обязательного) и гарантированного добровольного отселения, при условии, что они по состоянию на 1 января 1993 года прожили или отработали или постоянно учились в зоне безусловного (обязательного) отселения не меньше двух лет, а в зоне гарантированного добровольного отселения - не менее трех лет;

- лица, которые постоянно проживают или работают постоянно или постоянно учатся на территории зоны усиленного радиэкологического контроля, при условии, что они по состоянию на 1 января 1993 года прожили или отработали или постоянно учились в этой зоне не менее четырех лет;

- лица, которые работали с момента аварии до 1 июля 1986 года не менее 14 календарных дней или не менее трех месяцев в течение 1986-1987 годов за пределами зоны отчуждения на работах с особо вредными условиями труда (по радиационному фактору).

**Вторая категория.** Участники ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС, которые работали в зоне отчуждения:

- с момента аварии до 1 июля 1986 года - независимо от количества рабочих дней;

- с 1 июля 1986 года по 31 декабря 1986 года - не менее 5 календарных дней;

- в 1987 году - не менее 14 календарных дней, а также пострадавшие от Чернобыльской катастрофы;

Эвакуированы в 1986 году из зоны отчуждения (в том числе лица, которые на момент эвакуации находились в состоянии внутриутробного развития, после достижения ими совершеннолетия);

- лица, которые постоянно проживали в зоне безусловного (обязательного) отселения с момента аварии до принятия постановления об отселении.

**Третья категория.** Участники ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС, которые работали:

- в зоне отчуждения с 1 июля 1986 года по 31 декабря 1986 года - от 1 до 5 календарных дней;

- в зоне отчуждения в 1987 году - от 1 до 14 календарных дней;

- в зоне отчуждения в 1988-1990 годах - не менее 30 календарных дней;

- на действующих пунктах санитарной обработки населения и дезактивации техники или их строительстве - не менее 14 календарных дней в 1986 году,

Пострадавшие от Чернобыльской катастрофы (не отнесенные к категории 2), которые:

- постоянно проживали на территориях зон безусловного и гарантированного добровольного отселения в день аварии или которые по состоянию на 1 января 1993 года прожили в зоне безусловного (обязательного) отселения не меньше двух лет.

- постоянно проживают или постоянно работают или постоянно учатся в зонах безусловного (обязательного) и гарантированного добровольного отселения, при условии, что они по состоянию на 1 января 1993 года прожили

или отработали или постоянно учились в зоне безусловного (обязательного) отселения не меньше двух лет.

**Четвертая категория.** Лица, которые постоянно проживают или работают постоянно или постоянно учатся на территории зоны усиленного радиозэкологического контроля, при условии, что они по состоянию на 1 января 1993 года прожили или отработали или постоянно учились в этой зоне не меньше четырех лет.

Законодательством Республики Беларусь и России предоставляются гарантии инвалидам вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС **независимо от количества проведенных дней** на территориях, подвергшихся радиационному загрязнению, в то время как Украинский закон четко определяет: к первой категории относятся только те инвалиды, которые непосредственно принимали участие в любых работах, связанных с устранением самой аварии, ее последствий в зоне отчуждения в **1986-1987 годах независимо от количества рабочих дней**, а в 1988-1990 годах - **не менее 30 календарных дней**, а также те, кто работал **не менее 14 календарных дней** в 1986 году на действующих пунктах санитарной обработки населения и дезактивации техники или их строительстве.

Что касается предоставления конкретных социальных гарантий пострадавшим в результате аварии на ЧАЭС:

1. Законодательство Украины предоставляет наиболее полный объем мер социальной помощи лица. Так, законом Украины «О статусе и социальной защите граждан, которые пострадали вследствие Чернобыльской катастрофы», осуществляется обеспечение продуктами питания по медицинским нормам с обязательным прикреплением к соответствующим магазинам по месту жительства. (Указанным лицам **компенсируется 50 процентов стоимости продуктов питания** (- для 1 категории, для 2й- 25 %)). Внеочередное **бесплатное обеспечение автомобилем** инвалидов I группы, независимо от наличия медицинских показаний и инвалидов II группы при наличии медицинских показаний для обеспечения автомобилем (только 1 категория).

Однако, такой объем гарантий могут получить довольно узкий круг лиц, отнесенных к 1 и 2 категории. К примеру, для того чтобы иметь право получать гарантии предусмотренные законом для лиц, отнесенных к категории 1,2 необходимо:

- «Пробыть» на радиационно-загрязненных территориях определенное количество времени( см. выше), о чем должна иметься отметка в документах (для категории 1,2);
- Медицинская комиссия должна признать стойкую утрату трудоспособности с последующим признанием инвалидности.

2. Вероятно, такая сложная система была разработана законодателем в связи с огромным количеством лиц, нуждающихся в предоставлении широкого спектра социальной помощи и достаточно небольшим бюджетом страны.

Весьма существенная часть Закона Украины « О статусе и социальной защите граждан, которые пострадали вследствие Чернобыльской катастрофы» ориентирована на предоставление особых гарантий пострадавшим детям:

1) полное государственное обеспечение детей до вступления их в школу (не старше 8 лет) путем бесплатного воспитания (содержание) их в государственных и коммунальных дошкольных учебных заведениях и предоставления ежемесячной денежной помощи.

2) выплата пособия по временной нетрудоспособности по уходу за больным ребенком в возрасте до 14 лет - в размере 100 процентов средней заработной платы (дохода) независимо от страхового стажа за весь период болезни,

3) бесплатный проезд в пределах Украины на всех видах транспорта (кроме такси) ребенку и лицу, которое сопровождает больного ребенка к месту лечения (реабилитации), оздоровления и обратно.

4) ежегодное бесплатное обеспечение пострадавших детей по месту работы одного из родителей путевками на оздоровление сроком до двух месяцев.

5) ежемесячная выплата независимо от других выплат на каждого ребенка школьного возраста т.п.

Подобной детальной регламентации социальных гарантий детям, подвергшихся воздействию в результате аварии на ЧАЭС в законодательстве других стран не встречается. На мой взгляд, причина такой «щедрости» со стороны государства- необходимость воспитания и выздоровления будущего поколения.

Законодательство Беларуси в большей степени ориентировано на социальную защиту гражданам, проживающих на загрязненных территориях **сегодня**.

Граждане, постоянно (преимущественно) проживающие на территории радиоактивного загрязнения в зоне последующего отселения, имеют право на<sup>1</sup>:

1.1. выплату пособия по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет в размере 150 процентов этого пособия, предусмотренного законодательством Республики Беларусь;

1.2. отпуск по беременности и родам женщинам с 27 недель беременности продолжительностью 146 календарных дней (в случае осложненных родов или рождения двух и более детей - 160 календарных дней) независимо от числа дней, фактически использованных до родов;

1.3. преимущественное право на зачисление в учреждения, обеспечивающие получение профессионально-технического образования (при иных равных условиях

1.4. льготы по плате за землю

---

<sup>1</sup> Закон Республики Беларусь от 6 января 2009 г. № 9-з «О социальной защите граждан, пострадавших от катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных аварий».

1.5. расторжение трудового договора при переселении без соблюдения предусмотренных законодательством Республики Беларусь сроков предупреждения нанимателя и т.п.

Такой подход законодателя вполне объясним: радиационно-зараженные территории в Республике Беларусь составляют достаточно существенную часть от территории всего государства, поэтому, с целью удержания населения в данной местности и поддержания здоровья граждан на сегодняшний день, вводится более обширный перечень гарантий для граждан, постоянно (преимущественно) проживающие в зоне первоочередного отселения и зоне последующего отселения и радиационного контроля, чем тем же самым ликвидаторам.

3. Состояние и содержание российского законодательства в отношении предоставления социальных мер пострадавшим в результате аварии на ЧАЭС, можно охарактеризовать как нейтральное по отношению к украинскому и белорусскому законодательству.

## **Принцип уважение и учет интересов сторон как принцип социального партнерства: проблемы реализации**

Чельтёмова Александра Геннадьевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Кухаренко Анна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права  
Юридического института СФУ

Социальное партнерство в современной России стало важным направлением реализации социальной политики государства. В динамично развивающемся обществе заметно возрастает роль и значение методов и принципов социального партнерства при регулировании и защите важнейших трудовых прав и социально-экономических интересов сторон трудовых отношений. Основными целями социального партнерства являются создание эффективного механизма регулирования социально-трудовых и связанных с ними отношений, а также достижение оптимального согласования социально-экономической политики и политики в области трудовых отношений. Достижение этих целей невозможно без анализа системы основополагающих принципов права, их генетической связи, определения места институциональных принципов в этой системе и особенностей герменевтического закрепления принципов на всех уровнях правового регулирования.

Понятие «принцип права» является одной из базовых юридических категорий, поэтому проблема его научного определения в разное время становилась предметом исследования. К этой теме обращались такие известные правоведы как Н.Н. Алексеев, П.Г. Виноградов, М.Н. Марченко, И.А. Иванникова, И.К. Дмитриева, А.М. Куренной, М.В. Лушникова, А.М. Лушников, С.Ю. Лаврусъ., и др.

Актуальность темы обусловлена отсутствием комплексного анализа проблем реализации институциональных принципов. В частности, ученые лишь дают определения принципам института социального партнерства, не раскрывая особенностей механизма реализации отдельных принципов. Исследование проблем реализации принципов права их структурной взаимосвязи, и механизма реализации отдельных институциональных принципов носит фрагментарный характер. Специалисты затрагивают эту тему и, как правило, ограничиваются упоминанием влияния принципов права на процессы правотворчества, правоприменения и толкования правовых предписаний.

В правовой науке, традиционно, под принципами понимают руководящие, основополагающие начала, в концентрированном виде выражающие сущность и содержание, основные идеи права. Поэтому без понимания сути принципов невозможно понять, а тем более применить конкретные нормы права.

Принципы права возникают в результате деятельности человеческого сознания, они отражают объективно существующие отношения между людьми. Характеризуются высшей степенью нормативной обобщенности, универсальностью, устойчивостью действия (в сравнении с нормами права, остаются неизменными длительное время). Принципы обеспечивают единство и непротиворечивость правового регулирования. Закрепляются принципы права прямо в норме права, либо косвенно. При косвенном закреплении принцип формируется исходя из смысла международно-правовых документов, Конституции, законов, путем их анализа.

В юридической литературе встречается много определений значения принципов права. Авторы сходятся в степени важности принципов права как общественного и юридического феномена. В контексте данного исследования, особого внимания заслуживает точка зрения ученых Марченко М.Н. и Куренного А.М.. Профессор Марченко М.Н. отмечает, что принципы права являются «несущей конструкцией»<sup>1</sup>, на которой покоятся и реализуются отдельные нормы права, институты и вся система права. Профессор Куренной А.М. отмечает, что принципы определяют сущность и содержание не только действующих норм, но и будущих норм, помогают решить вопросы еще не урегулированные правовыми нормами.<sup>2</sup> Принципы права влияют на формирование норм права, а соответственно и на социальную действительность, с другой стороны сами принципы являются продуктом экономической, социальной и политической жизни общества, пронизывая и скрепляя разные аспекты общественных отношений.

Отдельные авторы отмечают, что принципы права служат гарантией против принятия органами власти «волюнтаристских решений»<sup>3</sup>, позволяют устранить несогласованность между отдельными правовыми предписаниями. Некоторые основополагающие идеи, будучи развиты в отраслевом законодательстве, получают в нем иное прочтение, воспроизводятся в усеченном виде, либо с оговорками. Подобная непоследовательность приводит к обратному эффекту - правоприменительные органы получают возможность отступать от принципов права и трактовать их более широко или, напротив, более узко по своему усмотрению. Использование неоднозначных терминов, нечетких формулировок, затрудняет определение смысла права.

Принципы права подразделяются на общеправовые, межотраслевые, отраслевые и принципы институтов. Общеправовые принципы пронизывают все право в целом, формируя принципы отраслей и институтов. Для целей настоящего исследования интерес представляют общеправовые принципы: принцип высшей ценности, прав и свободы человека, принцип равенства прав и свобод человека и гражданина, принцип недопустимости произвольного ограничения прав и свобод:

---

1 Теория государства и права: Учебник (под ред. М.Н. Марченко). - "Зерцало", 2004 г., - С. 252.

2 Трудовое право России. Практикум: Учеб. пособ. / Отв. ред. И.К. Дмитриева, А.М. Куренной. - 2-е изд., и дополн. - М.: Юстицинформ; Издательский дом «Правоведенье», 2011. - С. 26

3 Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н.: Реализация принципов права в юридической практике. //Лаврусь С.Ю. - Казань.: Казанский государственный университет, 2005.

*Принцип высшей ценности, прав и свободы человека*<sup>1</sup>. Права и свободы являются высшей ценностью. Отношения с гражданами должны строиться только на нравственно-правовых началах.

*Принцип равенства прав и свобод человека и гражданина*.<sup>2</sup> Применение ко всем лицам «равной меры» при наделении правами и обязанностями, соразмерность ее при однотипных условиях, равноправие граждан независимо от расы, национальности, языка, социального происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

*Принцип недопустимости произвольного ограничения прав и свобод*<sup>3</sup>. Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других людей, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Цели и задачи трудового законодательства формируются на основе общеправовых принципов, при этом формулировки принципов в трудовом законодательстве претерпевают изменения. Широкие по смыслу общеправовые принципы в ст. 2 ТК РФ<sup>4</sup> трактуются более узко. Так, в ст. 2 ТК РФ говорится о социальном партнерстве, которое включает право на участие работников, работодателей, их объединений в договорном регулировании трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Таким образом, общеправовой принцип трансформировался в отраслевой - ст. 2 ТК РФ, а затем получил закрепление в институте социального партнерства: ст. 24 ТК РФ, закрепляет принцип уважение и учет интересов сторон.

Получив иное прочтение, усеченную формулировку, претерпев горизонтальные и вертикальные изменения смысла, общеправовые принципы ограничиваются нечеткой формулировкой, затрудняющей определение смысла права и как следствие мешающей прямому действию этих принципов при регулировании трудовых и непосредственно с ними связанных отношений.

Участники социально-трудовых отношений могут вкладывать разный смысл в принцип уважения и учета интересов сторон. Для работодателя это может быть постановка интересов организации выше личных потребностей – сна, отдыха. Для работника «уважение» может заключаться в предоставлении дополнительных льгот и гарантий. Для государства это может быть отсутствие социальной напряженности в обществе.

Видимо, из-за нечеткой формулировки, часто авторы исключают из анализа принцип уважения и учета интересов сторон (Лушникова М.В., Лушников А.М.)<sup>5</sup>, либо ограничиваются простым упоминанием данного

1 Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993)

(с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ), Ст.2 – СПС Консультант Плюс

2 Там же Ст. 19

3 Там же Ст. 19 п 2.

4 Трудовой кодекс Российской Федерации" от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 18.07.2011), – СПС КонсультантПлюс.

5 Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: Учебник: в 2 т. Т. -.: Статут, 2009.

принципа в общем перечне институциональных принципов (Сошникова Т.Л.)<sup>1</sup> или сводят смысл понятия к терминам справедливость и равноправие (Маирова Л.М.). Некоторые авторы сводят значение принципа уважения и учета сторон к простому согласованию воли сторон (А.М. Куренной). Другие интерпретируют смысл принципа как идею «рукопожатия», партнерства (Зубкова А., Мусоев Ф.)<sup>2</sup>. Такое неоднозначное понимание смысла принципа уважения и учета интересов ведет к проблемам реализации в конкретных актах социального партнерства.

Для определения сути принципа и определения механизма реализации принципа социального партнерства уважение и учет интересов сторон необходимо прибегнуть к методу юридической герменевтики. Требуется определить, во-первых: что понимается под терминами «социальное партнерство» и «стороны социального партнерства»; во-вторых: что означают термины «механизм правового регулирования» и «реализация»; в-третьих: нужно понять, какой смысл несут термины «уважение» и «учет интересов». Детальная расшифровка этих терминов позволит определить общий смысл принципа, а это, в свою очередь, позволит увидеть фактический результат действия принципа социального партнерства в конкретных актах социального партнерства.

В ст. 23 ТК РФ дано определение социального партнерства. Социальное партнерство в сфере труда - система взаимоотношений между работниками (представителями работников), работодателями (представителями работодателей), органами государственной власти, органами местного самоуправления, направленная на обеспечение согласования интересов работников и работодателей по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Т.е. *комплекс юридических норм и конструкций, направленный на создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства в социально-трудовой сфере*<sup>3</sup>.

В понятии социального партнерства отражена свойственная для России идея трипартизма – наличие трех сторон социального партнерства – представителей работников, представителей работодателей и представителей органов власти (государства). Это связано с историческими особенностями отношений трудового найма в нашей стране, в которых государство на протяжении длительного исторического периода выступало и как законодатель, и как единственный работодатель для большинства работников<sup>4</sup>.

В целях данного исследования под **Механизмом правового регулирования** понимается: совокупность юридических средств (нормы права, субъективные права и юридические обязанности, юридические факты,

1 Сошникова Т.Л. Проблемы совершенствования законодательства о социальном партнерстве // Трудовое право. 2008. № 12.

2 Зубкова А., Мусоев Ф. Принципы социального партнерства // "Кадровик. Кадровый менеджмент", 2008, N 6.

3 Курс российского трудового права / Под ред. Е.Б. Хохлова. СПб., 1997. Т.1; Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001; Чуча С.Ю. Становление и перспективы развития социального партнерства в Российской Федерации. – Москва: «Вердикт-ИМ», 2001.

4 Сошникова Т.Л. Проблемы совершенствования законодательства о социальном партнерстве // Трудовое право. 2008. № 12. СПС КонсультантПлюс



властные акты правоприменительных органов, организационная деятельность государства и его органов, а также формы, способы и средства), с помощью которых осуществляется правовое регулирование общественных отношений. Достаточность этих средств, их качество является условием эффективного действия права. Связанное с этим понятие *Эффективности правового регулирования* определяется соотношением между фактическими результатами действия нормативных и индивидуальных правовых предписаний и теми социальными целями, для достижения которых они были приняты.

**Реализация права** — воплощение предписаний права в фактической правомерной деятельности участников регулируемых правом отношений. Реализацией права охватываются не все формы выражения (действия) права, а лишь одна из них, а именно процесс перевода требований закона в правомерное поведение. Т.е. осуществление тех требований, которые содержатся в принципах права.

**Уважение** – смысл термина лежит в области социального и психологического восприятия. В словаре Ожегова<sup>1</sup> **уважение** – почтительное отношение, основанное на признании чьих-нибудь достоинств. Кроме того, он включает толерантность или не конфликтность.

**Учет** – согласование, соглашение, равноправное, справедливое рассмотрение вопроса, достижение баланса.

**Интересы** - предмет заинтересованности, желания и побудительные мотивы действий экономических субъектов. Также потребности.<sup>2</sup>

**Т.о. механизм реализации** – это совокупность юридических средств и способов, с помощью которых осуществляется воплощение предписаний права (конкретно принципа уважения и учета интересов сторон социального партнерства) в фактической правомерной деятельности участников регулируемых правом отношений.

**Уважение и учет интересов** – признание достоинств сторон социального партнерства (представителей работников, работодателей и органов власти), взаимной заинтересованности сторон друг в друге, а также согласованное, равноправное, не конфликтное достижение баланса потребностей сторон социального партнерства.

Такой смысл принципа социального партнерства уважения и учета интересов сторон согласовывается с целями социального партнерства: «В рамках социального партнерства речь не идет о слиянии интересов названных субъектов, а о достижении баланса между ними, о создании такого положения, при котором любой собственник мог обеспечить себе стабильное получение прибыли, а наемный работник – достойные условия своего существования, соответствующие определенному уровню качества жизни»<sup>3</sup>.

Фактический результат действия принципов социального партнерства виден в актах социального партнерства, законах, отраслевых соглашениях и др. Существует ряд проблем реализации принципа уважения и учета интересов

1 <http://tolkslovar.ru/u183.html>.

2 Современный экономический словарь - slovari.yandex.ru.

3 Социальное партнерство/ С.П. Басалаева, А.Ю.Кухаренко, Н.А. Маргацкая, Е.И. Петрова. – Красноярск: СФУ, 2010. – С.5.

сторон в этих актах. Вызваны эти проблемы, с одной стороны не пониманием смысла этого принципа, с другой стороны, исторически сложившейся «привычкой» доминирования одной из сторон социального партнерства – государства.

Зачастую идея социального партнерства навязывается государством. В частности в ФЗ «Об объединениях работодателей» 27 ноября 2002 года N 156-ФЗ в п. 2 ст. 6 запрещается вмешательство органов государственной власти, органов местного самоуправления и их должностных лиц в деятельность объединений работодателей, которое может повлечь за собой ограничение прав объединений работодателей. Но государство заинтересовано в распространении действия соглашений на наибольшее число представителей работодателей. Поэтому согласно ч. 8 ст. 48 ТК РФ, представители работодателей фактически не могут отказаться от присоединения к отраслевым соглашениям. Если в течение 30 дней работодатели не отправят мотивированный письменный отказ от присоединения, происходит автоматическое присоединение к соглашению. Если отказ успевают отправить в 30-дневный срок – представители работодателей вынуждены приступить к длительной процедуре согласования. Это только один из примеров дисбаланса интересов сторон социального партнерства.

Исторически сложилось мнение, что работники (представители работников) среди сторон социального партнерства наименее защищенная сторона<sup>1</sup>, поэтому в актах социального партнерства доля всевозможных льгот для работников, а также обязанностей работодателей по отношению к работникам, несравнимо больше доли гарантий работодателю со стороны работников. И даже эти гарантии спорны. В частности отказ от забастовок работников. В «Отраслевом тарифном соглашении по горно-металлургическому комплексу РФ на 2011-2013 гг.», «Отраслевом соглашении по организациям железнодорожного транспорта на 2011-2013 гг.», «Отраслевом соглашении по атомной энергетике, промышленности и науке на 2009-2011 гг.» и др.<sup>2</sup> работники обязуются при выполнении работодателем пунктов отраслевых соглашений не прибегать к забастовке, а применять меры договорного регулирования. Но данные обязательства работников, по сути, фиктивны. Право на забастовку закреплено в ст. 37 Конституции РФ<sup>3</sup>, соответственно никакое отраслевое соглашение не может его ограничить.

В этих актах социального партнерства большой перечень обязанностей работодателей, направленных на обеспечение охраны труда работников, доля обязанностей работников несравненно меньше. Данные соглашения не включают обязанностей работников, направленных на обеспечение охраны труда в интересах работодателей. Нет обязанностей, ответственно изучать, например, информацию об условиях труда на рабочих местах, о существующем риске повреждения здоровья, о мерах по защите от воздействия вредных и (или)

---

<sup>1</sup> Чеха В.В. Теоретические аспекты представительства в системе социального партнерства: автореферат дис. канд. юрид. наук. Томск, 2005. С. 13.

<sup>2</sup> СПС Консультант Плюс.

<sup>3</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993).

(с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ).

опасных производственных факторов и полагающихся работникам, занятым на тяжелых работах и работах с вредными и (или) опасными условиями труда, сдавать соответствующие квалификационные экзамены. Нет обязанности, активно участвовать, и не препятствовать в расследовании несчастных случаев и профессиональных заболеваний в соответствии с нормами Российского законодательства, в том числе раскрывать реальные обстоятельства происшествий. Согласно данным актам, работники должны только «бережно относиться к своей жизни». И в случае непредвиденных ситуаций, представители работодателей не могут сослаться на эти отраслевые соглашения для подтверждения правомерности своих интересов. В случае чрезвычайных ситуаций вина целиком ложится на работодателя, если не будет доказано иное. Между тем, каждое из этих соглашений создано на основе принципа уважения и учета интересов сторон.

Итак, существует генетическая связь между общеправовыми идеями и принципами отраслей и институтов права, но при развитии общеправовых идей в отдельных отраслях, многие из них получают иное прочтение. Это затрудняет определение смысла права и нарушает механизм реализации принципов в конкретных нормативных актах. Принцип института социального партнерства уважения и учета интересов сторон связан с общеправовыми принципами через цели и задачи трудового права, закрепленными в ст. 1 ТК. Принцип уважения и учета интересов сторон (ст. 24 ТК РФ) соотносится с общеправовыми принципами высшей ценности, прав и свободы человека, равенства прав и свобод человека и гражданина, недопустимости произвольного ограничения прав и свобод, как частное с общим. При этом формулировка принципа ст. 24 ТК РФ претерпевает изменения и становится неоднозначной, что затрудняет применение принципа.

При детальном герменевтическом анализе смысла терминов, входящих в состав формулировки принципа уважения и учета интересов сторон, под механизмом его реализации и смыслом принципа следует понимать: ***совокупность способов, с помощью которых достигается согласованное, равноправное, не конфликтное достижение баланса потребностей сторон социального партнерства (представителей работников, работодателей и органов власти) в их фактической правомерной деятельности.***

При анализе фактического результата действия принципа уважения и учета интересов сторон в актах социального партнерства отмечен дисбаланс интересов. Интересы работодателей практически не учитываются, заметен явный перекоп в сторону представителей государства и представителей работников. Это связано как со сложностью толкования принципа, так и со сложившимися историческими закономерностями в данной сфере. Для преодоления дисбаланса интересов, необходимо уточнить смысл принципа уважения и учета интересов сторон, внести изменения в ТК РФ и ФЗ «Об объединениях работодателей», предусмотреть страховку работодателей на случай забастовок или другие меры внеэкономического стимулирования, пересмотреть обязанности работников в отношении охраны труда, закрепляемые в актах социального партнерства.

# Уголовное право

## Незаконный оборот наркотиков и лица его осуществляющие

Акимов Дмитрий Андреевич,  
курсант 5 курса Самарского юридического института ФСИН России

Научный руководитель:  
Катков Дмитрий Владимирович,  
к.ю.н., доцент кафедры оперативно - розыскной деятельности в УИС  
Самарский юридический институт ФСИН России

*«При наркомании развивается социальная деградация.»<sup>1</sup>*

Одна из характеристик двадцать первого века - стремительный рост наркомании. По официальным данным 200 миллионов жителей Земли знакомы с наркотиками, примерно 100 миллионов из них регулярно употребляют их, и 50 миллионов - безнадежные наркоманы<sup>2</sup>.

В России употребление наркотиков до XX века не представляло существенной опасности, следовательно, не было ни одной статьи, предусматривающей ответственность за незаконный оборот наркотиков.

Указы, изданные Российской империей, не были эффективными, поскольку, кроме запрета вывоза за пределы России, посева и употребления наркотических средств, не содержали никакой иной ответственности (уголовной, финансовой). Надлежащего контроля за перемещением наркотических средств также не существовало, в связи с чем, наркотики контрабандным путем хлынули в Россию. В 1905 году ввоз наркотиков увеличился в 20 раз. Даже Китай и Турция — главные рынки сбыта персидского опиума, получили наркотиков меньше, чем Россия<sup>3</sup>.

Опасность широкого распространения наркотических средств, стало реальной проблемой и стала восприниматься во второй половине XX века, когда негативные последствия этого процесса стали принимать угрожающие размеры. Как правило, лица, злоупотребляющие ими, сталкиваются с физическими, психологическими, эмоциональными, поведенческими, производственными, семейными и финансовыми проблемами. Последняя часть этих проблем значительно снижает качество жизни общества в целом. Так, подсчитано, что для поддержания себя «в форме» наркоман обязан ежедневно покупать, как минимум, на 500 рублей наркотических средств, что является причиной роста преступности. Сотрудникам правоохранительных органов часто приходится сталкиваться с находящимися под воздействием наркотиков лицами, поведение которых непредсказуемо и может представлять опасность. Недостаточная эффективность предпринимаемых правоохранительными

1 Советский энциклопедический словарь/ Гл.ред. А.М.Прохоров. 2-е изд. М.:1983. С.858.

2 См.: Аршеневский Ю. Беда на кончике иглы //Преступление и наказание. 1997. С. 21.

3 Меретуков Г.М. Уголовно-правовые проблемы борьбы с наркобизнесом. Ростов-на-Дону. 2004. С. 69-75.

органами мер по борьбе с незаконным оборотом наркотиков, как правило, вызывает недовольство и недоверие населения<sup>1</sup>.

В настоящее время организуются все больше и больше организованных преступных групп занимающихся преступной деятельностью в сфере незаконного оборота наркотиков. Эта проблема очень развита в настоящее время.

В последние десятилетия наркоситуация в России резко обострилась, немедицинское потребление наркотиков распространилось повсеместно и уже не является проблемой только лишь крупных городов и морских портов. По данным социальных исследований, около 4 миллионов россиян пробовали наркотики. Почти две трети потребителей наркотиков - лица в возрасте до 30 лет. Бурными темпами растет детская и подростковая наркомания. В связи с этим борьба с наркоманией превратилась в одно из приоритетных направлений деятельности правоохранительных органов<sup>2</sup>.

Незаконный оборот наркотиков в России в настоящее время принимает организованный характер. Преступные группы активно налаживают пути беспрепятственной доставки наркотиков не только в крупные города и центры, но и в сельскую местность, вовлекая в процесс немедицинского потребления наркотиков молодежь. Предпринимаемые государственными силовыми структурами меры по противодействию наступлению наркотизму до сих пор не приносят желаемых результатов. Как феномен российской практики борьбы с этим злом можно отметить противодействие наркодельцам со стороны представителей «теневого бизнеса», препятствующих распространению наркотиков в целых регионах России<sup>3</sup>.

С целью более глубокого уяснения сущности проблем, связанных с незаконным распространением наркотиков, необходимо проследить взаимосвязь между наркотиком и человеком. Сами по себе наркотические вещества на определенных этапах жизни необходимы человеку, поскольку они оказывают болеутоляющее воздействие, вызывают глубокий сон с потерей сознания и болевой чувствительности. Эти средства применяют при тяжелых заболеваниях, сопровождающихся сильными болями, либо при хирургических вмешательствах для воздействия на центральную нервную систему. Общественную же опасность представляет немедицинское потребление наркотических средств, которые нередко приводят к наркотическому опьянению, сопровождаемому физическим наслаждением, приподнятым настроением. При систематическом употреблении наркотиков человек привыкает к ним и испытывает непреодолимое желание вновь и вновь привести себя в состояние эйфории.

В конечном итоге систематическое употребление наркотических веществ, приводит к тяжелому, в большинстве случаев неизлечимому заболеванию - наркомании, при которой поражаются внутренние органы, возникают

---

1 См.: Миньковский Г.М., Побегайло Э.Ф., Ревин В.П. Современные социально-правовые проблемы борьбы с наркотизмом в России//Совершенствование борьбы с наркобизнесом. 1997. С. 3.

2 Овчинского В.С., Эминова В.Е., Яблокова Н.П., Основы борьбы с организованной преступностью. М.: 2006. С. 186.

3 Орлов Б.П. Проблемы пресечения незаконного оборота наркотиков. Нижний Новгород, 2002. С. 50

неврологические и психические расстройства, развивается физическая и психическая деградация личности.

С одной стороны наркотики не благоприятно влияют на личность, приводя к ее деградации, но с другой стороны неизлечимо больные нуждаются в них больше, чем в воздухе. Именно наркотики продлевают им жизнь.

Так, к распространению наркотиков подключаются либо по собственному желанию, либо из-за нужды, все большее количества людей.

В середине XIX века незаконный оборот наркотиков буквально захлестнул Северную Америку. Прибывшие на строительство железных дорог десятки тысяч китайцев привезли с собой привычку курить опиум, чем способствовали организации крупных поставок наркотиков из Азии в Америку.

До второй половины XX века общепризнанным лидером по изготовлению наркотических средств была Азия. Практически повсеместно культивируется возделывание наркосодержащих растений в странах «Золотого треугольника» (Бирма, Лаос, Таиланд) и «Золотого полумесяца» (Афганистан, Иран, Пакистан).

В отдельных районах, входящих в перечисленные зоны, местное население выращивает только опиумный мак, который является основной сельскохозяйственной продукцией для жителей высокогорных селений. Продажа урожая позволяет населению покупать продукты питания и выживать. Практически все взрослое население этих районов причастно к незаконному обороту наркотиков, обеспечивая произрастание опиумного мака, сбор урожая и транспортировки товара на оптовые рынки. Совокупное незаконное производство героина в странах «Золотого треугольника» и «Золотого полумесяца» составляет порядка 570 тонн в год. Не менее 75 % указанного количества героина распространяется в страны Европы<sup>1</sup>.

Современные торговцы наркотиками так богаты и влиятельны, что выходят из-под контроля правоохранительных органов, создавая свои независимые охранные предприятия, нередко превращающиеся в собственные вооруженные силы.

Так, в числе лидеров наркобизнеса в России одни называют таджиков другие азербайджанцев, третьи цыган и чеченцев. "Азербайджанцы - главная сила на рынке наркотических веществ во многих областях. В Москве и Подмосковье они контролируют 100 процентов торговли героином, а также значительную часть рынка марихуаны.

Незаконное распространение наркотических средств и психотропных веществ в России в настоящее время достигло опасных масштабов для безопасности государства. Наряду с традиционным использованием природной сырьевой базы, быстрыми темпами развиваются подпольные лаборатории, где на современном оборудовании специалисты, обладающие необходимыми познаниями в области органической химии, фармацевтики, изготавливают синтетические наркотики.

---

<sup>1</sup> См.: Уколов Р. "Все героиновые пути ведут в Россию: наша страна в новом тысячелетии может выйти на первое место в мире в мировой торговле наркотиками" // "Сегодня", 27 июня 2005 года.

Тем самым, Россия стала объектом экспансии международного наркобизнеса. Используя негативные факторы в социально-экономической действительности нашего государства, транснациональные преступные группы систематически ввозят на территорию России наркотики, привлекают промышленный и интеллектуальный потенциал к обслуживанию международного наркотрафика и производства наркотиков. Так, по данным Б.П. Целинский, только в 1995 году в России выявлено 585 подпольных лабораторий, производящих барбитураторы, транквилизаторы и другие стимуляторы. В нелегальном производстве зачастую принимают участие квалифицированные специалисты химики, фармацевты, врачи. Активно используется современное оборудование и технологии<sup>1</sup>.

Так, в Самарской области, считающейся одним из основных центров распространения наркотиков в России. Согласно данным областного управления по незаконному обороту наркотиков (УБНОН ГУВД), за распространение наркотиков за 8 месяцев 2011 года было задержано 7959 человек. Среди задержанных особенно много цыган, таджиков и азербайджанцев - «цыган - 70 человек, таджиков - 67 человек, азербайджанцев - 45 человек. Таким образом, представители всех перечисленных групп составили всего 4,3% задержанных<sup>2</sup>.

Мы считаем, что незаконный оборот наркотиков является насущной проблемой любого цивилизованного государства, а не только Российской Федерации.

---

<sup>1</sup> См.: Целинский Б.П., Калачев Б.Ф., Тухачевская М.В. Подпольное производство наркотиков в России и за рубежом //Вестник МВД России. 1998. № 2-3. С. 81

<sup>2</sup> Орлов Б.П. Проблемы пресечения незаконного оборота наркотиков. Нижний Новгород, 2002. с. 38.



## Некоторые уголовно-правовые аспекты судимости

Алахтаев Владимир Эдуардович,  
студент 2 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Мирончик Анна Сергеевна,  
к.ю.н., старший преподаватель кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Часть 1 ст. 86 УК РФ указывает, что «лицо, осужденное за совершение преступления, считается судимым со дня вступления обвинительного приговора суда в законную силу до момента погашения или снятия судимости. Судимость в соответствии с настоящим Кодексом учитывается при рецидиве преступлений, назначении наказания и влечет за собой иные правовые последствия в случаях и в порядке, которые установлены федеральными законами»<sup>1</sup>. Последствия судимости могут иметь уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и общеправовой характер.

Уголовно-правовые последствия судимости (последствия, установленные уголовным законодательством<sup>2</sup>):

1) судимость за умышленные преступления является основанием для признания рецидива преступления.

Рецидивом преступлений признаётся совершение умышленного преступления лицом, имеющим судимость за ранее совершённое умышленное преступление. При наличии различных комбинаций судимостей за совершение умышленных преступлений возникает опасный и особо опасный рецидив (ч. 2 и 3 ст. 18 УК РФ).

2) судимость является обстоятельством, отягчающим наказание;

3) с учётом судимости (рецидива преступлений) суд определяет вид исправительного учреждения;

4) наличие судимости препятствует освобождению лица от уголовной ответственности на основании ст. 75 УК РФ: «Лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если после совершения преступления добровольно явилось с повинной, способствовало раскрытию и расследованию преступления, возместило причиненный ущерб или иным образом загладило вред, причиненный в результате преступления, и вследствие деятельного раскаяния перестало быть общественно опасным»; ст. 76 УК РФ: «Лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред»; ст. 76.1: «Лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное статьями 198

<sup>1</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 №63-ФЗ.: М.: Эксмо, 2011. С. 30.

<sup>2</sup> Грамматчиков М.В. Судимость в уголовном праве России. Учебное пособие. Сиб. ЮИ МВД РФ. Красноярск, 2002. С. 25.

(уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физического лица), ст. 199 (уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с организации), ст. 199.1 (неисполнение обязанностей налогового агента) настоящего Кодекса, освобождается от уголовной ответственности, если ущерб, причиненный бюджетной системе Российской Федерации в результате преступления, возмещен в полном объеме»;

5) судимость учитывается при применении условного осуждения при оценке личности осуждённого.

При назначении условного осуждения суд учитывает характер и степень общественной опасности совершенного преступления, личность виновного, в том числе смягчающие и отягчающие обстоятельства (ч. 2 ст. 73 УК РФ).

б) наличие судимости ограничивает применение к этой категории лиц акта амнистии<sup>1</sup>. Как правило, лица, более двух раз осуждавшиеся к лишению свободы, под действие актов амнистии не попадают. Обычно не попадают под действие актов амнистии лица, осуждённые в прошлом за ряд тяжких преступлений и вновь осуждённые за умышленное преступление (см., например, п. «в», «г» и «д» ст. 9 Постановления Государственной Думы РФ от 24 декабря 1997 г. «Об объявлении амнистии»).

Приведенные выше варианты уголовно-правовых последствий судимости свидетельствуют о редакционном несовершенстве ч. 1 ст. 86 УК РФ, поскольку она отражает уголовно-правовое значение судимости в деталях и не отражает в полной мере уголовно-правового значения анализируемого института. В целях обеспечения точного и единообразного применения уголовно-правовых норм, требующих учета прежней судимости лица, представляется целесообразным поддержать высказанное в теории уголовного права предложение об изменении редакции ч. 1 ст. 86 УК РФ, в частности отражения в ней уголовно-правового значения судимости в общем виде: «Судимость учитывается в порядке, определяемом положениями Общей и Особенной части настоящего Кодекса»<sup>2</sup>.

Уголовно-исполнительные последствия (последствия, предусмотренные нормами уголовно-исполнительного права):

1) Раздельное содержание различных категорий осуждённых в исправительных учреждениях (ст. 74 и ст. 80 УИК РФ);

2) В ст. 96 УИК РФ, при определённых условиях осуждённым, отбывающим лишение свободы в исправительных колониях и оставленных для ведения работ по хозяйственному обслуживанию изоляторов и тюрем, может быть разрешено передвижение без конвоя или сопровождение за пределами исправительных учреждений, если это необходимо по характеру выполняемой ими работы. Следовательно, это является своего рода поощрением для осуждённых.

К ряду категорий осуждённых такое «расконвоирование» не применимо. В их числе лица, осуждённые за совершение особо тяжких преступлений,

<sup>1</sup> Грамматчиков М.В. Судимость в уголовном праве России. Учебное пособие. Сиб. ЮИ МВД РФ. Красноярск, 2002. С. 25-26.

<sup>2</sup> Шаутаева Р.Х. Судимость как форма реализации уголовной ответственности//Вестник Удмуртского университета. Ижевск: ГОУВПО "Удмуртский гос. ун-т" 2010. № 2. С. 106.

осуждённые за умышленные преступления, совершённые в период отбывания наказания.

3) В зависимости от категории совершённого преступления и личности осуждённого при назначении наказания в виде лишения свободы в исправительной колонии определяются условия содержания.

Лица, поступающие в исправительную колонию строго режима, обычно направляются на обычные условия содержания. Однако, если они осуждены за умышленное преступление, совершённое в процессе отбывания лишения свободы, то они начинают отбывать наказание со строгих условий, в запираемых помещениях (ч. 1 ст. 122 УИК РФ)<sup>1</sup>.

Кроме того, следует отметить, что судимость влечет общеправовые последствия.

1) Лица, имеющие судимость, не могут выполнять определённые трудовые функции.

Закрепление в федеральном законодательстве тех или иных правоограничений лиц, имеющих или имевших судимости, за пределами применения уголовного наказания противоречит Конституции РФ, если это не обусловлено указанными в ст. 55 целями защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Поэтому не вызывает сомнений обоснованность ограничений, связанных с судимостью, в целом ряде федеральных законов.

К лицам, занятым в сфере деятельности органов исполнительной, законодательной, судебной власти предъявляются высокие профессиональные и моральные требования. Не только наличная, но и прошлая (погашенная или снятая) судимость лиц, которые осуществляют деятельность в органах-субъектах обеспечения безопасности, является потенциальной угрозой самой безопасности<sup>2</sup>.

Судьей может быть гражданин Российской Федерации не имеющий или не имевший судимости (ч.1 ст. 4 Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26 июня 1992 г.).

Сотрудник полиции не может находиться на службе в полиции в случае осуждение его за преступление по приговору суда, вступившему в законную силу, а равно наличие судимости, в том числе снятой или погашенной (ч. 1 ст. 29 ФЗ «О полиции» от 7 февраля 2011 г.).

Присяжными заседателями и кандидатами в присяжные заседатели не могут быть лица, имеющие непогашенную или неснятую судимость (ч. 2 ст. 3 ФЗ "О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации" от 20 августа 2004 г.).

Лицо не может быть принято на службу в органы и учреждения прокуратуры и находиться на указанной службе, если оно имело или имеет судимость (ч. 2 ст. 40.1 ФЗ «О прокуратуре РФ» от 17 января 1992 г.).

<sup>1</sup> Грамматчиков М.В. Судимость в уголовном праве России. Учебное пособие. Сиб. ЮИ МВД РФ. Красноярск, 2002. С. 53-55.

<sup>2</sup> Понятовская Т.Г. Шаутаева Г.Х. Правовое значение судимости. Ижевск: Детектив-информ, 2003. С. 62.

2) Согласно ст. 13 ФЗ от 13 декабря 1996 г. «Об оружии» лицензия на приобретение оружия не выдаётся гражданам РФ, имеющим неснятую или непогашенную судимость за преступление, совершенное умышленно.

3) Над некоторыми категориями лиц, имеющих судимость, устанавливается административный надзор<sup>1</sup>.

В отношении совершеннолетнего лица, освобождаемого из мест лишения свободы, если это лицо отбывало наказание за совершение преступления при опасном или особо опасном рецидиве преступлений либо за совершение преступления против половой неприкосновенности и половой свободы несовершеннолетнего, судом устанавливается административный надзор в соответствии с федеральным законом (ч. 1 ст. 173.1 УИК РФ).

4) В соответствии с п. «б» ч. 3 ст. 23 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» от 28 марта 1998 г. не подлежат призыву на военную службу граждане, имеющие неснятую или непогашенную судимость за совершение преступления.

5) Ряд государств устанавливает ограничения для въезда на их территорию лиц, имеющих судимость за некоторые преступления (например, США).

Вместе с тем в ч.6 ст.86 УК РФ содержится положение о том, что все правовые последствия судимости аннулируются при её погашении или снятии. Однако изложенное выше показывает, что погашение или снятие судимости аннулирует не все правовые последствия. В частности, с нашей точки зрения не аннулируются общеправовые последствия.

Безусловно, в ч.6 ст. 86 УК РФ речь идёт об аннулировании именно уголовно-правовых последствий.

Полагаем, что в ч. 6 ст.86 УК РФ следует слова «все правовые последствия» заменить на «уголовно-правовые последствия».

Тогда ч.6 ст.86 УК РФ будет выглядеть: «Погашение или снятие судимости аннулирует уголовно-правовые, связанные с судимостью».

Таким образом, судимость является уголовно-правовой категорией. Её содержание составляют последствия уголовно-правового и уголовно-исполнительного характера. Ограничения общеправового характера не входят в содержание судимости и составляют содержание мер постпенитенциарного воздействия<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ткачевский Ю. М. Судимость//Уголовное право. 2000. № 3. С. 38.

<sup>2</sup> Грамматчиков М.В. Судимость в уголовном праве России. Учебное пособие. Сиб. ЮИ МВД РФ. Красноярск, 2002. С. 61.

## Сотрудничество Российской Федерации и Китайской Народной Республики в области наркопреступлений

Аюшеева Елена Викторовна,  
студентка 3 курса юридического факультета  
Бурятского государственного университета

Научный руководитель:  
Раднаева Эльвира Львовна,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии  
юридического факультета Бурятского государственного университета

Вступая в третье тысячелетие, человечество оказалось перед лицом многих глобальных угроз. Одной из таких угроз является наркомания<sup>1</sup>. Проблема наркотиков имеет множество аспектов: экономический, политический, правовой, медицинский, нравственный и т.д. В качестве синонимов в научной литературе, средствах массовой информации и политической жизни широко используются термины «наркобизнес», «наркотрафик» и аббревиатура НОН (незаконный оборот наркотиков)<sup>2</sup>. Государства не в состоянии справиться с этим бедствием в одиночку – необходимы международная солидарность и сбалансированность, коллективные и одновременные действия международного сообщества.

На протяжении XX века состоялись многочисленные международные форумы, на которых обсуждались проблемы противодействия НОН, принимались соответствующие решения, в том числе закрепляемые в международно-правовых нормах. Данные нормы имеют общесоциальное, законотворческое и правоприменительное значение<sup>3</sup>.

Одним из важных аспектов борьбы со злоупотреблением наркотиками стало принятие Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года, а также Конвенция о психотропных веществах 1971 года. В целях усиления и дополнения мер, предусмотренных в существующих правовых документах, пресечения принимающего новый размах и масштабы незаконного оборота наркотических средств, а также предотвращения его серьезных последствий, конференция полномочных представителей ООН, состоявшаяся в Вене 25 ноября – 20 декабря 1988 г. приняла Конвенцию ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ<sup>4</sup>.

В полной мере сказанное касается и Российской Федерации, и Китайской Народной Республики, которые будучи «великими братьями» являются одной из главных наркоартерий мира.

1 Основные направления противодействия транснациональному организованному криминальному наркобизнесу: [Монография] / [Л. Друпкин, Р. Вафин, Я. Злоченко и др.]; [Под общ. ред. Е.П. Ищенко] – М.: ЛексЭст, 2003. – с. 70

2 Транснациональный наркобизнес: Новая глобальная угроза. – М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2002. – с. 4.

3 Гасанов Э.Г. Борьба с наркотической преступностью. С. 36.

4 Основные направления противодействия транснациональному организованному криминальному наркобизнесу: [Монография] / [Л. Друпкин, Р. Вафин, Я. Злоченко и др.]; [Под общ. ред. Е.П. Ищенко] – М.: ЛексЭст, 2003. – с. 105-106.

Уже в середине 90-х гг. в России темпы наркотизации населения приобрели критический характер. Усилиями наркомафии были созданы устойчивые наркотрафики, пронизывающие практически всю территорию страны. Организованные преступные группировки, контролирующие наркобизнес, по сути дела, бросили вызов национальной безопасности России.

Мировая наркомафия атаковала страну практически со всех сторон. Из Центральной Азии к нам поступает один из самых тяжелых наркотиков - героин, из Латинской Америки - кокаин, из Европы и стран Балтии - синтетические наркотики. Используя «прозрачные границы», международный наркобизнес быстро освоил российскую территорию и собирает на ней огромный урожай прибыли. А нам остаются миллионы больных людей и проблемы - медицинские, социальные, экономические, семейные. Количество совершаемых наркопреступлений давно уже перевалило за 100 тыс. в год. Растет и число сопутствующих правонарушений - почти две трети всех краж и грабежей связаны с наркотиками<sup>1</sup>.

В последние годы был принят ряд серьезных мер, направленных на повышение эффективности организационно-правового обеспечения государственного контроля над наркобизнесом и наркоситуацией: принятие Концепции государственной политики по контролю за наркотиками в Российской Федерации, 1993 г.; создание в 1994 г. Правительственной комиссии по противодействию злоупотреблению наркотическими средствами и их незаконному обороту; принятие Федеральной целевой программы "Комплексные меры противодействия злоупотреблению наркотиками и их незаконному обороту на 1995-1997 гг.". в настоящее время Программа продлена до 2001 г.

Вместе с тем, организационные структуры, обеспечивающие деятельность по контролю над наркобизнесом, сравнительно молоды, не в полной мере отлажен механизм межведомственного взаимодействия в области анализа наркоситуации в России, отсутствует федеральная система мониторинга проблемы наркотиков<sup>2</sup>.

В свою очередь, КНР все больше и больше усиляет политику в данной сфере.

Юго-Западный Китай граничит с регионом "Золотой треугольник", являющийся одним из крупнейших производителей наркотиков. С конца 70-х гг. XX века поветрие наркомании и наркобизнеса стало давать себя и в Китае, вновь оживил преступная деятельность, связанная с транзитной контрабандой наркотиков через китайскую границу. По мере нарастания угрозы наркотиков все актуальнее становится задача борьбы с наркобизнесом.

Сегодня, оказавшись перед проблемой наркотиков в новых условиях, китайское правительство, руководствуясь чувством высокой ответственности перед государством, нацией и народом своей страны и перед всем человечеством, твердо придерживаясь позиции непримиримой борьбы с

---

1 Федоров А.В. Борьба с наркобизнесом невозможна без международного взаимодействия. - Журнал "Право и безопасность" № 1 (14) Март 2005.

2 [http://polbu.ru/shadow\\_economy/ch55\\_i.html](http://polbu.ru/shadow_economy/ch55_i.html) - Теневая экономика и экономическая преступность. Тенденции развития организованной наркопреступности в России.

наркотиками, предпринимает все необходимые меры, и усилия по пресечению наркотиков во имя счастья народа.

В последние 20 с лишним лет ввиду неуклонного роста наркобизнеса Китай ускорил шаги законодательства в указанной области, разработал и опубликовал ряд законов и уложения и тем самым добился большого прогресса в упомянутой законодательной работе.

Совершенствуется Уголовный кодекс КНР. В Уголовном кодексе КНР, принятом 1 июля 1979 г., на 2-й сессии ВСНП 5-го созыва специально оговорены преступления, связанные с производством, сбытом и транспортировкой наркотиков и меры наказания за них. В 80-х гг. Постоянным Комитетом ВСНП были обнародованы "Закон КНР о таможене", "Положение КНР о наказаниях за действия, нарушающие общественный порядок", "Постановление о пресечении преступности, наносящей серьезный ущерб экономике", "Дополнительное постановление о строгом наказании контрабандистов" и т.д., в этих законах установлены меры наказания за преступления, связанные с наркотиками; лица, замешанные в указанных преступлениях, могут подвергаться наказанию вплоть до смертной казни. 18 декабря 1990 г. 17-я сессия ПК ВСНП 7-го созыва приняла "Постановление по борьбе с наркотиками", в котором конкретно определены виды преступной деятельности, связанной с наркотиками, и карательные меры за эти преступления, а также меры наказания за употребление наркотиков и меры по принудительному лечению наркоманов. В этом постановлении также четко установлено, что Китай обладает прерогативой всеобщей юрисдикции над преступлениями, связанными с контрабандой, сбытом, транспортировкой и производством наркотиков. 14 марта 1997 г. на 5-й сессии ВСНП 8-го созыва в ходе пересмотра Уголовного кодекса КНР было не только сохранено главное содержание "Постановления о борьбе с наркотиками", но и внесены важные поправки и дополнения в статьи о квалификации преступления на почве наркотиков, тем самым было усилено уголовное законодательство в области борьбы с наркотиками. Верховный Народный Суд и Верховная Народная Прокуратура дали соответствующее юридическое толкование пересмотренному Уголовному кодексу<sup>1</sup>.

Строгий контроль и решительный запрет неоправданного употребления наркотических и психотропных веществ представляют собой важное содержание законодательного строительства Китая в области борьбы с наркотиками. В Китае в указанной области были опубликованы более 30 законов, законоположений и правил. Статья 39 "Закона КНР о контроле за медикаментами", принятого на 7-й сессии ПК ВСНП 6-го созыва в сентябре 1984 г., предусматривает: государство осуществляет особый порядок контроля за наркотическими и психотропными веществами. В 1987 и 1988 гг. Госсоветом КНР были опубликованы "Порядок контроля за наркотическими веществами" и "Порядок контроля за психотропными веществами", которые четко определяют порядок контроля за производством, снабжением, перевозкой, употреблением,

---

<sup>1</sup> <http://russian.china.org.cn/russian/32993.htm> - Борьба с наркотиками в Китае (Белая книга).

ввозом и вывозом наркотических и психотропных веществ. В 1995 г. Госсовет КНР обнародовал "Порядок принудительного лечения наркоманов", Министерство здравоохранения КНР опубликовало "Порядок контроля за медикаментами, предназначенными для лечения наркоманов", которые предоставили правовую основу в борьбе с наркотиками.

Китайское правительство активно включилось в международные антинаркотиковые дела<sup>1</sup>.

Все вышеизложенное убедительно свидетельствует о необходимости объединения усилий и средств государств (РФ и КНР) в борьбе с незаконным оборотом наркотиков на территории наших государств. Необходимо противостоять преступной системе транснациональной наркопреступности, его финансовым спонсорам, политическим и идеологическим покровителям оптимальную международную систему правоохранительных служб, специальных силовых подразделений, экспертных, аналитических и иных органов, действующих в высшей степени согласованно и эффективно. Без этого добиться полной победы над главной угрозой XXI века будет затруднительно, а может быть, и невозможно.

Также не надо забывать о том, что за наркотиками неотступно, как тень, следует самая страшная болезнь XX века – СПИД. В результате регулярно потребляющие наркотики внутривенно составляют большинство (до 70 %) вновь выявляемых больных СПИДом.

---

<sup>1</sup> <http://news.mail.ru/politics/3866533/> - Россия и Китай усилят кооперацию по борьбе с наркобизнесом.



## Эффективность гуманизма в профилактике преступлений

Васильев Дмитрий Сергеевич,  
студент 4 курса общеправового факультета  
Сибирского правового института ФСКН России

Тепляшин Павел Владимирович,  
к.ю.н., доцент, докторант факультета по подготовке  
научно-педагогических кадров  
Сибирского правового института ФСКН России

В современном российском обществе, несмотря на существенный исторический опыт применения уголовного наказания, на сегодняшний день остаются открытыми вопросы о роли гуманизации уголовного наказания в противодействии росту преступности, формировании здорового и цивилизованного общества.

Отношение ко многим аспектам назначения наказания не находит односложного решения. Среди теоретиков уголовного права предлагается большой спектр подходов к назначению наказания – от самых радикальных мер, до форм либеральных, когда правоограничения, связанные с совершением преступления сводятся к минимуму.

Вместе с тем, современный исторический период сильно отличается от предыдущих, следовательно, карательная политика современного российского общества должна учитывать реалии, актуальные сегодня, поскольку система наказаний, эффективно решающая цели и задачи уголовного наказания, например, около полувека назад, может оказаться совершенно неактуальной и неэффективной сегодня, поскольку сам предмет уголовно-правового регулирования, а именно общественные отношения, претерпели существенные изменения.

Впервые идея гуманизации российской уголовной политики прозвучала еще в 2002 г. в послании Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации, где он поставил задачу гуманизации уголовного законодательства и системы исполнения наказаний, добавив, что правоприменительная практика должна максимально стремиться к исключительности применения лишения свободы как уголовного наказания, указав, что целью должна являться неотвратимость наказания, а не его суровость.

Реализуя задачи, поставленные президентом, в 2003 году Государственная Дума вносит ряд существенных поправок в Уголовный кодекс РФ, в частности: исключен институт неоднократности преступлений, расширена сфера применения альтернативных видов наказаний, существенно смягчена, а в большинстве случаев и вовсе отменена ответственность за неосторожные преступления, смягчены наказания за налоговые преступления.

Реакция на такие изменения не отличалась единообразием, в частности О.П. Сауляк полагает, что изменения 2003 года были обусловлены принятием Уголовного кодекса 1996 года в условиях бурно нарастающей криминогенной обстановки, когда государство с целью хоть как то остановить разгул преступности приняло достаточно суровый закон, в котором по многим преступлениям было предусмотрено наказание в виде лишения свободы, даже по тем, санкции которых по УК РСФСР 1960 года не предусматривали такого наказания. Как следствие в 2003 году это привело к чрезмерному росту тюремного населения и переполненности мест лишения свободы, в связи с чем государство взяло курс на гуманизацию уголовного наказания<sup>1</sup>.

В последнее время идея гуманизации уголовного наказания вновь заняла одно из центральных мест в уголовно-правовой политике государства, что впоследствии выразилось в принятии закона от 7 марта 2011 года, который внес существенные изменения в ряд положений уголовного закона. Одним из важных новшеств закона стало изменение санкций многих статей особенной части уголовного кодекса РФ, а именно отмена нижних пределов санкций в виде лишения свободы по 68 статьям уголовного кодекса, в том числе по некоторым тяжким и особо тяжким преступлениям.

Указанные изменения являлись одним из элементов нового политического курса, проходящего под лозунгом гуманизации наказания в РФ. Нововведения оперативно нашли свое отражение в приговорах, назначаемых после вступления в силу указанных изменений. Так, анализ судебной практики в районных судах г. Красноярска в период после 7 марта 2011 года позволяет сделать выводы об активном применении нового закона. К примеру, имеется практика назначения наказаний по ч. 2 ст. 162 УК РФ в виде лишения свободы на 2 года Ленинским районным судом г. Красноярска<sup>2</sup>, 3 года 6 месяцев Кировским районным судом г. Красноярска<sup>3</sup> и Железнодорожным районным судом г. Красноярска<sup>4</sup>, 4 года Октябрьским районным судом г. Красноярска<sup>5</sup>, притом, что медиана санкции составляет (с учетом минимального срока, предусмотренного общей частью УК РФ в 2 месяца) 5 лет 1 месяц лишения свободы. По ч. 4 ст. 111 УК РФ имеется практика назначения наказания в виде лишения свободы на срок 2 года, 4 года 6 месяцев Ленинским районным судом г. Красноярска<sup>6</sup>, при медиане санкции 7 лет 6 месяцев. По ч. 4 ст. 159 УК РФ

---

1 Сауляк О.П. О гуманизации уголовно-правовой политики в части назначения наказания за преступления небольшой и средней тяжести / О.П. Сауляк // Общество и право. – 2009 - № 4.

2 Судебные акты [Электронный ресурс] : Ленинский районный суд г. Красноярска. URL: [http://lenins.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://lenins.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

3 Судебные акты [Электронный ресурс] : Кировский районный суд г. Красноярска. URL: [http://kirovsk.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://kirovsk.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

4 Судебные акты [Электронный ресурс] : Железнодорожный районный суд г. Красноярска. URL: [http://geldor.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://geldor.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

5 Судебные акты [Электронный ресурс] : Октябрьский районный суд г. Красноярска [http://oktyabr.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://oktyabr.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

6 Судебные акты [Электронный ресурс] : Ленинский районный суд г. Красноярска. URL: [http://lenins.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://lenins.kr.k.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

имеется практика назначения 4-х лет лишения свободы Железнодорожным районным судом г. Красноярска<sup>1</sup>, 4-х лет Кировским районным судом г. Красноярска<sup>2</sup>, притом, что медиана санкции составляет 5 лет 1 месяц. По ч. 2 ст. 161 УК РФ имеется практика назначения наказания в виде лишения свободы сроком на 8 месяцев, 1 год 6 месяцев Ленинским районным судом г. Красноярска<sup>3</sup>, 1 год 6 месяцев Кировским районным судом г. Красноярска<sup>4</sup>, при медиане санкции 3 года 7 месяцев лишения свободы. Вместе с тем стоит отметить, в большинстве указанных приговоров имеются смягчающие обстоятельства, такие как полное признание своей вины, раскаяние в содеянном. Однако следует обратить внимание и на то, что и отсутствие смягчающих обстоятельств иногда позволяет судам назначать крайне мягкие наказания, зачастую не превышающие медиану санкций статей особенной части уголовного кодекса по указанным преступлениям, даже при наличии отягчающих обстоятельств.

Для отражения динамики назначения наказания по уголовным делам относительно принятия закона от 7 марта было проведено сравнительное исследование. Методом случайной выборки были изучены приговоры судов Красноярского края до вступления в силу указанного закона и после. Анализ проводился по ч.4 ст. 111 УК РФ, ч.2 ст.161 УК РФ, ч.2 ст. 162 УК РФ, поскольку изменения санкций именно в этих тяжких и особо тяжком преступлениях вызывают наибольшие возражения. По каждому преступлению методом случайной выборки было изучено 20 приговоров, провозглашенных до 7 марта и столько же за 10 месяцев после вступления указанного закона в силу. В результате исследования были сделаны следующие выводы: изменения в законодательстве незамедлительно привели к изменениям в назначении наказания. По ч.4 ст. 111 УК РФ и по ч.2 ст.162 УК РФ средний срок лишения свободы снизился примерно на год, по ч.2 ст. 161 УК РФ и без того крайне низкий средний показатель относительно медианы санкции примерно в 2,5 года снизился еще на полгода и теперь составляет примерно 2 года, при медиане в 3,6 года.

---

1 Судебные акты [Электронный ресурс] : Железнодорожный районный суд г. Красноярска. URL: [http://geldor.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://geldor.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

2 Судебные акты [Электронный ресурс] : Кировский районный суд г. Красноярска. URL: [http://kirovsk.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://kirovsk.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

3 Судебные акты [Электронный ресурс] : Ленинский районный суд г. Красноярска. URL: [http://lenins.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://lenins.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).

4 Судебные акты [Электронный ресурс] : Кировский районный суд г. Красноярска [http://kirovsk.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv\\_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost\\_start=07.03.2011&datepost\\_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8](http://kirovsk.krk.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=searchdelo&srv_num=1&vidpr=01&etapdp=113&datepost_start=07.03.2011&datepost_end=06.11.2011&judge=&bsrsearch=%CD%E0%E9%F2%E8) (дата обращения: 02.12.2011).



Анализ судебной практики ведет к вопросу – является ли такая политика рассудительной и осознанной гуманизацией наказания в РФ уголовного закона, либо излишним послаблением в борьбе с преступностью?

По словам В.С. Груздева, к моменту принятия закона от 7 марта бывшего первым заместителем председателя Комитета Государственной думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, эти изменения будут способствовать уменьшению числа заключенных и преступников вообще, поскольку многие получают шанс начать новую жизнь без неприятного пятна на репутации<sup>1</sup>. Вместе с тем, следует отметить, что такое отношение небесспорно, поскольку следуя такой логике, можно вообще отменить какой-нибудь раздел Уголовного кодекса, и тогда уж точно в России и преступность, и число осужденных резко сократится. Поэтому не стоит забывать, что снижение числа осужденных в первую очередь должно достигаться путем изменения общественных отношений, улучшения социальных условий.

Вместе с тем стоит отметить и тот факт, что сокращение сроков наказания должно характеризоваться положительными изменениями в уголовно-исполнительной сфере. По словам авторов закона от 7 марта средний срок нахождения в местах лишения свободы в России до вступления в силу указанного закона составлял 5-9 лет, после вступления в силу указанных изменений этот срок составит 2-3 года. Важно отметить, что реформация уголовно-исполнительной системы простым уменьшением сроков нахождения осужденного в местах лишения свободы не будет эффективна. Когда система исполнения наказания будет сформирована таким образом, чтобы осужденного можно было исправить за 2-3 года, тогда и есть смысл смягчать наказание.

<sup>1</sup> Шкель Т. Сажать или не сажать // Российская газета. – 2011. - №5379 (3).

Как верно отмечает В.И. Зубкова, практика применения наказания напрямую зависит от конкретного исторического периода в обществе и государстве: чем выше жизненный уровень населения в обществе, чем полнее оно сформировано и консолидировано, чем разнообразнее и устойчивей сложившаяся в нем система морально-нравственных ценностей, тем более гуманными должны быть наказания<sup>1</sup>. Однако нельзя сказать, чтобы изменения законодательства отражали изменения в обществе. Ситуация безусловно улучшилась по сравнению с началом 2000-х годов, однако говорить о существенном росте уровня жизни и укоренении социально одобряемой системы ценностей нельзя. В России по-прежнему высок уровень правового нигилизма, высокий уровень рецидива, уровень жизни в отдельных регионах и среди различных слоев населения сильно отличается. В связи с изложенным важно отметить, что гуманизация наказания в современных условиях представляет собой скорее послабления, которые могут помешать борьбе с преступностью.

Возможно, указанные изменения связаны с тезисом о повышении уровня индивидуализации наказания. Однако, если обратить внимание на некоторые статьи уголовного кодекса в их измененном варианте, например, санкция ч. 4 ст. 111 УК РФ звучит от 2-х месяцев до 15 лет – 90-кратная разница. Какими должны быть обстоятельства, чтобы индивидуализация наказания имела такую большую амплитуду? При любых смягчающих обстоятельствах необходимо помнить, что человек совершил преступление, нарушил уголовно-правовой запрет, нанес вред обществу, поэтому вряд ли можно представить, чтобы за тяжкое или особо тяжкое наказание, например 6 месяцев лишения свободы оказало исправительное воздействие на преступника.

Возможно, последние нововведения имеют своей целью увеличить уровень судейского усмотрения. Однако эффективность такого метода несколько сомнительна, поскольку увеличение усмотрения судей при назначении наказания должно иметь под собой повышение качества работы самих судей, и тем более не должно быть таким чрезмерным. Более того, профессор А.В. Наумов отмечает, что отмена нижних пределов санкций содержит еще один «подводный камень» - расширение полномочий судьи до таких размеров не только не снизит коррупцию в судах, а напротив, будет являться ее стимулирующим обстоятельством<sup>2</sup>.

Стоит отметить, что применение нового закона несет под собой и некоторые практические проблемы, в частности, такой существенный разброс при назначении наказания, когда личное отношение судьи к имеющимся обстоятельствам дела будет иметь решающее значение, следует ожидать, что со стороны осужденного будут логичными попытки смягчить наказание путем обжалования даже тех решений, справедливость и законность которых, на первый взгляд, не вызывает сомнений. Все это может привести к существенному увеличению числа обжалуемых приговоров и чрезмерной перегрузке судейского корпуса. В совокупности с перспективами, озвученными

1 Зубкова В.И.. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика / В.И. Зубкова. – М., 2002. – С.1.

2 Наумов А.В. О серьезной уязвимости одного из последних законопроектов о внесении поправок в УК РФ / А.В. Наумов // Уголовное право. – 2011 - №1. – С. 38

президентом Дмитрием Медведевым, о создании новой структуры апелляционных судов, когда каждое уже разрешенное дело можно будет рассматривать заново в полном объеме, это может привести к организационным проблемам в работе суда.

Особое внимание следует уделить вопросу соответствия последних изменений законодательства принципам уголовного закона, в особенности принципу справедливости, который гласит: «наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступлений, обстоятельствам его совершения и личности виновного»<sup>1</sup>. В данном случае обоснованным следует признать возмущение А.Г. Кибальника, который говорит о том, что устранение нижних пределов санкций наказания в виде лишения свободы нарушает принцип равенства перед законом. Представим себе, что два человека совершили одинаковые преступления – допустим, тяжкие. Прикрываясь требованием индивидуализации уголовной ответственности, судья на свое усмотрение вправе наказать одного из виновных «по всей строгости закона», а другого – как за преступление средней или небольшой тяжести. Что касается вопроса об индивидуализации наказания, А.Г. Кибальник в данном случае полагает, что индивидуализация возможна в полной мере в пределах санкции статьи, не имеющей такого существенного разброса<sup>2</sup>. К сказанному стоит добавить, что даже в исключительных случаях всегда была и есть возможность применения положений ст. 64 и 73 УК РФ.

Получается, что в новой редакции уголовного закона происходит некоторое умаление понятия «категоризация преступлений». Крайне затруднительно указывать на преступление, как на тяжкое, когда санкция статьи позволяет применять наказание как за преступление средней или даже небольшой тяжести. И, безусловно, возникает вопрос, почему под реформирование попали именно эти статьи, а не другие. Чем лучше лицо, умышленно причинившее тяжкий вред здоровью, повлекший по неосторожности смерть потерпевшего, лица, совершившего изнасилование с точки зрения возможной индивидуализации? Почему в одном случае разброс в наказании в виде лишения свободы составляет 90-кратную разницу, а в другом всего 2-х кратную? Почему по этим, и другим составам законодатель закрепляет столь существенную разницу в назначении наказания? В данном случае более справедливой выглядела разумная схожесть санкций статей уголовного закона в зависимости от категории преступления, в той мере, чтобы санкции за преступления небольшой и средней тяжести заметно отличались от санкций статей за тяжкие и особо тяжкие преступления.

Вместе с тем, не стоит забывать, что справедливость наказания имеет значение не только для самого осужденного, но и для всего общества в целом. Чрезмерная мягкость наказания к преступнику может вызывать негодование и отчаяние у потерпевших, в некоторых случаях даже у всего общества. Все это

---

<sup>1</sup> Кибальник А.Г. К чему приведет «гуманизация» уголовного законодательства? / А.Г. Кибальник // Законность. – 2011 - №9. – С. 23

<sup>2</sup> Там же.

может привести к росту социальной напряженности, отрицанию способности правоохранительных и судебных органов справляться со своими задачами, росту правового нигилизма, увеличение случаев расправы с преступниками без обращения к правоохранительным органам

## **К вопросу об уточнении содержания понятия «жилище» в отечественном уголовном праве**

Верещагина Ксения Олеговна,  
студентка 3 курса прокурорско-следственного факультета  
Иркутского Юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Васильева Яна Юрьевна  
к.ю.н. доцент кафедры уголовно правовых дисциплин  
Иркутского Юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

На сегодняшний день весьма актуальным является вопрос об определении понятия «жилище». Этот термин встречается в уголовном, уголовно-процессуальном и гражданском законодательствах. И во всех отраслях понятие «жилище» имеет разное содержание. В каждой отрасли этот термин наделяется разными признаками, которые в совокупности и определяют понятие «жилище» в целом.

В соответствии с п. 2 статьи 15 Жилищного кодекса РФ жилищем признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания граждан (отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства)<sup>1</sup>. К жилым помещениям относятся жилой дом, часть жилого дома, квартира, часть квартиры, комната. Жилище по гражданскому законодательству имеет ряд признаков. Во-первых, это изолированное помещение. Во-вторых, это помещение является жилым, то есть предназначенным для проживания граждан. В-третьих, это помещение, пригодное для постоянного проживания. И, в-четвертых, это помещение признается объектом недвижимости.

Совсем иначе обстоит вопрос с определением жилого помещения в Уголовно-процессуальном Кодексе. В соответствии с п. 10 ст.5 УПК РФ жилище - индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания.<sup>2</sup>

Понятие «жилище» в отечественном уголовном праве в наиболее близком к его современному пониманию и значению встречается в диспозиции ст.136 УК РСФСР 1960 года, предусматривающей ответственность за незаконный обыск,

1 "Жилищный кодекс Российской Федерации" от 29.12.2004 N 188-ФЗ (ред. от 06.12.2011, с изм. от 07.12.2011) (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.03.2012).

2 "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 07.12.2011) (с изм. и доп., вступающими в силу с 12.01.2012).



незаконное выселение или иные незаконные действия, нарушающие неприкосновенность жилища граждан.<sup>1</sup>

Для реализации уголовно-правовых норм, предусмотренных ст. 53, 139, 158, 161, 162, 360 УК РФ, важное значение имеет понятие "жилище".

В ныне действующем УК №63-ФЗ понятие "жилище" было введено в статью 139 в 2001 году. В соответствии с примечанием данной статьи под жилищем понимается индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но предназначенное для временного проживания.<sup>2</sup>

Однако, та форма, в которой существует определение сейчас, не является совершенной, поскольку не охватывает ряда возникающих в правоприменительной практике случаев.

Рассмотрим несколько из них. Гражданин М. арендовал хозяйственную постройку, чтобы использовать ее для проживания, т.к. арендная плата за постройку была значительно ниже. Из этой постройки была совершена кража личного имущества вышеуказанного гражданина. Если при квалификации преступления мы будем руководствоваться примечанием к статье 139, то деяние будет квалифицировано по п. «б» ч.2 ст.158 УК РФ, а не по п. «а», ч. 3 ст. 158, т.к. в примечании указано, что помещение или строение должно быть предназначено для проживания, чтобы оно считалось жилищем. Но, если мы будем рассматривать право на неприкосновенность жилища как одну из составляющих конституционного права на неприкосновенность частной жизни, то можно утверждать, что жилище является отображением этой самой частной жизни. Жилище – это место, где человек хранит личные вещи, которые его характеризуют. Также жилище – это место, где происходит закрытая жизнь человека. По этим критериям хозяйственная постройка подпадает под определение «жилище».

Также возникают определенные затруднения при квалификации деяний, предусмотренных статьями 158, 162 УК РФ, при совершении их из мест, не предназначенных для постоянного проживания, а являющимися местом временного нахождения. Например, кража из купе поезда, каюты, больничной палаты. Верховный Суд РСФСР в опубликованном обзоре судебной практики по делам о хищениях указал, что любое место временного нахождения лица нельзя относить к жилищу. Но, вместе с тем, кража, совершенная из каюты капитана судна либо кают членов экипажа считается совершенной из жилища.

Судебная практика достаточно противоречива, поэтому считается возможным выделить ряд дополнительных признаков для «иных помещений и строений, не входящих в жилищный фонд, но предназначенных для временного проживания». Ведь жилище - это то место, в котором человек удовлетворяет свои хозяйственно-бытовые потребности, среда, в которой формируется его частная жизнь в изолированной от общества обстановке, а уже потом объект,

<sup>1</sup> "Уголовный кодекс РСФСР" (утв. ВС РСФСР 27.10.1960) (ред. от 30.07.1996).

<sup>2</sup> "Уголовный кодекс Российской Федерации" от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 07.12.2011) (с изм. и доп., вступающими в силу с 06.01.2012).

предназначенный для проживания и собственность. Поэтому в определении жилища должны быть отображены все вышеперечисленные признаки, чтобы не возникало необоснованного отнесения к объектам салонов автомобилей, купе поезда и так далее.

Определение жилища может звучать следующим образом: индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но предназначенное и (или) используемое для временного проживания, удовлетворения хозяйственно-бытовых, а также иных социальных нужд в обособленной от окружающей среде.

## Возрастные пределы уголовной ответственности

Волынщикова Татьяна Сергеевна  
студентка 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Борьба с правонарушениями несовершеннолетних - одна из наиболее важных сторон всего процесса противодействия преступности в российском обществе.

Достижение определенного возраста является необходимым условием для привлечения к уголовной ответственности. История развития отечественного и зарубежного уголовного законодательства знает примеры различных, в основном более низких, возрастных границ уголовной ответственности, и знает примеры отсутствия таких формально закрепленных границ в уголовном законе, когда возможность привлечения к ответственности решалась не законодателем, а правоприменителем в каждом конкретном случае<sup>1</sup>.

УК РФ установил два возрастных уровня наступления уголовной ответственности. По общему правилу за совершение подавляющего большинства преступлений уголовная ответственность наступает с шестнадцати лет. Только за некоторые преступления, общественная опасность и противоправность которых, как показывает многолетний опыт, очевидна и для подростков, достигших четырнадцати лет, уголовная ответственность наступает по достижении этого возраста.

В настоящее время вопрос о минимальном возрасте уголовной ответственности является дискуссионным. Достаточно многими авторами высказываются соображения о необходимости снижения общего возраста уголовной ответственности.<sup>2</sup>

Согласно п. 4 Пекинских правил<sup>3</sup> универсальным критерием возрастной способности лица к виновной ответственности является его эмоциональная, духовная и интеллектуальная зрелость. Однако, на избрание оптимального возрастного минимума, допускающего уголовную ответственность, в каждой стране влияет множество факторов, обусловленных политическими, социальными, экономическими предпосылками.

Например, те, кто предлагает понизить возрастной предел уголовной ответственности, мотивируют это следующим: опасность многих преступлений

---

1 Кадников Н.Г. О некоторых проблемах уголовного законодательства Российской Федерации / Н.Г. Кадников // Уголовному кодексу Российской Федерации 10 лет (итоги и перспективы): Сб. науч. ст. / Под ред. Н.Г. Кадникова. М.: Контакт, 2006. С. 23.

2 Комиссаров В.С. Российское уголовное право. Общая часть / Под ред. В. С. Комиссарова. СПб.: Питер, 2005. С. 206.

3 Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила) (приняты 29.11.1985 Резолюцией 40/33 на 96-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // СПС КонсультантПлюс.

настолько очевидна, а их запрещенность - общеизвестна, что это понимают подростки значительно моложе 14 - 16 лет, а совершение этих деяний лицами такого возраста не редкость. Эта позиция встречает возражения, которые опираются на очевидные факты: понижение возраста ответственности повлечет криминализацию большого массива деяний, а социально-экономические изменения последнего десятилетия привели к тому, что досуг детей не организован, выросло число малообеспеченных семей, встала проблема беспризорности детей и мы не имеем морального права вменять им в вину совершение общественно опасных деяний.<sup>1</sup>

Но с позицией С.П. Минина мы не спешим согласиться ввиду того, что указанные проблемы - это уже проблемы исполнения наказания, а не определения пределов уголовной ответственности. Действительно, понижение возраста уголовной ответственности повлечет криминализацию большого массива деяний, однако, «мы имеем полное моральное право» вменять им в вину совершение общественно опасных деяний, так как это прямая задача уголовного законодательства, а вот вопрос причин и последствий это уже задача иных отраслей права: семейного, уголовно-исполнительного и т.д.

Как показывает практика последних лет, все больше жестоких общественно опасных деяний совершается лицами, не подлежащими уголовной ответственности в связи с недостижением определенного возраста.

По нашему мнению, по ряду преступлений, необходимо снизить возраст привлечения к уголовной ответственности, но при этом необходимо обеспечить процедуру привлечения к уголовной ответственности специальным охранительным механизмом ввиду специфичности субъекта привлекаемого к уголовной ответственности. То есть с учетом возраста обеспечить дифференциацию и индивидуализацию уголовной ответственности для данных субъектов.

Все согласны с тем, что за действия лица, не достигшего определенного возраста, например, 14 лет, моральную ответственность несут его родители, опекуны, воспитатели, государство. Однако отрицание возможности снижения возраста привлечения к уголовной ответственности ввиду социальных и политических причин проблему не решает, как не решает и задач, стоящих перед уголовным законодательством.

Необходимо отметить и тот факт, что особой криминализации большого массива деяний не последует ввиду ограничения перечня преступлений с пониженным возрастом уголовной ответственности наиболее тяжкими насильственными и корыстно-насильственными деяниями, что не вызовет резкого увеличения числа несовершеннолетних, вовлеченных в уголовно-правовую сферу, и поэтому не дестабилизирует работу органов предварительного расследования и суда.

По мнению В.М. Давыденко, основных способов установления возрастных пределов привлечения к уголовной ответственности два: календарный и фактический. При календарном в уголовном законе фиксируется

---

<sup>1</sup> Минина С.П. Преступность несовершеннолетних. - СПб.: Юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 1998. С. 14, 42.

определенное количество лет от момента рождения человека. Например, по статье 20 УК РФ это 16 лет, а по ряду преступлений - 14 лет. Уголовно-правовая доктрина исходит из того, что к этим возрастным периодам человек обретает степень социальной зрелости, которая необходима для возложения на него уголовной ответственности. Он уже способен понимать суть уголовно-правовых запретов и последствий их нарушения, осознавать характер и значение своих действий, контролировать собственное поведение. Социальная зрелость складывается из достаточного к тому времени уровня психофизиологического развития и приобретенного за эти годы социального опыта.<sup>1</sup>

Однако в действительности степень социальной зрелости несовершеннолетних различна. Различия могут быть обусловлены индивидуальными (в пределах нормы) особенностями биологического развития организма, наличием соматической и психической патологии, социальными факторами. Иными словами, лицо, формально достигшее определенного календарного возраста, на деле может ему не соответствовать. И если отставание подростка в психическом развитии значительно, то уголовной ответственности он нести не должен. Ибо фактически он не отвечает подразумеваемым законодателем (ч.3 ст.20 УК РФ) требованиям к уровню социальной зрелости субъекта преступления<sup>2</sup>.

По мнению В.М. Давыденко, внедрению данного подхода в практику уголовного судопроизводства препятствуют следующие обстоятельства. Во-первых, возрастные параметры, определенные статьей 20 УК РФ (16 и 14 лет), взяты законодателем, что называется, с запасом. Он согласен с мнением С. Шишкова, который утверждает: понимание запретности и наказуемости преступлений, а также способность к сознательно-волевому контролю своих поступков формируются у ребенка значительно раньше. Установление более высокого возраста в сравнении с тем, когда у человека впервые появляется способность к регулированию поведения, объясняется общегуманными соображениями. Следовательно, вывод о том, что фактический возраст несовершеннолетнего ниже его календарного возраста, вовсе не означает, что такое лицо лишено способности должным образом контролировать свои действия. Упомянутый запас как бы нивелирует уголовно-правовую значимость индивидуальных различий в социально-психологическом развитии, лишая их статуса обстоятельства, освобождающего от ответственности.<sup>3</sup>

Пользоваться категорией "фактический возраст" допустимо лишь при наличии четких возрастных стандартов, представляющих собой систему нормативных (свойственных определенному возрасту) социально-психологических характеристик. Причем стандарты должны быть едиными и иметь строгую научную основу. Таких стандартов в России сейчас нет.

---

1 Давыденко В.М. Уголовно-правовое значение возраста для дифференциации ответственности несовершеннолетних / В.М. Давыденко // Адвокат. 2011. N 3. С. 36.

2 Селезнева Н.А. Субъективные основания уголовной ответственности несовершеннолетних / Н.А. Селезнева // Актуальные проблемы российского и зарубежного права: Материалы научной конференции аспирантов кафедры гражданского и трудового права РУДН. Москва, 25 января 2002 г. - М.: Статут, 2003. С. 368.

3 Давыденко В.М. Уголовно-правовое значение возраста для дифференциации ответственности несовершеннолетних / В.М. Давыденко // Адвокат. 2011. N 3. С. 36.

Категория фактического возраста не основана на действующем законе. УК РФ не содержит деления единого понятия "возраст, с которого наступает уголовная ответственность" на какие-то виды или составляющие (возраст календарный, паспортный, фактический, психологический), равно как и не регламентирует возможность определения, насколько несовершеннолетний реально соответствует своему возрасту.

Необходимо отметить и проблему недостаточности и низкой эффективности применения к несовершеннолетним альтернативных уголовному наказанию мер воздействия за совершение деяний, характеризующихся повышенной общественной опасностью. В такой ситуации уголовная безответственность создает настроение "взаимной амнистии", влечет адаптацию морали к нарушениям законности, разрушает чувство социальной справедливости, снижает престиж права и законности.

По справедливому мнению Г.С. Гаверова, возможность применять уголовно-правовые меры к несовершеннолетним 12 - 13-летнего возраста будет основываться на совокупной оценке содеянного, его последствий, личности и мотивации, поскольку ориентация в данном вопросе только на распространенность деяния является проявлением объективного вменения<sup>1</sup>.

На наш взгляд, снижение минимального возрастного привлечения к уголовной ответственности, уточнение объема уголовной ответственности для различных возрастных категорий несовершеннолетних способны придать большую стабильность уголовному законодательству и содействовать в реализации стоящих перед уголовным законом задач.

В качестве предложений по совершенствованию уголовного законодательства в области уголовной ответственности несовершеннолетних, важным, на наш взгляд, является то, что при установлении круга преступлений, за совершение которых ответственность может наступать с минимального возраста, нельзя исключать и степень общественной опасности совершаемых преступлений. Речь идет о таких, осознание тяжести которых в любом подростковом возрасте очевидно. По крайней мере, за такие преступления, как убийство, терроризм, бандитизм, разбой, захват заложника и другие преступления, связанные с насилием над человеком, вполне возможна ответственность и в более раннем возрасте (например, с 13 лет). Как при установлении минимального возраста уголовной ответственности, так и при решении вопроса о привлечении к уголовной ответственности подростков важное значение имеет глубокая разработка таких проблем, как возрастная вменяемость, эффективность системы воспитательного воздействия в отношении детей, совершивших общественно опасные деяния в малолетнем возрасте.

Таким образом, системное исследование названных и целого ряда проблем, связанных с преступностью несовершеннолетних, позволит определить и более четкие критерии для установления возрастных пределов уголовной ответственности, которые в большей мере соответствовали бы не

---

<sup>1</sup> Гаверов Г.С. Проблемы назначения наказания несовершеннолетнему преступностью / Г.С. Гаверов // Проблемы борьбы с преступностью / Г.С. Гаверов. - Омск: Манифест, 1978. С. 30.

только международно-правовым стандартам, но и уровню развития детей и общества.

## **К вопросу об объекте неправомерного завладения автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения**

Данилов Николай Александрович,  
студент 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Статья 166 УК РФ, предусматривающая ответственность за неправомерное завладение транспортным средством без цели хищения, находится в разделе 8 «Преступления в сфере экономики». Соответственно, родовым объектом ст. 166 УК РФ является экономика, под которой в широком смысле понимается специфическая сфера деятельности, охватывающая общественные отношения по поводу производства, распределения, обмена и потребления товаров, работ и услуг.<sup>1</sup>

Видовым объектом преступления, предусмотренного ст. 166 УК РФ, в соответствии с названием главы является собственность, а точнее отношения собственности, которые являются структурным элементом более сложного образования, именуемого экономическими отношениями.

А.И. Бойцов отмечает, что видовым объектом является собственность, т.е. отношения по поводу имущества, юридически выражающиеся в виде правомочий владения, пользования и распоряжения этим имуществом, которыми обладает собственник, и в обязанности других лиц (несобственников) воспринимать указанные правомочия как должные и не препятствовать их осуществлению.<sup>2</sup>

Напомним, что в УК РСФСР 1960 г. данный состав (название которого было угон автотранспортных средств – ст. 212<sup>1</sup> УК РСФСР) находился в главе «Преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения»<sup>3</sup>, до издания Федерального закона от 1 июля 1994 г. № 10-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР».<sup>4</sup> Поэтому видовым объектом данного посягательства считалась общественная безопасность, общественный порядок и здоровье населения. Ущерб общественной безопасности обосновывался обычно тем, что угон связан с завладением автотранспортными средствами лицами, как правило, не имеющими прав на управление транспортными средствами и уже потому представляющими

1 Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. М., 2007. С. 495.

2 Бойцов А.И. Преступления против собственности. СПб., 2002.

3 Уголовный кодекс РСФСР 1960 г. (с изм. и доп. на 15.12.1982). М., 1983. С. 120.

4 СЗ РФ. 1994. N 10. Ст. 1109.



потенциальную опасность во время нахождения за рулем для неопределенно широкого круга лиц, либо не располагающими информацией относительно чужого для него автотранспортного средства, т.е. не знающими, в исправности ли его тормозная или прочие влияющие на безопасность системы, либо находящимися в состоянии опьянения, что естественно для тех, кто под влиянием ситуативного мотива завладевает транспортным средством в поисках «острых ощущений». Причинение же ущерба собственнику транспортного средства, по справедливому замечанию А.И. Бойцова, как и отношениям собственности, было затушевано.<sup>1</sup>

В свою очередь, отметим, что угроза общественной безопасности в случаях неправомерного завладения транспортными средствами создается далеко не во всех случаях. Завладеть транспортным средством может лицо, имеющее права на управление им, и далеко не во всех случаях такие лица находятся в состоянии опьянения, поэтому не всегда подвергается опасности общественная безопасность. Но во всех случаях в рассматриваемом преступлении нарушается право собственности.

Л.Р. Аветисян, утверждая, что последствия незаконного завладения транспортным средством не присущи преступлениям против собственности, приводит статистику, свидетельствующую как раз о том, что общественная безопасность страдает далеко не во всех случаях. Так, в 38,2 % случаев угон был совершен лицом, находящимся в состоянии алкогольного опьянения, в 24,5 % случаев установлено состояние наркотического опьянения лица, угнавшего транспортное средство, и только в 29,5 % случаев такое лицо было трезвым. Лицо, находящееся в состоянии алкогольного или наркотического опьянения, неправомерно завладевшее автомобилем или иным транспортным средством, не только нарушает общественную безопасность, но и создает реальную угрозу окружающим, прежде всего участникам дорожного движения, что может повлечь и зачастую ведет к причинению вреда здоровью людей, включая их гибель.<sup>2</sup>

Как видно, материалы исследования еще раз подтверждают тот факт, что общественная безопасность нарушается не во всех случаях, а вот отношениям собственности причиняется вред каждый раз при неправомерном завладении транспортным средством, так как в таких случаях собственник или другой законный владелец всегда лишается возможности использовать транспортное средство по своему усмотрению. И это обстоятельство подтверждает правильность расположения ст. 166 УК РФ в главе 21 УК РФ.

К этому добавим, что нахождение ст. 166 УК РФ и ст. 211 УК РФ в разных главах также вполне обоснованно. Совершенно очевидно, что угон того транспорта, который является предметом преступления, предусмотренного ст. 211 УК, посягает, в первую очередь, на общественную безопасность, а уже лишь во вторую – на отношения собственности. К тому же бесспорен явный дисбаланс опасности, к примеру, от угона воздушного судна и от угона

---

<sup>1</sup> Бойцов А.И. Указ. соч. С.739.

<sup>2</sup> Аветисян Л.Р. К вопросу об объекте неправомерного завладения автомобилем или иным транспортным средством // Вестник Челябинского гос. ун-та. Право. 2009. № 15. С. 81 – 84.

мотоцикла. Кроме того, мало у кого есть специальные права, свидетельства пилота, машиниста которые являются необходимыми для управления авиа и железнодорожным транспортом, по сравнению с лицами, которые имеют водительское удостоверение, необходимое для управления автомобилем.

Поэтому считаю правильным законодательное решение о расположении нормы об ответственности за неправомерное завладение транспортным средством без цели хищения в главе «Преступления против собственности».

Таким образом, видовым объектом преступления, предусмотренного ст. 166 УК РФ, являются отношения собственности, а именно общественные отношения по поводу имущества, юридически выражающиеся в правомочии владения, пользования и распоряжения.

Дальнейшая конкретизация объекта достигается за счет выделения непосредственного объекта.

В уголовно-правовой литературе небезосновательно данное преступление относят к многообъектным.<sup>1</sup> Речь в данном случае идет о многообъектности на уровне непосредственного объекта.

В качестве основного непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 166 УК, в уголовно-правовой литературе называют конкретную форму собственности.<sup>2</sup> Таким образом, имеется в виду та форма собственности, в которой находится похищенное чужое имущество. В соответствии с законодательством РФ выделяются следующие формы собственности: частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. А.И. Коробеев также считает, что угоном причиняется вред и интересам собственности, ибо угоняемый автомобиль (или иное транспортное средство) на какое-то время неправомерно изымается из владения и пользования собственника.<sup>3</sup> А.И. Бойцов в качестве особенности неправомерного завладения транспортным средством выделяет то, что оно, не ставя под сомнение право собственности в полном объеме на предмет завладения, посягает лишь на право пользования им, о чем свидетельствует отсутствие цели хищения в данном составе.<sup>4</sup> Л.Д. Гаухман и С.В. Максимов определяют основным непосредственным объектом преступления в виде неправомерного завладения автомобилем или иным транспортным средством общественные отношения по владению, пользованию и распоряжению имуществом.<sup>5</sup>

Бесспорен тот факт, что основным непосредственным объектом исследуемого преступления являются отношения собственности. Однако для его конкретизации, необходимо проанализировать содержание правомочий владения, пользования и распоряжения.

---

1 Российское уголовное право: курс лекций. Т. 4. Преступления в сфере экономики / под ред. А.И. Коробеева. Владивосток, 2000. С. 113; Уголовное право. Особенная часть: учебник / ред. И.Я. Козаченко. М., 2008. С. 290.

2 Уголовное право. Особенная часть: учебник / ред. И.Я. Козаченко. С. 290 и др.

3 Российское уголовное право: курс лекций. Т. 4. Преступления в сфере экономики / Ред. А.И. Коробеев. С. 114.

4 Бойцов А.И. Указ. соч. С. 740.

5 Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Ответственность за преступления против собственности. С. 142.

Правомочие владения представляет собой юридически обеспеченную возможность фактического контроля над имуществом<sup>1</sup> или реального ею обладания.<sup>2</sup>

Правомочие пользования осуществляется путем извлечения собственником в своих интересах из имущества его полезных свойств, для которых имущество предназначено. По общему правилу именно собственнику принадлежат продукция, плоды и доходы, полученные в результате эксплуатации имущества.<sup>3</sup>

Распоряжение является правомочием, реализация которого направлена на определение юридической судьбы имущества: продавать, дарить, сдавать в аренду, отдавать в залог и т.д. Как правило, оно осуществляется путем совершения гражданско-правовых сделок, но может выражаться и в совершении односторонних, не порождающих обязательства третьих лиц, действий, например, таких как уничтожение имущества.<sup>4</sup>

При неправомерном завладении транспортным средством его собственник или уполномоченное им лицо в период выбывания транспортного средства из владения не может ни владеть, ни пользоваться, ни распоряжаться им, так как виновный препятствует собственнику осуществлять свои полномочия по использованию транспортного средства, лишает собственника возможности, иногда на длительное время, самому пользоваться и распоряжаться транспортным средством, и тем более владеть им.

Поэтому стоит прийти к выводу, что посягательство происходит на все три правомочия. Но такая ситуация имеет временный характер: собственник восстанавливается во всех трех правомочиях по возвращении ему угнанного транспортного средства. Таким образом, основной непосредственный объект исследуемого преступления совпадает с его видовым объектом.

Нельзя признать удачным предложение отдельных авторов рассматривать в качестве непосредственного объекта конкретную форму собственности, определяемую принадлежностью похищенного имущества: «государственная, кооперативная, частная собственность»,<sup>5</sup> «государственная, частная, муниципальная собственность либо собственность отдельных организаций».<sup>6</sup> Выделение непосредственного объекта целесообразно, когда дробление родового объекта на составные элементы имеет юридическое значение. В данном случае это недопустимо потому, что Конституция РФ провозгласила равную защиту любых форм собственности. Поэтому для квалификации по ст. 166 УК РФ не имеет значения, к какой форме собственности относится похищенное имущество.<sup>4</sup>

У исследуемого преступления есть и факультативный объект – общественная безопасность, а точнее отношения в сфере безопасного

1 Ершов В.А., Сутягин А.В., Кайль А.Н. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу РФ 2009 г. // Консультант-Плюс.

2 Комментарий к Гражданскому кодексу РФ Ч.1(постатейный) / отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1997. С. 416.

3 Ершов В.А., Сутягин А.В., Кайль А.Н. Там же.

4 Ершов В.А., Сутягин А.В., Кайль А.Н. Там же.

5 Российское уголовное право: Особенная часть / ред. М. П. Журавлев, С. И. Никулин. М., 2003. С. 137.

6 Уголовное право России. В 2 т. Т. 2. Особенная часть / ред. А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков. М., 2003. С. 176.

4 О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за преступления против собственности: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.04.1995 № 5 (ред. от 27.12.2002) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 7; 2003. №2.

функционирования транспорта. Такой вывод мы обосновали при рассмотрении видового объекта исследуемого преступления.

Однако некоторые авторы считают данный объект дополнительным. Так, к примеру, А.В. Комаров делается акцент на двуобъектном характере состава рассматриваемого преступления, при этом общественные отношения в области обеспечения общественной безопасности признает именно дополнительным, а не факультативным объектом неправомерного завладения транспортным средством.<sup>1</sup> С.М. Кочои также предлагает безопасность движения и эксплуатации транспорта считать дополнительным непосредственным объектом преступления.<sup>2</sup>

Напомним, что в качестве основного отличия факультативного объекта от дополнительного выступает то обстоятельство, что дополнительному объекту при совершении конкретного преступления обязательно причиняется вред, а факультативному - может и причиняться, а может и не причиняться. Как было отмечено выше, иногда лицо, неправомерно завладевшее транспортным средством, может и не нарушать правил движения, поэтому можно констатировать, что отношения в сфере безопасного функционирования транспорта страдают не всех случаях совершения преступления, предусмотренного ст. 166 УК РФ. Поэтому такой объект является факультативным.

---

1 Комаров А.В. Неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (угон): уголовно-правовые и криминологические аспекты: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008.

2 Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. М., 1998. С. 168.

## **Проблемы реформирования института понятых в уголовном судопроизводстве**

Данилов Никита Владимирович,  
студент 3 курса прокурорско-следственного факультета  
Иркутского Юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Подрезов Арсений Дмитриевич  
студент 3 курса прокурорско-следственного факультета  
Иркутского Юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Варпаховская Елена Михайловна  
к.ю.н., заведующая кафедрой организации методики уголовного  
преследования Иркутского Юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Институт понятых, образованный в России после проведения судебной реформы 1864 года, уже на протяжении более 150 лет остается важнейшим элементом досудебного производства по уголовным делам. В настоящее время, в условиях построения правового государства и формирования гражданского общества, он рассматривается как наиболее эффективный и массовый элемент общественного контроля над деятельностью правоохранительных органов.

В свете заявлений Президента РФ, предложившего руководителям ряда правоохранительных структур проработать вопрос о ликвидации института понятых как такового<sup>1</sup>, особую значимость приобретает поиск эффективной ему замены. В качестве таковой предлагается использование технических средств, в частности – видеофиксации всего хода следственного действия. В этой связи следует упомянуть, что на сегодняшний день ч. 3 ст. 170 УПК РФ в отдельных случаях предусматривает возможность замены участия понятых на технические средства фиксации хода и результатов следственного действия. Более того, в том случае, если возможность использования технических средств фиксации отсутствует, то следователю предоставляется право заверить этот факт соответствующей записью. Однако такой порядок его проведения является исключением, но не правилом.

В соответствии со ст. 60 УПК РФ, понятой – это незаинтересованное в исходе уголовного дела лицо, привлекаемое следователем (дознавателем) для удостоверения факта производства следственного действия, его содержания, хода и результатов. Таким образом, законодатель возлагает на понятого

---

<sup>1</sup> Черткова Н.Я. Понятых не зовут [Электронный ресурс] / Н.Я. Черткова // Российская газета – Москва, 2011 – № 5627 – Режим доступа: <http://www.rg.ru/2011/11/08/popyatye-site.html> Дата обращения: 24.03.2012.

двойственную задачу: не только удостоверить сам факт проведения следственного действия, но и в полной мере осознать его содержание.

На сегодняшний день, УПК РФ предусматривает одиннадцать следственных действий, участие понятых при производстве которых является обязательным. Это следственные действия, предусмотренные ст. ст. 115, 177, 178, 181-184, ч. 5 ст. 185, ч. 7 ст. 186, 193, 194 УПК РФ. Очевидно, что такая позиция законодателя объясняется особым характером вышеуказанных следственных действий, т.к. большинство из них потенциально связано с ограничением конституционных прав и свобод граждан. Представляется, что участие понятых в следственных действиях этой категории является своего рода дополнительной гарантией соблюдения установленного порядка их проведения.

Анализируя приведенные выше положения уголовно-процессуального закона во взаимосвязи, нетрудно придти к выводу: законодатель отдает безоговорочное предпочтение подтверждению порядка производства следственного действия живым человеком, а не техническими средствами. Объяснение тому очевидно: восприятие окружающего мира человеком в разы шире и многообразнее, нежели самая профессиональная и всеобъемлющая видеосъемка. Скорость реакции человека на внешние раздражители, его способность к периферическому зрению, способность к ощущению запахов, температуры предметов и воздуха, и ряд других, не менее значимых способностей, позволяют при необходимости с высокой точностью воссоздать картину произошедшего<sup>1</sup>.

При внимательном рассмотрении, ставшее традиционным противопоставление института понятых техническим средствам фиксации, выглядит искусственным. Именно органичное взаимодополнение результатов технической фиксации и показаний понятых способно в полной мере восстановить события, произошедшие в прошлом, с включением мельчайших деталей. Поэтому наиболее логичным и эффективным выглядит не замена понятых на технику, а их взаимодополняющее совмещение.

На сегодняшний день, в случае использования средств видеофиксации при проведении следственного действия, участие понятых является гарантией идентичности событий, зафиксированных на видеозаписи, событиям, нашедшим свое отражение в тексте протокола следственного действия. В случае же проведения следственного действия с видеофиксацией без участия понятых, такое соответствие достоверно установить возможным не представляется. Таким образом, протокол следственного действия и его видеозапись искусственно разделяются, а значит, у видеозаписи, произведенной во время проведения следственного действия, появляется возможности признания отдельным вещественным доказательством по уголовному делу. Однако это противоречит самой сущности видеофиксации как средства удостоверения следственного действия и проводимой во время него, и фактически влечет за собой производство двух следственных действий одновременно. Признание видеозаписи самостоятельным доказательством

---

<sup>1</sup> Немов С.Р. Общие основы психологии : в 3 т. / Немов С.Р. - 2-е изд. - М. : Знание; Т. – 2, С. 153-158.

чревато возникновением процессуальной возможности оспаривания ее достоверности, что неизбежно будет использовано подозреваемым (обвиняемым) в качестве способа затягивания сроков производства по уголовному делу.

Одним из основных минусов, которые становятся очевидными при рассмотрении сущности института понятых, является сложность, а зачастую и якобы невозможность поиска незаинтересованных лиц для привлечения в качестве понятых. Нельзя не признать существование данного обстоятельства, однако обязательное использование видеофиксации не только не снимает этой проблемы, но и с нашей точки зрения, ее усугубляет, переводя в другую плоскость. Это связано с тем, что производство качественной видеосъемки возможно лишь при условии привлечения квалифицированного специалиста, что влечет за собой ряд неразрешимых вопросов. Одним из предлагаемых вариантов<sup>1</sup> является прикрепление к следственным подразделениям специалистов по проведению видеосъемки на постоянной основе (в ином случае возникает еще большая проблема поиска специалиста), однако учитывая интенсивность производства следственных действий, обеспечение участия специалиста в связи с его загруженностью может стать непреодолимым препятствием для следователя (дознателя). Кроме того, наличие штатного специалиста по видеосъемке во многом увеличивает риск проведения ее не в соответствии с требованиями УПК РФ, в связи с высокой вероятностью вступления специалиста в сговор с недобросовестным следователем (дознателем).

Аналогия между выше описанной ситуацией и так называемыми «штатными» понятыми очевидна. В качестве метода противодействия существованию последних возможно применение буквального толкования ст. 60 УПК РФ – в части требований, предъявляемых к понятым. Так, в соответствии с п.2 ч.2 ст. 60 УПК РФ, понятыми не могут быть участники уголовного судопроизводства. Это означает, что привлечение лица в качестве понятого дважды по одному и тому же уголовному делу прямо противоречит указанной норме. Учитывая количество следственных действий, производимых по одному уголовному делу, подобное толкование закона существенно затруднит привлечение в качестве понятых лиц, подверженных влиянию сотрудников правоохранительных органов.

Одним из наиболее очевидных аргументов к отказу от понятых в пользу видеофиксации является имеющая место практика признания доказательств по уголовному делу в ходе судебного разбирательства недопустимыми, вследствие умышленного искажения понятыми действительного хода следственного действия при допросе в качестве свидетелей. На наш взгляд, одним из вариантов решения данной проблемы является допрос понятого в качестве свидетеля на этапе предварительного расследования. В целях же избегания зачастую имеющих место голословных обвинений в использовании непроцессуальных методов воздействия, считаем возможным поддержать

---

<sup>1</sup> Скобликов П.А. Уголовный процесс – ключевые проблемы / П.А. Скобликов. – Уголовный процесс - ключевые проблемы. – М: Практика, 2009 – 243 с. – С. 142.

предложение некоторых практических работников о том, что следователь (дознатель) может приглашать на время проведения допроса, имеющего особую важность, прокурорского работника районного (городского) звена. Последний может в последующем быть приглашен в судебное заседание и дать пояснения относительно хода допроса, что позволит стороне обвинения парировать возможное изменение показаний понятого в суде.



## Новеллы уголовного законодательства, касающиеся категорий преступлений

Дерменева Виктория Евгеньевна,  
студентка 2 курса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Мирончик Анна Сергеевна,  
к.ю.н., старший преподаватель кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

В России принят закон, направленный на гуманизацию и гармонизацию уголовного законодательства страны. Еще в сентябре 2011 года Государственной Думой Федерального Собрания РФ в первом чтении был принят проект Федерального закона № 559740-5 о внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и отдельные законодательные акты РФ, внесенный Президентом РФ Д.А. Медведевым.

В октябре того же года состоялись парламентские слушания по этому законопроекту, где он подвергся серьезной критике представителями вузовской науки, судейского корпуса, адвокатуры, членов Общественной палаты РФ и др.

В ст. 15 УК РФ появилась следующая новелла: с учетом фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности суд вправе при наличии смягчающих наказание обстоятельств и при отсутствии отягчающих наказание обстоятельств изменить категорию преступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию преступления при условии, что за совершение преступления, указанного в части третьей настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее трех лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за совершение преступления, указанного в части четвертой настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее пяти лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за совершение преступления, указанного в части пятой настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее семи лет лишения свободы(пп. «в» п.1 ст.1 ФЗ)<sup>1</sup>.

Очевидно, что для осуществления «перехода» с более тяжкой категории преступления на более мягкую суд должен соблюсти определенные условия. «Переход» возможен только при:

- ✓ наличии смягчающих обстоятельств;
- ✓ отсутствии отягчающих обстоятельств;
- ✓ назначении наказания в виде лишения свободы, не превышающего: при «переходе» с категории средней тяжести на категорию небольшой тяжести - не превышающее трех лет лишения

---

<sup>1</sup> О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации: ФЗ РФ от 7 дек. 2011 г. № 420-ФЗ (с послед.изм.) // [http://www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=LAW;n=122864]

свободы; при «переходе» с категории тяжкого преступления на категорию средней тяжести - не превышающее пяти лет лишения свободы; при «переходе» с категории особо тяжкого преступления на категорию тяжкого - не превышающее семи лет лишения свободы

✓ учете фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности.

Что касается смягчающих обстоятельств, то, по всей видимости, учитывать для применения этого положения следует не любое или любые смягчающие обстоятельства, а лишь те, которые влияют на понижение именно общественной опасности преступления.

Не совсем понятно установление пределов назначаемых сроков лишения свободы, при которых можно осуществить переход.

При обусловливании изменения категории тяжести преступления со средней на меньшую и с тяжкой на среднюю законодатель ориентировался на максимальный срок наиболее строгого наказания, предусмотренного в статьях Особенной части УК РФ, за более «мягкую» категорию тяжести преступления. Так, к преступлениям небольшой тяжести относятся умышленные и неосторожные деяния, максимальный срок наказания за которые предусмотренный статьями Особенной части УК РФ, не превышает трех лет лишения свободы. В свою очередь, переход со средней тяжести на меньшую возможен, если назначенное наказание не превышает трех лет лишения свободы. Аналогичная взаимосвязь прослеживается и при изменении категории тяжести с тяжкого на среднюю: в определении преступления средней тяжести речь идет о сроке лишения свободы, не превышающем пяти лет, в определении условия «перехода» - также о сроке лишения свободы, не превышающем пяти лет.

Установление общих правовых последствий для преступлений небольшой и средней тяжести свидетельствует о недооценке характера и степени общественной опасности второй категории преступлений – преступлений, причиняющих существенный вред личности, обществу и государству.<sup>1</sup>

Однако при изменении и категории тяжести преступления с особо тяжкой на тяжкую такой зависимости не прослеживается. К тяжким преступлениям относятся умышленные деяния, максимальный срок наказания за которые в статьях Особенной части УК РФ не превышает десяти лет лишения свободы, а «переход» возможен при назначении наказания, не превышающего семи лет лишения свободы. Полагаем, законодателю следовало быть последовательным и в этом случае возможность изменения категории с особо тяжкого на тяжкое следовало связать с назначением наказания, не превышающего десяти лет лишения свободы.

Изучение судебной практики показало, что суды во многих случаях за преступления средней тяжести с учётом обстоятельств дела и личности осуждённого назначают наказание в виде лишения свободы, не превышающего двух лет. В то же время считается, что такой осужденный совершил

---

<sup>1</sup> Крылова Н. К вопросу о гармонизации и гуманизации уголовного закона // Уголовное право. 2011. №6. С.27-28.

преступление средней тяжести, и для него наступают соответствующие правовые последствия. В связи с этим в целях индивидуализации наказания и вынесения справедливых приговоров предлагается наделить суд полномочием при наличии смягчающих наказание обстоятельств и при отсутствии отягчающих наказание обстоятельств изменить категорию преступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию преступления.<sup>1</sup>

Изменения в ст.15 УК РФ представляют право суду корректировать свой ранее вынесенный приговор. При этом неясно, в каком порядке будет реализовываться эта норма, так как предусматривается, что вопрос об изменении категории преступления суд решает при постановлении приговора.

Помимо этого следует отметить, что у юристов в целом вызывает много вопросов возможность замены категории преступления по таким особо тяжким составам, как простое убийство (ч.1 ст.105 УК РФ), умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (ч.3, 4 ст.111 УК РФ), квалифицированные составы похищения человека (ч.2,3 ст.126 УК РФ) и т.д.<sup>2</sup>

Следует отметить и тот факт, что повышение максимального срока наказания при квалификации преступлений небольшой тяжести вместе с фактическим запретом на применение лишения свободы по данной категории составов переводит в эту категорию такие составы, как убийство в состоянии аффекта (ч.1. ст.107 УК РФ), умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью (ч. Ст.112 УК РФ), истязание (ч.1 ст.117 УК РФ), получение взятки (ч.1 ст.290 УК РФ) и другие преступления, которые обладают повышенной опасностью.

Получается, что такие изменения противоречат задачам уголовного закона и принципу справедливости, потому что уголовное наказание не соответствует совершенному преступному деянию, что, естественно, приведет к увеличению рецидивистов.

Изменение категоризации преступлений повлечет ослабление уголовно-правовой защиты прав потерпевших.

Стоит заметить, что изменение границ наказуемости преступлений небольшой тяжести не сопровождается в Законе пересмотром давностных сроков для этой категории (ст.78, 83 УК РФ). Получается, что возникает ситуация, когда максимальный срок наказания за преступление небольшой тяжести (три года) будет ниже, чем срок давности привлечения к уголовной ответственности по данному преступлению – два года.<sup>3</sup>

Конечно, данные изменения могут вызвать много трудностей при применении этих положений на практике. Например, учет судом фактических обстоятельств, что противоречит с уголовно-процессуальным законодательством, в частности гл. 40 УПК РФ, где суд не исследует фактические обстоятельства преступления, а исследует лишь личность.

Н. Крыловой представляется некорректным указание на наличие смягчающих обстоятельств и отсутствие отягчающих обстоятельств,

1 Толмачев В. Президент за гуманизацию уголовного кодекса // <http://www.jurpartner.ru/archives/565>

2 Тасалов Ф. УК гуманизируется, дисбаланс остается // Юрист. 2011. № 26. С.3.

3 Крылова Н. К вопросу о гармонизации и гуманизации уголовного закона // Уголовное право. 2011. №6. С.29.

аргументирует она это тем, что, как показывает судебная практика, зачастую суды не усматривают в совершенном преступлении наличия отягчающих обстоятельств, а усматривают, напротив, только смягчающие обстоятельства – как раз по тяжким и особо тяжким преступлениям, так как для этих преступлений законодатель устанавливает определенные квалифицирующие признаки: наступление тяжких последствий, применения насилия и т.д.<sup>1</sup>

Резюмируя изложенное, заметим, что в целом произошедшие изменения в отношении категоризации преступлений являются либерализацией уголовного закона, находятся в русле современной уголовной политике, однако законодателью следует вносить соответствующие изменения не точечно, а системно, внося соответствующие изменения последовательно, с учетом других уголовно-правовых норм.

---

<sup>1</sup> Там же. С.30

## **Проблемы соотношения условного осуждения и наказания в виде ограничения свободы**

Жилионис Борис Андреевич,  
студент 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

В 2010 году в России вступили в силу нормы о применении наказания в виде ограничения свободы. Формально, оно существовало в уголовном праве достаточно давно, с 1 января 1997 года, когда вступил в силу Уголовный кодекс Российской Федерации. Однако, ограничение свободы в том виде, как его предусматривал УК РФ, так и не было введено в действие. Вступившие в силу с 1 января 2010 года поправки в УК РФ серьезно видоизменили первоначальный замысел законодателя. Ограничение свободы теперь может быть назначено в качестве, как основного, так и дополнительного наказания.

В предыдущей редакции ст.53 УК РФ под ограничением свободы понималось содержание осужденного, достигшего к моменту вынесения судом приговора восемнадцатилетнего возраста, в специальном учреждении без изоляции от общества в условиях осуществления за ним надзора. Уголовно-исполнительный кодекс РФ ранее устанавливал, что осужденные к ограничению свободы должны отбывать наказание в специальных учреждениях - исправительных центрах.

В таком виде ограничение свободы было бы полезно при наказании ситуационных преступников, которых и оставить на свободе нельзя, чтобы не почувствовали безнаказанность и лишать свободы неразумно. Подразумевалось, что люди, вырванные из неблагоприятно влияющего на них окружения, будут находиться под контролем и не за решеткой, так как в дневное время могут передвигаться без ограничений или с минимальными ограничениями.

Статьей 4 Федерального закона от 13.06.1996 № 64-ФЗ «О введении в действие Уголовного кодекса РФ» предусматривалось, что данный вид наказания будет введен в действие федеральными законами по мере создания необходимых условий для исполнения этого вида наказания, но не позднее 2005 года. Но эти условия в указанный период и долго после этого срока, так и не были созданы, и нормы УК и УИК об ограничении свободы оставались не действующими.

Федеральным законом № 377-ФЗ от 27.12.2009г. в Уголовный Кодекс РФ были внесены существенные изменения, касающиеся назначения уголовного наказания в виде ограничения свободы.

Ограничение свободы, в соответствии с новой редакцией ст. 53 УК РФ, заключается в установлении лицу, признанному виновным в совершении преступления определенных ограничений. Их соблюдение контролируется специализированным органом – уголовно-исполнительной инспекцией по месту жительства или пребывания осужденного.

Также суд обязывает осужденного являться на регистрацию в инспекцию от одного до четырех раз в месяц.

В случае злостного уклонения осужденного от отбывания ограничения свободы, назначенного в качестве основного вида наказания, суд по представлению специализированного государственного органа, осуществляющего надзор за отбыванием осужденными наказания в виде ограничения свободы, может заменить неотбытую часть наказания принудительными работами или лишением свободы из расчета один день принудительных работ за два дня ограничения свободы или один день лишения свободы за два дня ограничения свободы.

Получается, что в российском уголовном законодательстве появился новый вид наказания под старым названием. Из текста новой редакции статьи об ограничении свободы исчезло упоминание об исправительных центрах. Отбывают наказания осужденные теперь по месту жительства.

Расширено понятие наказания в виде ограничения свободы. Помимо запрета покидать место проживания в определенное время суток, суд имеет право накладывать следующие ограничения: не посещать определенные места, расположенные в пределах территории соответствующего муниципального образования, не выезжать за пределы территории соответствующего муниципального образования, не посещать места проведения массовых и иных мероприятий и не участвовать в указанных мероприятиях, не изменять место жительства или пребывания, место работы и (или) учебы без согласия специализированного государственного органа, осуществляющего надзор за отбыванием осужденными наказания в виде ограничения свободы.

С одной стороны, эти изменения - положительное явление. При большем разнообразии видов наказаний у судей появляется возможность более эффективно применять индивидуализацию наказания. В то же время, в Российском уголовном законодательстве уже давно есть институт условного осуждения. В настоящее время сложилось так, что фактически, правовое положение осужденных к ограничению свободы почти не отличается от правового положения условно осужденных лиц.

В соответствии со статьей 73 УК РФ суд, применяя условное осуждение, одновременно возлагает на условно осужденного определенные обязанности: не менять постоянного места жительства, работы, учебы без уведомления специализированного государственного органа, осуществляющего контроль за поведением условно осужденного, не посещать определенные места, пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании или венерического заболевания, трудиться (трудоустроиться) либо продолжить обучение в общеобразовательном учреждении. Суд может возложить на условно

осужденного исполнение и других обязанностей, способствующих его исправлению.

Как видим, ограничения на изменение постоянного места жительства, работы, учебы без уведомления специализированного государственного органа и на посещение определенных мест, предусмотренные в ч. 1 ст. 53 УК РФ для осужденных к ограничению свободы фактически не отличаются от обязанностей условно осужденных, воспроизведенных с незначительными текстуальными изменениями в ч. 5 ст. 73 УК РФ.

На первый взгляд никаких проблем не возникает при назначении ограничения свободы в качестве основного наказания. Иная ситуация складывается, когда ограничение свободы назначается в качестве дополнительного. Дополнительные наказания при условном осуждении, как известно, исполняются реально<sup>1</sup>.

Так, назначая лишение свободы условно и ограничение свободы в качестве дополнительного вида наказания, суд может устанавливать в отношении осужденного во многом дублирующие обязанности и ограничения. Однако в этом случае основное и дополнительное наказания по содержанию правоограничений будут частично или полностью совпадать.

А это является нарушением принципа справедливости. Ведь согласно ч. 1 ст. 6 УК РФ наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. Следовательно, «двойной эффект» одновременного применения обязанностей, вытекающих из испытательного срока условного осуждения, и ограничений, отражающих содержание реального наказания в виде ограничения свободы, не адекватен характеру и степени общественной опасности совершенного преступления<sup>2</sup>.

Такое дублирование произошло вследствие того, что наказание в виде ограничения свободы, в том виде, в котором оно сейчас есть – результат применения зарубежного опыта без учета отечественной практики специфики исполнения наказаний. Мы имеем дело с заимствованием, а не с самостоятельным отечественным правовым творчеством<sup>3</sup>.

Еще одна проблема возникает при применении ограничения свободы в качестве дополнительного к лишению свободы наказания по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях. Речь идет о лицах, отбывших длительные сроки лишения свободы. Вполне вероятно, что после освобождения, у лица может не оказаться ни места жительства, ни работы. Получается, что человек автоматически становится нарушителем. Поэтому, сначала целесообразно решить социальные проблемы только что освободившегося лица, а затем уже накладывать на него соответствующие обязанности.

---

<sup>1</sup>О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания: Пост. ПВС РФ от 11 января 2007 г. №2. // Информ-поисковая система: Консультант Плюс: Версия Проф.

<sup>2</sup>Тепляшин П.В. Уголовное наказание в виде ограничения свободы: проблемы законодательной регламентации и эффективности в специальном предупреждении преступности // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2010. № 4. С.55.

<sup>3</sup>Головко Л.В. Альтернатива лишению свободы – очередная химера? // ЭЖ – Юрист. 2010. №3. С.1.

В развитых странах действует именно такой механизм: государство сначала решает социальные проблемы освобожденного, а затем уже накладывает на него соответствующие обязанности (этим чаще всего занимается специальный судья по исполнению наказания) и следит за их исполнением<sup>1</sup>.

Ограничение свободы в том виде, в котором оно сейчас есть, трудно назвать полноценным уголовным наказанием, скорее принудительным воздействием во многом схожим с условным осуждением.

В целом более весомым карательным воздействием обладает условное осуждение, поскольку на осужденного может быть возложен более широкий круг обязанностей, чем при ограничении свободы (сравниваем ч. 1 ст. 53 и ч. 5 ст. 73 УК). К тому же, минимальная продолжительность испытательного срока при условном осуждении – шесть месяцев, а нижний предел ограничения свободы как основного наказания – всего два месяца; максимальная продолжительность испытательного срока при условном осуждении также больше (пять лет), чем верхний предел ограничения свободы (четыре года).

Решить вопрос дублирования обязанностей, предусмотренных статьями 53 и 73 УК РФ можно, исключив возможность применения ограничения свободы в качестве дополнительного наказания.

В целом же необходимо скорректировать содержание ограничений, устанавливаемых при назначении наказания в виде ограничения свободы, либо обязанностей, возлагаемых на условно осужденного. Необходимо сделать открытым список ограничений, указанных в статье 53 УК РФ, а обязанности, возлагаемые на условно осужденного исчерпывающими.

---

<sup>1</sup>Головко Л.В. Альтернатива лишению свободы – очередная химера? // ЭЖ – Юрист. 2010. №3. С. 10



**Сравнительно-правовой анализ уголовного законодательства об ответственности за возбуждение ненависти либо вражды, унижение достоинства человека по признакам расы, национальности, отношения к религии, принадлежности к какой-либо социальной группе**

Копнина Алёна Владимировна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Бушмин Сергей Иванович,  
к.ю.н. доцент кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

В истории человечества не существовало периода времени, когда не проводилось бы различий между людьми по тем или иным признакам. В догосударственный период эти признаки были достаточно просты – признак пола, возраста, положения в общине. С развитием общества дифференциация людей только усиливается. Свежи еще в истории события XX века, когда фашистская Германия и ее сторонники отстаивали идею расового превосходства, а Советский союз устраивал гонения религиозных деятелей. С одной стороны, произошла ни одна смена эпох, а дискриминация людей все еще имеет место. С другой стороны, исходит она уже не от имени общества или государства, а от отдельных лиц или их групп.

Статья 282 Уголовного кодекса Российской Федерации устанавливает ответственность за совершение действий, направленных на возбуждение ненависти либо вражды, а также на унижение достоинства человека либо группы лиц по признакам пола, расы, национальности, языка, происхождения, отношения к религии, а равно принадлежности к какой-либо социальной группе, совершенные публично или с использованием средств массовой информации.

Аналогичные деяния криминализированы во многих странах мира, хотя и не во всех. Например, в Соединенных Штатах Америки уголовная ответственность за подобные деяния не устанавливается. Это объясняется отстаиванием идей демократии и свободы слова, как ее неотъемлемого элемента, которая не может быть ограничена.

Однако чаще государства осознают, что такие действия опасны не только для частных лиц, их групп, но и для целых государств и даже мира и безопасности человечества в целом. В уголовных кодексах многих стран устанавливается ответственность за их совершение. Тем не менее, позиции законодателей относительно области общественных отношений, которым причиняется вред рассматриваемым преступлением, а следовательно, места в Особенной части уголовного кодекса, различны.

Зачастую в качестве видového объекта преступления признаются общественные отношения в области охраны общественного порядка (УК Швейцарии<sup>1</sup>, Голландии, Республики Польша, Турции). Чуть реже указывается, что исследуемое преступление угрожает миру и безопасности человечества (УК Латвийской Республики, Федеративной Республики Германия<sup>2</sup>, Республики Беларусь). Но в большинстве уголовных кодексов в качестве объекта исследуемого преступления признаются общественные отношения в области охраны тех или иных прав: конституционных прав и свобод человека и гражданина (УК Испании), личных прав и свобод человека и гражданина (УК Украины), прав и свобод человека (УК Грузии), демократических прав граждан (УК Китайской Народной Республики), прав граждан (УК Республики Болгария). УК Эстонской Республики в качестве видového объекта преступления выделяет общественные отношения по охране государства. И только УК Литовской Республики указывает на конкретные отношения, которым причиняется вред преступлением – отношения по охране равенства и свободе совести.

Так как равенство людей независимо от различных признаков – это основополагающий принцип сосуществования их в человеческом обществе, стоит согласиться с законодателями тех государств, которые называют объектом посягательства мир и безопасность человечества.

Объективная сторона, согласно всем рассматриваемым уголовным законам, может выполняться только действиями. Однако перечни действий различны.

Чаще всего в объективную сторону рассматриваемого преступления законодатели включают возбуждение (разжигание) или призывы (подстрекательство) к вражде и (или) ненависти, дискриминации. Такой подход оправдан, поскольку именно данное деяние составляет сущность рассматриваемого преступления. Так, разжигание (призывы, возбуждение, подстрекательство, пропаганда) ненависти криминализованы в УК ФРГ, Швейцарии, Республики Польша, Республики Болгария, Литовской Республики, Голландии, Украины, Турции и КНР. Возбуждение (подстрекательство, разжигание) вражды указываются в УК Турции, Эстонской Республики, Республики Беларусь, Украины. О пропаганде (призывах, побуждении, возбуждении) дискриминации говорится в УК КНР, Латвийской Республики, Швейцарии, Голландии, Эстонской Республики. Кроме того, УК Республики Беларусь криминализирует возбуждение розни, а УК Швейцарии – распространение идеологии, которая направлена на систематическую дискриминацию. УК Латвийской Республики говорит о действиях, акцентирующих внимание на ненависти или вражде. Подобная формулировка кажется размытой, что недопустимо для конструкции уголовно наказуемого деяния.

Согласно правилам русского языка призывы, о которых говорят некоторые уголовные законы, направлены на возбуждение внимания широкого,

---

1 Уголовный кодекс Швейцарии. Особенная часть. // URL: [http://www.admin.ch/ch/d/sr/311\\_0/index.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/index.html). Дата обращения: 13.03.2012.

2 Уголовный кодекс Федеративной Республики Германия. Особенная часть. – URL: <http://constitutions.ru/archives/5854/4>. Дата обращения: 13.03.2012.

не персонифицированного круга лиц. Подстрекательство заключается в склонении другого лица или определенной группы лиц к совершению преступления<sup>1</sup>. Это понятие уже давно используется Уголовным кодексом РФ. Пропаганда (от лат. *propagare* – распространять) означает распространение и внушение взглядов, идей, мнений с целью позитивно или негативно настроить аудиторию (любого состава – от нескольких человек до масс и общества в целом) и стимулировать ее реакции в желательном направлении<sup>2</sup>. Понятия разжигания и возбуждения являются синонимами<sup>3</sup> и означают действия, дающие импульс, стимул, толчок к чему-либо<sup>4</sup>. Исходя из всего изложенного, наиболее удачным кажется употребление термина «возбуждение». Это понятие шире и включается в себя в качестве способов призывы, подстрекательство, пропаганду.

Еще один блок криминализованных деяний составляет то или иное ограничение прав и свобод человека и гражданина. О нарушении прав и свобод говорится в УК Украины. А УК Эстонской Республики выделяет эти действия в отдельный состав самостоятельного преступления. Нарушение равноправия криминализовано в УК Грузии. В некоторых странах криминализованы более частные случаи нарушения равноправия: установление прямых или косвенных преимуществ по определенным признакам (УК Украины, Эстонской Республики (отдельный состав)), отказ в предоставлении публичной услуги (УК Швейцарии). Думается, что выделение перечисленных действий в составе исследуемого преступления излишне, поскольку они составляют скорее самостоятельные преступления.

Во многих странах в объективную сторону рассматриваемого преступления входят действия, унижающие достоинство человека или группы лиц (УК Украины, Республики Беларусь, Литовской Республики, ФРГ). В ряде стран криминализовано оскорбление (УК Швейцарии), оскорбление чувств граждан (УК Украины<sup>5</sup>), части народа (УК Турции<sup>6</sup>). А УК Литовской Республики указывает на издевательства над человеком или группой лиц по конкретным признакам.

В некоторых уголовных кодексах призывы (возбуждение, побуждение) к насилию (физической расправе, актам произвола) включены в состав рассматриваемого деяния (УК ФРГ, Голландии, Литовской Республики, Эстонской Республики). Следуя логике законодательной техники, удачнее было бы включить последнее деяние в качестве квалифицирующего признака в общий состав преступления о насилии.

Специфическое деяние криминализовано в УК Польши – пропаганда фашистского или иного тоталитарного государственного режима. Организация (содействие, участие) пропагандистских акций включена в объективную

1 Словарь юридических терминов. – URL: <http://dic.academic.ru>. Дата обращения 14.03.2012.

2 Новая философская энциклопедия. – URL: <http://terme.ru>. Дата обращения 14.03.2012.

3 Словарь русских синонимов. – URL: <http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-synonyms-term-72035.htm>. Дата обращения 14.03.2012.

4 Словарь синонимов. – URL: <http://enc-dic.com/synonym/Vozbuzhdenie-8912.html>. Дата обращения 14.03.2012.

5 Уголовный кодекс Украины. Особенная часть. – URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>. Дата обращения: 13.03.2012.

6 Уголовный кодекс Турции. Особенная часть. – URL: <http://constitutions.ru/archives/5851/4>. Дата обращения: 13.03.2012.

сторону состава преступления УК Швейцарии. Думается, это деяние могло бы составить квалифицированный состав рассматриваемого преступления.

Небольшую группу деяний составляют проявления положительного отношения к преступлениям. Например, УК Швейцарии криминализует оправдание исследуемого преступления или геноцида. А в Турции уголовно наказуемы восхваление или одобрение совершения преступлений. Кроме того, в УК Турции называется такое специфическое деяние как подстрекательство народа к неповиновению законам. Полагается, перечисленные деяния должны быть выделены в самостоятельные статьи соответствующих кодексов.

В основном законодатели формулируют состав данного преступления как формальный. Однако встречаются страны, где рассматриваемое преступление имеет в качестве обязательного признака определенные общественно опасные последствия. Так, УК Испании устанавливает уголовную ответственность за действия лица, которые побудили дискриминацию, ненависть или насилие в отношении групп или объединений по определенным в законе признакам. А УК Грузии отмечает, что деяние должно существенным образом ущемлять права человека. Думается, конструкция рассматриваемого преступления должна быть формальной. Возбуждение ненависти, призывы к дискриминации, оскорбления по конкретным признакам опасны сами по себе вне зависимости от того, наступили какие-либо последствия или нет.

Зачастую указанные действия должны быть совершены публично. Это подчеркивают УК Швейцарии, Голландии, Республики Польша, Литовской Республики, Турции и Республики Болгария<sup>1</sup>. Хотя УК Республики Болгария и ФРГ прямо не называют признак публичности, это вытекает из формулировки способов, посредством которых могут быть выполнены действия, входящие в объективную сторону преступления. Так, УК Республики Болгария отмечает, что действия эти могут быть совершены устно, в печати, через электронные системы информации или иным способом (то есть перечень открыт). А УК ФРГ говорит о способе, способном нарушить общественное спокойствие. Такая формулировка не исключает признака публичности. Помимо этого, законодатели некоторых стран усиливают ответственность за совершение деяния публично. Например, УК Литовской Республики<sup>2</sup> усиливает ответственность за публичные издевательства, оскорбления на почве ненависти, призывы к дискриминации группы лиц по определенным в законе признакам. А УК Турции – за совершение преступления через средства массовой информации, либо с помощью аудиокассет, видеокассет, пластинок, газет, журналов либо путем тиражирования, либо распространения рукописей, либо вывешивания объявлений или плакатов в общественных местах.

Субъект преступления во всех уголовных законах в рассматриваемых статьях общий – вменяемое физическое лицо, достигшее возраста уголовной

---

1 Уголовный кодекс Республики Болгария. Особенная часть. – URL: <http://pravoto.com/site/zakonodatelstvo/kodeksi/508-nakazatelen-kodeks-nk>. Дата обращения: 13.03.2012.

2 Уголовный кодекс Литовской республики. Особенная часть. – URL: [http://www.infolex.lt/portal/start\\_ta.asp?act=doc&fi=pop&doc=66150&title=Lietuvos%20Respublikos%20baud%C5%BEiatnasis%20kodeksas](http://www.infolex.lt/portal/start_ta.asp?act=doc&fi=pop&doc=66150&title=Lietuvos%20Respublikos%20baud%C5%BEiatnasis%20kodeksas). Дата обращения: 13.03.2012.

ответственности. Однако УК Литовской Республики отмечает, что ответственность по данной статье может нести и юридическое лицо.

Удивительное единство позиций наблюдается по поводу определения субъективной стороны преступления. Согласно всем без исключения рассматриваемым уголовным законам субъективная сторона характеризуется умышленной формой вины. Однако одним из важнейших элементов субъективной стороны являются те признаки, которые выделяют законодатели как мотивы ненависти, вражды, унижения достоинства и иных указанных действий. Эти признаки перечислены в уголовных законах, однако их количество колеблется от 1 (УК КНР<sup>1</sup>, Республики Болгария) до 15 (УК Грузии).

Наиболее часто встречается признак расовой принадлежности и отношения к религии (УК Республики Польша, Швейцарии, Украины, Голландии, Литовской Республики, Испании, Турции, ФРГ, Латвийской Республики, Республики Болгария и Республики Беларусь<sup>2</sup>, Грузии, Эстонской Республики). Нередко упоминается и признак национальности (УК Республики Польша, Литовской Республики, Латвийской Республики, ФРГ, Республики Беларусь, Грузии, Эстонской Республики). Таким образом, практически все страны признают необходимость защиты расового, национального равенства и равенства лиц вне зависимости от их отношения к религии.

Признак этнической принадлежности называют уголовные законы стран, населенных множеством различных этнических групп (УК Швейцарии, Украины, Республики Польша, Испании, Латвийской Республики, ФРГ, Грузии), права которых защищаются на равных основаниях. Такой мотив проведения различий между людьми как признак пола указывается реже (УК Украины, Голландии, Литовской Республики, Испании, Грузии). Подобная позиция кажется ошибочной. Признание полового равенства людей уже давно существует на международном уровне. Равенство полов – признак цивилизованного общества. Проведение различий по признаку пола недопустимо, и должно караться уголовным законом.

Дискриминация людей по признаку убеждений (внутренних, личных, политических), взглядов и идеологии криминализована лишь в половине рассматриваемых уголовных законов (УК Украины, Голландии, Испании, Литовской Республики, Грузии, Эстонской Республики<sup>3</sup>). Еще реже указывается такой признак различия людей, как их происхождение (УК Украины, Литовской Республики, Испании, Грузии). В ряде стран защищается равенство лиц по признаку сексуальной ориентации (УК Голландии, Литовской Республики, Испании). Однако широкого распространения данная позиция не получила. Во много это обусловлено политикой страны по отношению к сексуальным меньшинствам.

Помимо перечисленного встречается также защита от дискриминации по признаку языка (УК Украины, Литовской Республики, Грузии).

---

1 Уголовный кодекс Китайской Народной Республики. Особенная часть. – URL: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1247252&subID=100110722,100110731,100110740,100111954#text>. Дата обращения: 13.03.2012.

2 Уголовный кодекс Республики Беларусь. Особенная часть. – URL: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=НК9900275&p2={NRPA}>. Дата обращения: 13.03.2012.

3 Уголовный кодекс Эстонской республики. Особенная часть. – URL: <http://constitutions.ru/archives/446>. Дата обращения: 13.03.2012.

Криминализованы различия между людьми по признакам болезненного состояния, инвалидности (УК Голландии<sup>1</sup>, Испании), социального, семейного, имущественного или должностного положения (УК Литовской Республики, Турции, Испании, Украины, Грузии). Различия по признаку принадлежности к общественному объединению запрещены УК Грузии.

Специальные мотивы предусмотрены УК Турции (классовые различия), УК Грузии (сословная принадлежность). Примечательно, что запрещены различия по признаку места жительства УК Украины, Грузии. Причем перечень признаков в УК Украины открыт.

В современном обществе люди различаются по огромному количеству признаков. Перечислить их все не представляется возможным. Однако, несмотря на эти различия, все люди равны. Исходя из этого, думается, перечень мотивов, по которым может быть совершено исследуемое деяние, должен быть открыт, как это сделал законодатель Украины.

В подавляющем большинстве исследуемых уголовных кодексов зарубежных стран предусматриваются квалифицирующие признаки. Таковых нет лишь в УК Швейцарии, Республики Польша, КНР.

Чаще всего законодатели повышают ответственность, если рассматриваемое преступление совершено с использованием служебного положения (УК Грузии), должностным лицом (УК Украины, Голландии, Латвийской республики, Республики Беларусь), ответственным работником предприятия, организации, либо с использованием автоматизированной системы обработки данных (УК Латвийской Республики<sup>2</sup>). Кроме того, УК Литовской Республики повышает ответственность за финансирование либо оказание иным образом материальной поддержки деятельности по возбуждению вражды.

В качестве обстоятельств, повышающих общественную опасность, указывается и на совершение преступления группой лиц (УК Голландии, Латвийской республики, Белоруссии) или если оно соединено с насилием, обманом, угрозами (УК Украины, Латвийской республики, Республики Беларусь). УК Литовской республики усиливает ответственность за публичные призывы к насилию и физической расправе с людьми или группой лиц по определенным в законе признакам. Помимо этого, некоторые уголовные законы предусматривают повышенную ответственность, если деяние повлекло гибель людей, причинение им увечий (УК Эстонской Республики) или иные тяжкие последствия (УК Грузии, Эстонской Республики, Республики Беларусь).

Виды наказания, предусматриваемые за совершение рассматриваемого преступления, примерно одинаковы, различается лишь их размер. Основным наказанием является лишение свободы, помимо которого предусматриваются следующие виды основных наказаний: ограничение свободы (УК Украины, Республики Польша, Литовской Республики), арест (УК Литовской Республики, Республики Беларусь, Эстонской Республики, КНР), штраф (УК Швейцарии,

---

1 Уголовный кодекс Голландии. Особенная часть. – URL: <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht.html>. Дата обращения: 13.03.2012.

2 Уголовный кодекс Латвийской республики. Особенная часть. – URL: <http://www.likumi.lv/doc.php?id=88966>. Дата обращения: 13.03.2012.

Украины, Голландии, Республики Польша<sup>1</sup>, Республики Болгария, Литовской Республики, Испании<sup>2</sup>, Латвийской Республики, ФРГ, Республики Беларусь, Грузии<sup>3</sup>, Эстонской Республики), общественные работы (УК Латвийской Республики), исправительные работы (УК Грузии), надзор (УК КНР), лишение политических прав (УК КНР).

Примечательно, что уголовные законы стран, предусматривающих дополнительное наказание, указывают на определенный его вид – лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (УК Украины, Грузии).

Максимальный размер лишения свободы, включая ответственность по квалифицированным составам, составляет: двенадцать лет (УК Республики Беларусь), десять лет (УК Латвийской Республики, КНР), шесть лет (УК Турции), пять лет (УК Украины, ФРГ), четыре года (УК Республики Болгария), три года (УК Швейцарии, Литовской Республики, Эстонской Республики, Испании, Грузии), два года (УК Голландии, Республики Польша). Очевидно, что не все законодатели признают общественную опасность исследуемого деяния, поскольку предусматривают довольно разные размеры наказания. По российской классификации большинство рассматриваемых деяний относится к преступлениям небольшой или средней тяжести.

Подводя итог сравнительного анализа уголовного законодательства зарубежных стран, следует отметить, что общим для всех изученных уголовных кодексов является наличие статьи, устанавливающей ответственность за возбуждение вражды, розни, ненависти, а также дискриминации по каким-либо признакам (чаще по национальному, расовому или религиозному признакам). Однако в регламентации ответственности за данный вид преступления имеются существенные различия, которые касаются: определения объекта преступления; перечня действий, посредством которых может быть выполнена объективная сторона исследуемого преступления; дифференциации уголовной ответственности за данный вид преступлений посредством конструирования квалифицированных составов. Удачно сформулированные составы рассматриваемого преступления выделить сложно. Однако российскому законодателю предлагается обратить внимание на объект посягательства, устанавливаемый УК ФРГ, а также на перечень мотивов совершения исследуемого деяния, называемый УК Украины. Путем исследований, сравнительно-правового анализа законодательства со временем можно приблизиться к такому положению, когда данные нормы будут эффективно применяться на практике.

---

1 Уголовный кодекс Республики Польша. Особенная часть. – URL: <http://www.specprawny.pl/kodeks-karny-f43.html>. Дата обращения: 13.03.2012.

2 Уголовный кодекс Испании. Особенная часть. – URL: <http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>. Дата обращения: 13.03.2012.

3 Уголовный кодекс Грузии. Особенная часть. – URL: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241370&subID=100095257,100095259,100095266,100095432,100095479>. Дата обращения: 13.03.2012.

## **Противодействие легализации (отмыванию) преступных доходов: национальный и международный контекст**

Мелешко Денис Анатольевич,  
студент 4 курса прокурорско-следственного факультета  
Иркутского юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Васильева Яна Юрьевна,  
к.ю.н., профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин  
Иркутского юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Борьба с преступлениями в сфере экономической деятельности является традиционным направлением российской уголовной политики. Последние несколько лет все определеннее проявляется тенденция законодателя направленная на гуманизацию ответственности за преступления обозначенной группы, что не всегда положительно влияет на состояние законности и правопорядка в стране. Нижеследующие тезисы посвящены проблеме реформирования уголовного закона в контексте борьбы с преступлениями экономической направленности.

Бизнес — важнейший атрибут рыночной экономики, пронизывающий все её институты. Всякий бизнес имеет своей целью извлечение прибыли. Прибыль, как правило, опять же вкладывается в бизнес. Такова общая формула. Преступный бизнес - не исключение и подчиняется общим законам. Являясь теневым сектором экономики он, тем не менее, занимает значительную ее часть, при этом "разлагая" целое. Денежные средства, полученные незаконным путем, не пригодны для свободного использования. Преступный элемент, опасаясь использовать в товарообороте "грязные деньги" старается придать им вид законно заработанных, "отмывая" от преступного следа. Данный процесс в теории российского уголовного права получил название "легализации (отмывания)".

Термин "отмывание" ("отстирывание") денег не случаен и находится в прямой связи с прачечными. Так, во времена "сухого закона" один из представителей чикагской мафии, загнанный налоговой полицией, купил сеть прачечных. Каждый вечер он добавлял к доходам от этой сети результаты тайной продажи алкоголя. Официально термин "отмывание денег" впервые был использован в 1980-х гг. в США применительно к доходам от наркобизнеса, впоследствии он устоялся в международно-правовых актах.

В РФ термин "легализация" (отмывание) впервые был введен в Уголовный кодекс РФ (ст.174, 174-1) в 1996 г. Исходя из содержания норм



действующего российского законодательства<sup>1</sup> понятие легализации (отмывания) преступных доходов базируется на двух основных признаках: первый - совершение действий с преступными доходами; второй - цель действия, т.е. придание правомерного вида владению, пользованию или распоряжению такими доходами. При определении содержания уголовно-правовых понятий, представляется необходимым исходить из международных требований, принятых на себя РФ. Международно-правовая база, в аспекте рассматриваемого вопроса, достаточно обширна, но при этом сводится к следующим основополагающим актам: Конвенция Совета Европы "Об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности", принятая 8 ноября 1990 г., Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности принятая 15 ноября 2000 г., Конвенция ООН против коррупции, принятая 31 октября 2003 г. Положения вышеобозначенных актов позволяют выделить следующие международно-правовые признаки понятия легализации: первый - совершение действий; второй - двоякая цель: сокрытие или утаивание преступного источника имущества (дохода) или оказание помощи любому лицу, участвующему в совершении основного правонарушения с тем, чтобы оно могло уклониться от ответственности за свои деяния. Сравнительный анализ отечественного законодательства и принятых к выполнению международных обязательств показывает ограниченное исполнение последних. Так, в статьях 174 и 174-1 УК РФ предметом преступления являются денежные средства или иное имущество, приобретенные преступным путем или в результате совершения преступления, но Конвенция Совета Европы 1990 г. закрепляет, что предметом преступления являются денежные средства, приобретенные в результате не преступления, а правонарушения. Таким образом, законодатель ограничил действия международных актов на территории РФ.

Проблематика борьбы с легализацией преступных доходов в России обусловлена, в должной мере, фактом отставания от стран Евросоюза и США, как в принятии тематических законов о противодействии отмыванию денег, так и в создании специально уполномоченных на то подразделений. К примеру, в США уже в 1970 году был принят соответствующий закон, в 1990 году создан специализированный орган, во Франции это 1990 год, в Италии 1991. В то время как Россия пришла к принятию закона в 2001 году, специализированный орган – Федеральная служба по финансовому мониторингу - был создан лишь в 2002 году.

В 2010 году в России общее количество выявленных преступлений по ст. 174, 174-1 УК РФ составило 1762, это на 80% меньше, чем за аналогичный период 2009 года<sup>2</sup>. Данная тенденция представлялась бы более чем позитивной, не рассматривая мы ее через призму изменений, внесенных в ст.174, 174-1 УК РФ ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 07.04.2010 N 60-ФЗ. Резкое уменьшение уровня выявленных

1 См.: Федеральный закон "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма", статьи 174 и 174-1 УК РФ.

2 [http://www.mvd.ru/userfiles/file/statistics/stat\\_12\\_2009.pdf](http://www.mvd.ru/userfiles/file/statistics/stat_12_2009.pdf).

преступлений свидетельствует, в данном случае, отнюдь не о тотальном уменьшении количества фактов легализации в стране, а о невозможности их квалификации как преступных. Вышеуказанным законом были внесены изменения, согласно которым, в ч.1 ст. 174-1 УК впервые был введен нижний предел суммы финансовой операции с денежными средствами или другим имуществом, приобретенным лицом в результате совершения им преступления, размер которого составил 6 млн. рублей. Вместе с тем, законодатель ввел специальную цель субъективной стороны состава, установить которую, в большинстве своем, возможно лишь получив признательные показания легализующего. Применительно к ст. 174 УК крупный размер финансовой операции повышен с 1 млн. рублей до 6 млн. рублей. Все это искусственным образом сократило количество преступных фактов легализации, при этом, на деле, лишь узаконив приток криминальных капиталов, дав стимул развитию теневой экономики, наркобизнесу, терроризму. Более того, неоднозначной оценки требует предложение о необходимости полной декриминализации ст. 174.1 УК, содержащееся в Концепции модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. Законодательная реализация данного предложения существенно ослабит имеющийся арсенал средств борьбы с теневой экономикой.

Последствия подобных изменений дают повод лишней раз задуматься о необходимости столь кардинальной гуманизации уголовного законодательства, о применении более продуманных подходов. Концепция реформирования гражданского права, к примеру, создавалась несколько лет, ее результаты вынесены на широкое обсуждение, реформирование же в области уголовного права делается фрагментарно, отрывочно, логику рассуждений законодателя иногда сложно, а часто, как и в данном случае, просто невозможно уловить.

Достижение цели любого свойства подразумевает использование годных средств; потому интеграция нашей страны в мировое экономическое пространство будет осуществима лишь при наличии надлежащих правовых инструментов. Только при выполнении данного условия допустимо вести речь о планомерной модернизации государственности в целом, и о борьбе с развитием преступного бизнеса, в частности.

## **Принудительная передача детей как форма совершения геноцида**

Москалев Георгий Леонидович,  
аспирант кафедры уголовного права Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Конвенция ООН «О предупреждении преступления геноцида и наказании за него» 1948 года<sup>1</sup> (далее – Конвенция 1948 года) в статье 2 среди действий, которые могут образовывать геноцид, называет насильственную передачу детей из одной человеческой группы в другую. Примечателен тот факт, что запрет большинства действий, предусмотренных в данной статье, был обусловлен исторически. События, предшествующие принятию Конвенции 1948 года, представляли собой деяния, направленные на уничтожение расовых, национальных, этнических или религиозных групп, совершаемые практически во всех формах, названных в Конвенции. В качестве примеров таких событий можно привести уничтожение национальных меньшинств на территории современной Турции в начале XX века, а также преступления, совершенные руководством нацистской Германии в 1930-х – 1940-х годах. Исключением среди форм совершения геноцида является передача детей, которая в тот период еще не использовалась на практике для уничтожения человеческих групп.

Однако, даже в отсутствие исторических примеров уничтожения человеческих групп рассматриваемым способом, стоит признать совершение геноцида в форме передачи детей общественно опасным. В данном случае не идет речь об элиминировании группы путем физической ликвидации ее членов. Вследствие передачи ребенка из одной группы в другую, последний лишается возможности приобрести в процессе воспитания тот пласт культурного опыта, который характеризует и отличает одну человеческую группу от другой. Таким образом, ребенок фактически не сможет быть членом группы, отличительным культурным наследием которой он перестает обладать, либо не может получить. В результате численность таких групп уменьшается вплоть до полного исчезновения. Следовательно, включение рассматриваемого действия в качестве одной из форм совершения геноцида представляется целесообразным и необходимым.

На основании положений Конвенции 1948 года в новом Уголовном кодексе РФ 1996 года появилась статья 357, которая предусматривает уголовную ответственность за совершение геноцида. Во многом повторяя конвенциональные признаки понятия геноцида, статья 357 несколько иначе обозначила рассматриваемое действие, определив его как принудительную

---

<sup>1</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций «О предупреждении преступления геноцида и наказании за него» от 9.12.1948 // СПС «Консультант Плюс».

передачу детей.<sup>1</sup> Следует установить, в чем заключается отличие формулировок данного признака в указанных актах.

Во-первых, Конвенция 1948 года говорит о насильственной передаче детей, тогда как статья 357 УК РФ о принудительной передаче. Хотя термины в названных актах и отличаются, на наш взгляд, содержательное различие между положениями Конвенции 1948 года и статьи 357 УК РФ в исследуемой части отсутствует.

Очевидно, что при создании Конвенции 1948 года было невозможно учитывать дефиниции понятий «насилие» и «принуждение», выработанных доктриной для ныне действующего УК РФ. Как отмечают современные исследователи, принуждение, помимо физического или психического насилия, включает в себя также ненасильственные действия по ограничению свободы волеизъявления лица. Передача детей может осуществляться с использованием такого, ненасильственного принуждения, например, когда волеизъявление родителей ребенка ограничивается путем запираания в помещении, без непосредственного воздействия на их организм.<sup>2</sup> Возможность передачи детей подобным способом нельзя было не учитывать при создании Конвенции 1948 года. Поэтому мы считаем, что российский законодатель верно интерпретировал рассматриваемый признак, адаптировав его форму под терминологию, используемую в УК РФ. Следовательно, именно принуждение является обязательным способом геноцида, совершаемого в форме передачи детей. Принуждение может быть направлено на родителей ребенка или лиц, их заменяющих (родственников, опекунов). Представляется возможным использование принуждения и в отношении самих детей, а также третьих лиц, например педагогов детей, оказывающих сопротивление при осуществлении передачи.

Во-вторых, усматривается отличие конвенционного определения рассматриваемого действия от определения, данного в ст.357 УК РФ. Оно заключается в том, что норма российского уголовного законодательства не указывает, что дети должны передаваться из одной человеческой группы в другую. Такое упущение законодателя нельзя признать оправданным, поскольку в данном случае теряется важный признак геноцида. Показанный выше механизм геноцида, совершенного в рассматриваемой форме, позволяет сделать однозначный вывод о том, что уничтожение группы возможно только при передаче ребенка представителям другой человеческой группы, отличной от той, к которой принадлежат родители ребенка. Только таким образом возникает препятствие для усвоения или утраты тех качеств, которые определяют личность как члена той или иной группы.

Стоит отметить, что речь здесь может идти только о качествах, характеризующих личность как члена человеческой группы, которые не передаются по наследству. Иное понимание делает невозможным уничтожение группы, так как потеря физиологических признаков принадлежности ребенка к той или иной группе, например цвета глаз, волос и т.д., невозможна в принципе,

---

1 Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. №64-ФЗ (ред. от 07.03.2011 г.) // СЗ РФ от 17.06.1996. №25. Ст. 2954.

2 Гертель, Е. Разграничение понятий "насилие" и "принуждение" в уголовном праве / Е. Гертель // СПС «Консультант Плюс».

в том числе и в случае передачи его в другую группу. При этом передача должна осуществляться из одной национальной, этнической или религиозной группы в другую, соответствующего вида, группу.

Однако не все, указанные в ст.357 УК РФ человеческие группы определяются по не передаваемым по наследству признакам. Например, раса – это исторически сложившаяся группа людей, имеющих сходные, передаваемые по наследству внешние признаки (цвет кожи, волос, глаз, форма носа и губ, пропорции тела и т. д.).<sup>1</sup> Отсюда следует важный вывод: геноцид, совершаемый путем передачи детей из одной расовой группы в другую с целью полного или частичного уничтожения такой группы невозможен. Поэтому принудительная передача детей может посягать только на безопасность национальной, этнической или религиозной группы. Круг потерпевших здесь также ограничен указанными группами, а цель, преследуемая виновным, может быть направлена на полное или частичное уничтожение только национальной, этнической или религиозной групп.

Изложенное позволяет говорить о целесообразности выделения принудительной передачи детей в отдельную часть ст.357 УК РФ. Текст диспозиции такой нормы предлагается изложить в следующей формулировке: принудительная передача детей из одной национальной, этнической или религиозной группы в другую соответствующую группу, совершенная с целью полного или частичного уничтожения национальной, этнической или религиозной группы.

Отдельно стоит остановиться на еще одном термине, который используется в дефиниции рассматриваемого деяния, как в конвенции 1948 года, так и в ст.357 УК РФ, - «дети». Данное понятие характеризует лицо в контексте его связи с родителями. При этом данная связь не ограничивается сроком. Ребенок остается таковым для своих родителей вне зависимости от его возраста. Возникает вопрос: в каких возрастных границах находится лицо, принудительная передача которого составляет объективную сторону геноцида?

На наш взгляд, в ст. 357 УК РФ под детьми понимаются лица, не достигшие 18-летнего возраста. До 18 лет лицо формирует свою социальную роль как представителя той или иной национальной, этнической и религиозной группы, осознает ее. Соответственно, при передаче лица, не достигшего возраста 18 лет, в другую демографическую группу им легко могут быть потеряны качества, присущие его родителям, и не передаваемые по наследству. В пользу того, что в норме об ответственности за геноцид речь идет именно о лице, не достигшем 18 лет, говорит отраслевое законодательство России. Так, согласно ст. 54 Семейного кодекса ребенком признается лицо, не достигшее восемнадцати лет<sup>2</sup>. Следовательно, при принудительной передаче детей, как действия образующего геноцид, у родителей отбирается несовершеннолетний ребенок, т.е. лицо, не достигшее восемнадцати лет.

---

1 Прохоров, Б. Б. Экология человека. Понятийно-терминологический словарь [Электронный ресурс] / Б. Б. Прохоров. – Режим доступа: [www.human\\_ecology.academic.ru](http://www.human_ecology.academic.ru). – Загл. с экрана.

2 Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. №223-ФЗ (ред. от 30.06.2008 г.) // СЗ РФ от 01.01.1996. №1. Ст. 16.

Отметим, что такое понимание ребенка не противоречит положениям Конвенции 1948 года. Этот международно-правовой акт не указывает, в каких возрастных границах находится лицо, которое является ребенком. Таким образом, данный вопрос должен разрешаться внутри национального законодательства каждого государства отдельно.

Для полного уяснения содержания объективной стороны рассматриваемого преступления необходимо выяснить сущность понятия «передача». С нашей точки зрения, помимо собственно передачи ребенка из одной группы в другую это понятие включает также предшествующие стадии, без которых передача невозможна. Такими стадиями являются захват и перемещение ребенка из одной человеческой группы в другую. Захват выражается в неправомерном установлении физической власти над ребенком, сопряженном с ограничением его личной свободы передвижения. Перемещение может состоять в перевозке ребенка или перемещении другим способом. Ребенок перемещается в место, где происходит его передача другим лицам. По окончании передачи, совершающие геноцид лица утрачивают физическую власть над ребенком, а действие по передаче, считается окончанным. Все последующие деяния как совершающих геноцид лиц, так и тех, которым был передан ребенок, должны при необходимости получать самостоятельную правовую оценку.

Из сказанного следует, что помимо безопасности национальной, этнической и религиозной группы, выступающей основным непосредственным объектом геноцида, рассматриваемая форма совершения данного преступления затрагивает и другие объекты. Во-первых, передача детей ограничивает личную свободу ребенка. Согласно ст.27 Конституции РФ, личная свобода означает право каждого свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства.<sup>1</sup> Эти правом обладает каждый, в том числе и малолетний человек. В таком случае реализация права осуществляется не самим малолетним, а его родителями или лицами, их заменяющими. Следовательно, личная свобода несовершеннолетнего будет являться дополнительным обязательным объектом рассматриваемой формы геноцида. Во-вторых, передача, будучи совершенной с использованием физического или психического принуждения, может оказывать вред здоровью человека. Таким образом, здоровье человека также будет выступать в качестве дополнительного объекта. С учетом того, что принуждение может не повлиять на здоровье человека, данный объект следует признать факультативным для рассматриваемой формы совершения геноцида.

Мы уже отмечали, что в момент, когда совершающие геноцид лица утрачивают физическую власть над ребенком, действие по его передаче считается окончанным. Для признания окончанным всего преступления, предусмотренного статьей 357 УК РФ, необходима передача двух или более детей. Данный вывод исходит из буквальной интерпретации нормы, где говорится о совершении геноцида, путем передачи детей, а не одного ребенка. Таким образом, геноцид, совершаемый в рассматриваемой форме, состоит из

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с поправками от 30.12.2008 №6-ФКЗ, от 30.12.2008 №7-ФКЗ) // СПС «Консультант Плюс».

двух или более тождественных действий по передаче детей, направленных к общей цели – уничтожить национальную, этническую или религиозную группу, что характеризует исследуемое преступление как продолжаемое.

Рассмотрев все признаки принудительной передачи детей как способа совершения геноцида, следует провести его разграничение с другими преступлениями, посягающими на свободу личности, так как этот объект затрагивает и исследуемое деяние. Это необходимо, в частности, потому, что некоторые авторы считают, что похищение человека, торговля людьми и использование рабского труда при совершении геноцида могут выступать незаконными формами принудительной передачи детей.<sup>1</sup> Поэтому надо разграничить принудительную передачу детей и перечисленные преступления.

Основным непосредственным объектом преступления, предусмотренного ст.126 УК РФ, является свобода человека. Для исследуемой формы геноцида этот объект является дополнительным обязательным, а безопасность национальной этнической, расовой или религиозной группы – основным непосредственным объектом, на который похищение человека не посягает.

Объективную сторону принудительной передачи детей составляют захват ребенка, его перемещение и передача, совершенные с использованием обязательного для данного преступления принуждения. Объективная сторона похищения человека также включает захват и перемещение лица, однако целиком способ принуждения, присущий передаче детей, здесь обязательным не является. Передача похищенного лица не будет необходимым элементом объективной стороны похищения человека.

Отличительной характеристикой объективной стороны похищения человека является то, что захват и перемещение осуществляются с целью последующего удержания.<sup>2</sup> Действия виновного при совершении геноцида в рассматриваемой форме также направлены на последующее удержание несовершеннолетнего, однако оно отличается от удержания при похищении человека. Ключевое отличие здесь заключается в том, что удержание осуществляется другими лицами, а именно теми, кому ребенок передается. Виновный, совершая геноцид, рассчитывает, что в результате удержания несовершеннолетнего в другой человеческой группе, ребенок утратит или не получит тех социально-культурных отличий, которые характеризуют его как члена такой группы. Так в данном случае конкретизируется цель геноцида на полное или частичное уничтожение национальной, этнической или религиозной группы. Само же удержание в объективную сторону геноцида не входит.

Поэтому неверной представляется позиция авторов<sup>3</sup>, рассматривающих похищение человека как форму принудительной передачи детей. В силу названных приведенных отличий, геноцид и похищение человека всегда должны приобретать самостоятельную правовую оценку, а идеальная совокупность данных деяний исключается.

---

1 Такой позиции придерживается Иногамова-Хегай Л. В. / Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. А. Ашин [и др.]; под ред. А. И. Чучаева // СПС «Консультант Плюс».

2 Уголовное право России. Особенная часть: учебник / С. И. Бушмин [и др.]; под ред. И. В. Шишко. – М.: Проспект, 2012. – С. 85.

3 Иногамова-Хегай Л. В. / Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. А. Ашин [и др.]; под ред. А. И. Чучаева // СПС «Консультант Плюс».

Рассматриваемую форму совершения геноцида необходимо отграничивать от преступления, предусмотренного ст. 127.1 УК - торговля людьми. Основной непосредственный объект данного преступления – свобода человека. Для геноцида, совершенного в форме передачи детей данный объект будет дополнительным. Торговля людьми не затрагивает безопасность национальной, этнической или религиозной группы, которая является основным непосредственным объектом геноцида. Объективная сторона принудительной передачи детей, предусмотренной статьей 357 УК РФ, подразумевает не только установление физической власти над человеком и его последующее перемещение, но и его непосредственную передачу другим лицам. Торговля людьми предусматривает в качестве признаков объективной стороны преступные способы такой передачи: купля-продажа человека, иные сделки в отношении человека. Геноцид предполагает передачу детей любыми способами, в том числе и преступными. Например, не исключается передача ребенка на возмездной основе посредством его продажи в другую человеческую группу.

Для вербовки, перевозки, передачи, укрывательства и получения как способов совершения преступления, предусмотренного ст.127.1, законодатель установил специальную цель – эксплуатацию человека. Может показаться, что цель торговли людьми и цель геноцида (на уничтожение расовой, национальной, этнической или религиозной группы) несовместимы. Ведь невозможно предпринимать действия по продолжению эксплуатации и уничтожению лица одновременно. Однако, совершая геноцид в форме принудительной передачи детей, виновный не стремится к физическому уничтожению ребенка. Имеется расчет на предотвращение приобретения ребенком социально-культурных отличий национальной, этнической или религиозной группы, к которой принадлежит несовершеннолетний. Следовательно, фактическая элиминация группы, не идет в разрез с возможностью эксплуатации ребенка. Поэтому считаем возможным фактическое преследование лицом, совершающим геноцид и цели эксплуатации ребенка.

Торговля детьми, совершенная путем их фактической передачи в результате купли-продажи или другой сделки, при наличии признаков геноцида должны полностью охватываться статьей 357 УК РФ. Специальная цель геноцида отсутствует в качестве конструктивного признака субъективной стороны торговли людьми, а геноцид не направлен на эксплуатацию несовершеннолетнего, которая выступает целью торговли людьми, совершаемой путем вербовки, перевозки, передачи, укрывательства и получения. Следовательно, торговля детьми, совершенная путем вербовки, перевозки, передачи, укрывательства и получения с целью эксплуатации несовершеннолетних при наличии также признаков геноцида образует совокупность ст.357 и ст.127.1 УК РФ.

Рассмотрим отграничение принудительной передачи детей от использования рабского труда, предусмотренного ст.127.2 УК РФ. Использование рабского труда несовершеннолетних не посягает на



безопасность национальной, этнической и религиозной группы, которая является основным непосредственным объектом геноцида, совершаемого в форме принудительной передачи детей. Основным непосредственным объектом использования рабского труда – свобода личности, а также право человека на свободный труд. Свобода личности выступает дополнительным обязательным объектом принудительной передачи детей. При этом право человека на свободный труд в число дополнительных объектов геноцида не входит.

Имеются отличия и в объективной стороне этих преступлений. Деяние, предусмотренное ст.127.2 УК РФ, характеризуется использованием труда человека, в отношении которого осуществляются полномочия, присущие праву собственности, если лицо не может отказаться от выполнения работ.<sup>1</sup> Предшествующие использованию рабского труда деяния не охватываются объективной стороной ст.127.2 УК РФ. Геноцид, совершенный в исследуемой форме, в свою очередь не связан с использованием рабского труда человека. Последующие за передачей деяния «получателей» ребенка, в том числе и использование труда несовершеннолетнего, находятся за рамками объективной стороны принудительной передачи детей.

Еще одно отличие между этими деяниями заключается в том, что при использовании рабского труда виновные не преследуют специальную цель геноцида на полное или частичное уничтожение национальной, этнической или религиозной группы.

Между использованием рабского труда и принудительной передачей детей существуют значительные отличия. Поэтому нельзя согласиться с утверждением о том, что использование рабского труда может быть незаконной формой принудительной передачи детей.

---

<sup>1</sup> Уголовное право России. Особенная часть: учебник / С. И. Бушмин [и др.]; под ред. И. В. Шишко. – М.: Проспект, 2012. – С. 99.

## О признаках необходимой обороны, относящихся к защите от посягательства

Молчанова Марина Сергеевна,  
студентка 3 курса прокурорско-следственного факультета  
Иркутский юридический институт (филиал)  
Академия Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Кравцов Алексей Юрьевич,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин  
Иркутского юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

*«Страх беспощаден. Он показывает,  
что представляет собой тот или иной человек:  
не то, чего он хочет, а каков он на самом деле».*  
Фридрих Ницше

Понятие необходимой обороны дано в части 2 статьи 37 Уголовного кодекса Российской Федерации<sup>1</sup>. Необходимая оборона определена как защита от посягательства, не сопряженного с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия, является правомерной, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны, то есть умышленных действий, явно не соответствующих характеру и опасности посягательства.

Ученые выделяют большое количество признаков необходимой обороны. Рассмотрим наиболее важные:

1) с внешней стороны защита выражается в действии.

Особенностью защиты является ее активный характер, так как она противопоставляется посягательству и является неременным моментом необходимой обороны. Действия обороняющегося направлены на пресечение общественно опасного посягательства на охраняемые законом интересы, поэтому они должны являться контрнаступлением. Защита заключается в принуждении посягающего лица прекратить посягательство даже путем применения к нему насилия. Таким образом, защита вторгается в сферу охраняемых правом интересов посягающего. Действия же, направленные на парирование ударов, уклонение от них и другие формы пассивной защиты не могут являться необходимой обороной, так как не причиняют вред посягающему, поэтому нельзя согласиться с авторами, которые считают, что правомерная защита при необходимой обороне может выражаться как в активных, так и в пассивных действиях обороняющегося<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Уголовный Кодекс РФ.

<sup>2</sup> Слущкий И.И. Обстоятельства исключющие уголовную ответственность. Л., 1956. С. 68.

Бездействие не может пресечь посягательство. Профессор И.И. Якубович<sup>1</sup> писал: «если защита выражается в действиях, направленных к отражению удара, то она не является в юридическом смысле необходимой обороной». Только активная оборона представляет надежную гарантию от предстоящей опасности, так как «оборона, которая сводится только к тому, чтобы отразить удар, не обеспечивает действенной защиты».

По содержанию действие состоит в причинении физического и имущественного вреда. Например, пьяный П. стал избивать свою жену С. Затем придавил ее к перилам крыльца и начал сдавливанием шеи душить ее. Защищаясь, С. кухонным ножом, которым она чистила картошку, нанесла мужу смертельное ранение. Ее действия суд признал необходимой обороной.

2) вред должен быть причинен только посягающему

Причинение вреда третьему лицу, например, вследствие ошибки в посягающем или при отклонении действия, исключает непреступность защиты. Ответственность за такую «оборону» наступает на общих основаниях, т.е. в зависимости от наличия вины. Ст. 37 УК РФ прямо говорит, что необходимая оборона осуществляется «путем причинения вреда посягающему».

Следует отметить, что признаком необходимой обороны является лишь такой вред, который причинен посягающему непосредственным физическим воздействием. Если вред наступил в результате собственных действий посягающего, например, в случае, когда он делает движение, чтобы столкнуть человека с лестницы, а последний уклоняется от удара, в связи с чем нападающий по инерции сам летит вниз и разбивается, то вредный результат не может рассматриваться признаком необходимой обороны.

Может ли быть посягающим животное или это случай относящийся не к необходимой обороне, а к крайней необходимости?

Для ответа на этот вопрос нужно разобраться кто вообще может быть посягающим. Под посягающим в уголовном законодательстве подразумевается человек (один или несколько). Не логично было бы рассматривать под посягающим животное, которое вообще не обладает представлениями о правоохраняемых интересах, а действует на основе инстинктов. Животное может являться лишь орудием посягательства, которое использует собственник. В данном случае он и будет посягающим, поэтому причинение вреда нападшему животному будет расценено, как причинение имущественного вреда данному лицу. Совершенное при этих условиях действие является актом необходимой обороны и полностью подпадает под правила, регулирующие правомерность необходимой обороны. Если же животное нападает без влияния человека или является орудием посягательства, но не собственника, а другого лица, то данная ситуация должна рассматриваться по правилам крайней необходимости. В связи с этим должен решаться вопрос о материальной ответственности за вред, причиненный действиями защищающегося, но по правилам крайней необходимости.<sup>2</sup>

3) своевременность защиты.

<sup>1</sup>Якубович М.И. Учение о необходимой обороне в советском уголовном праве. М., 1967. С. 37.

<sup>2</sup>См., например, Орехов В.В. Указ.соч. С. 61.

Оборона считается своевременной, если она осуществлена в течение того времени, которое занимало посягательство, т.е. с начала общественно опасного действия, которым в умышленных преступлениях является покушение, до его фактического окончания. С фактическим прекращением посягательства исчезает и основание для осуществления необходимой обороны. Этот признак связан с принципом наличности посягательства.

Наличность посягательства означает, что уже возникла непосредственная опасность для жизни, здоровья личности, интересов государства и общества и оборона должна быть применена без промедления, защищающийся не должен ждать.

Бывают случаи, когда потерпевшему не ясен момент окончания посягательства, по данному вопросу дается толкование в пункте 5 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г.<sup>1</sup> «Разъяснить, что состояние необходимой обороны возникает не только в самый момент общественно опасного посягательства, но и при наличии реальной угрозы нападения. Состояние необходимой обороны может иметь место и тогда, когда защита последовала непосредственно за актом хотя бы и оконченого посягательства, но по обстоятельствам дела для оборонявшегося не был ясен момент его окончания. Переход оружия или других предметов, использованных при нападении, от посягавшего к оборонявшемуся сам по себе не может свидетельствовать об окончании посягательства.»

Наличное посягательство (то есть уже начавшееся, но еще не окончившееся) уже обладает способностью неминуемо, немедленно причинить вред охраняемым интересам. Под понятием наличного посягательства понимается «непосредственно предстоящее или уже начавшееся, но еще не окончившееся посягательство»

4) цель ответных действий – защита общественных отношений от причинения им вреда.

Цель необходимой обороны – защита охраняемых законом благ и интересов от причинения им вреда.

Круг объектов, защита которых допустима при необходимой обороне, определяется в ст. 37 УК РФ. Ими являются любые охраняемые законом интересы:

- личность и права обороняющегося и других лиц;
- охраняемые законом интересы общества;
- интересы государства.

Интересы, не охраняемые законом, не признаются объектами защиты при необходимой обороне. Например, нельзя применить необходимую оборону к человеку, который уничтожает собственное имущество, если он не создает угрозу общественной безопасности.

5) соразмерность защиты<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасного посягательства» //Бюл. ВС СССР. - 1984. - № 5

<sup>2</sup> Уголовное право России. Общая часть: Учебник/ Отв. Ред. Д.ю.н. Б.В. Здравомыслов. М.: Юристъ, 1996. С. 305-308

Согласно ч.1 ст. 37 УК РФ защита от нападения, сопряженного с насилием, опасным для жизни, или угрозой такого насилия, признается правомерной при причинении любого вреда нападающему. Что касается других общественно опасных посягательств, соразмерной следует признавать защиту, которая не находится в явном несоответствии с характером и степенью посягательства.

По мнению В.И. Ткаченко, «соразмерной следует считать защиту, в результате которой посягающему причинен не только меньший или равный вред по сравнению с общественной опасностью вреда, являющегося результатом действий нападающего, но и несколько больший»<sup>1</sup>.

В части 2<sup>1</sup> статьи 37 УК РФ говорится, что не является превышением пределов необходимой обороны действия оборонявшегося лица, если это лицо вследствие неожиданности посягательства не могло объективно оценивать степень и характер опасности нападения, к таким ситуациям можно отнести недостаточное количество времени для понимания происходящего.

Часть 3 статьи 37 УК РФ толкует, Право на необходимую оборону имеют в равной мере все лица независимо от их профессиональной или иной специальной подготовки и служебного положения. Это право принадлежит лицу независимо от возможности избежать общественно опасного посягательства или обратиться за помощью к другим лицам или органам власти. Исходя из данной формулировки статьи возникает вопрос, кто может относиться к «другим лицам», к которым обороняющееся лицо может обратиться?

На данный вопрос законодатель не дает уточняющего перечень возможных лиц. На наш взгляд к «другим лицам» можно отнести: любое лицо, на помощь которого обороняющийся может надеяться (сосед боксер, дворник во дворе, пассажир в автобусе, и т.д.), СМИ. Но нет полной гарантии что данные лица смогут помочь в сложившейся ситуации.

---

<sup>1</sup> Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Отв. ред. д.ю.н. Б.В. Здравомыслов. М.: Юристъ, 1996. С. 308.

## **Бандитизм и терроризм: сравнительный анализ**

Никитенко Ольга Геннадьевна,  
аспирантка юридического факультета  
Белорусского государственного университета

Научный руководитель:  
Шидловский Андрей Викторович,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права  
юридического факультета  
Белорусского государственного университета,

Уголовная ответственность за бандитизм и терроризм предусмотрена соответственно в ст.286 и ст.289 Главы 27 «Преступления против общественной безопасности» Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее - УК).

Бандитизм и терроризм являются многообъектными преступлениями, так как при их совершении в качестве непосредственного и главенствующего объекта преступного посягательства выступает общественная безопасность, а в качестве дополнительных, – например, жизнь, здоровье.

Несмотря на это данные уголовно наказуемые деяния имеют больше отличий, чем схожих черт.

Проведем разграничение анализируемых составов.

Объективная сторона каждого из рассматриваемых преступлений имеет конструкцию формального состава. Объективная сторона бандитизма складывается из четырех составляющих: создание банды либо руководство бандой, либо участие в банде или совершаемых ею нападениях. При терроризме объективная сторона состоит из совершения взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения им телесных повреждений, причинения ущерба в крупном размере или наступления иных тяжких последствий.

Разнятся и цели, ради которых совершаются бандитизм (нападения на предприятия, учреждения, организации или на граждан) и терроризм (дестабилизация общественного порядка, либо устрашение населения, либо оказание воздействия на принятие решений государственными органами, либо воспрепятствование политической или иной общественной деятельности).

Важно отметить, что для терроризма, в отличие от бандитизма, характерна двуэтапность в совершении. Это выражается в том, что, во-первых, виновные осуществляют деяние, которое обязательно нацелено на запугивание, устрашение или порождение паники; во-вторых, этим деянием виновные лица понуждают конкретных субъектов поступать определенным образом или воздержаться от совершения конкретных действий.

Именно поэтому некоторые авторы именуют тип посягательства, который имеет место при совершении терроризма, полиобъектным, а его последствия – полипоследствиями, например, В.П. Емельянов <sup>1</sup>.

Это обусловлено тем, что посягательство террористами на избранный ими объект, не является таким пагубным, как последствия их посягательства на общественную безопасность.

А.И. Коробеев, Г.Н. Борзенков и В.С. Комиссаров говорят об этом так: «... именно данная группа преступлений (прим. автора: терроризм в широком смысле) представляет опасность для безопасности общества: приводит к многочисленным человеческим жертвам, крупному материальному ущербу, дестабилизирует обстановку в государстве, формирует негативную морально-психологическую атмосферу, порождает панические настроения, чувство страха граждан за свою жизнь...» <sup>2</sup>.

По мнению В.Н. Кудрявцева, характерной чертой для бандитизма и терроризма, которые являются преступлениями, совершаемыми только с прямым умыслом и по заранее намеченному плану, является то, что объективная сторона каждого из них, служит не просто практическим осуществлением преступных намерений виновных, но и одновременно отражает план их действий <sup>3</sup>.

Потерпевшими при совершении бандитизма всегда является ограниченный круг лиц, на который непосредственно были направлены насильственные действия бандитов. В случае акта терроризма потерпевшими выступает неопределенное количество людей, с которыми террорист в большинстве случаев непосредственно не взаимодействует.

Акт терроризма может быть реализован и одним лицом, в отличие от бандитизма, для квалификации по которому всегда необходимо наличие группы лиц, обладающей рядом определенных законодателем признаков.

Насилие всегда является неотъемлемой чертой анализируемых составов преступлений.

Терроризм всегда берет свое начало с акта насилия, обладающего высокой степенью общественной опасности и вредоносности, например, взрыв, поджог.

Для бандитизма характерно, что насилие имеет место в процессе совершения данного преступления и/или по окончании преступной деятельности банды или ее участников.

Обстановка страха, напряженности и паники, создаваемых в результате целенаправленных, продуманных и бесчеловечных деяний, имеет место и при бандитизме, и при терроризме.

При терроризме обстановка страха и напряженности с претензией на широкую публичную огласку может рассматриваться и как одна из целей, которую виновные желают достичь при совершении того или иного акта терроризма, и как средство для достижения иных целей в краткосрочном периоде или в долгосрочной перспективе.

---

1 Емельянов В.П. Особенности объективной стороны терроризма // Законность. - № 12. - 2000. - С. 45-46.

2 Курс уголовного права: в 4 т. / Под ред. Г.Н. Борзенкова и В.С. Комиссарова. - М.: ЗЕРЦАЛО-М, 2002. - Т. 4. Особенная часть. - с.208.

3 Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. М.: Госюриздат, 1960. - С. 12-14.

На основании этого некоторые исследователи, например, И. Артамонов, говорят о том, что родовым признаком терроризма, является устрашение, реализующееся посредством насилия или угрозы его применения, которые вызывают страх и панику среди людей<sup>1</sup>.

При бандитизме обстановка страха имеет место на индивидуальном или узко групповом уровне и порождается деяниями самой банды и ее участников и не имеет значения для достижения преступных целей, являясь следствием преступной деятельности банды или ее участников независимо от устремлений виновных лиц.

На основании всего вышесказанного считаем, что бандитизм не просто нельзя приравнять к такому преступлению, как терроризм, но и относить его к группе преступлений, являющихся преступлениями террористического характера.

---

<sup>1</sup> Артамонов И. «Терроризм»: проблемы уголовной ответственности // Уголовное право. - 2002. - №3. - С. 4-5. - с.5.



## **Сравнительный анализ торговли людьми и вовлечения в занятие проституцией (ст.127.1 и ст.240 УК РФ)**

Николаева Екатерина Игоревна,  
студентка 1 курса магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

В апреле 2004года Россия ратифицировала Конвенцию ООН «Против транснациональной организованной преступности» и дополняющие его Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказания за неё» чем приняла на себя обязательства по реализации законодательных и иных мер в борьбе против данного преступления, но существующие законодательные недостатки влекут ослабление противоборства в данной сфере. <sup>1</sup>Торговля людьми и близкие ей по составу преступления - рабский труд (ст.127.2 УК РФ); похищение человека (ст. 126 УК РФ); вовлечение в занятие проституцией (ст.240 УК РФ)) вызывают затруднения в правильном понимании признаков состава преступления и, как следствие, ошибки при их квалификации. Как отмечает Д.В. Ивашкин, отграничение торговли людьми от сходных составов преступлений способствует углубленному их изучению, помогает правильно разрешить другие вопросы, связанные с надлежащей оценкой действий виновного, в том числе и такие, которые вызывают необходимость квалификации по совокупности.<sup>2</sup>

Одним из примеров коллизий между правовыми нормами, вызывающих затруднения в разграничении, являются составы двух преступлений, предусмотренные ч.1 ст.127.1 (торговля людьми) и ст.240 (вовлечение в занятие проституцией) Уголовного кодекса Российской Федерации.

Сложность в разграничении вызывают такие элементы объективной стороны как вербовка, совершенная в целях эксплуатации человека и вовлечение в занятие проституцией.

Торговля людьми как весьма опасное преступление является достаточно многогранным, так как включает в себя ряд альтернативных деяний, которые совершаются в ходе подготовки к противоправной сделке, предметом которой выступает человек. Так, в объективную сторону данного состава включаются

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 26 апреля 2004 г. № 26-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и дополняющих ее Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказания за неё» // Российская газета. — 2004. — № 90 (29.04.2004).

<sup>2</sup> Ивашкин Д.В. отграничение торговли людьми от смежных составов преступлений // «Российский следователь», 2008, № 20.

вербовка, перевозка, передача, укрывательство и получение человека лишь при наличии цели его эксплуатации.

Согласно толковому словарю Ожегова, вербовать значит набирать, нанимать, привлекать для каких-нибудь работ добровольцев<sup>1</sup>. Из этого следует, что важным признаком будет являться свободная воля привлекаемой стороны на предлагаемую деятельность на возмездной основе. В рамках ст.127.1 УК РФ вербовка будет рассматриваться как поиск, подбор людей для склонения их к эксплуатации. Под эксплуатацией человека в настоящей статье законодатель понимает использование занятия проституцией другими лицами и иные формы сексуальной эксплуатации, рабский труд (услуги), подневольное состояние. Представляется, что в редких случаях жертва сама будет выражать свое согласие на нахождение в подневольном состоянии. Поэтому, вербуя человека, преступник использует различные методы, направленные на достижение своей цели, в том числе и насилие. Так как непосредственным объектом торговли людьми является свобода человека, то жертва в результате принуждения ограничивается в праве свободно ею распоряжаться. С потерпевшим обращаются как с собственностью, с вещью. Тогда как при вовлечении для занятия проституцией жертва свободна в своих действиях и не однократны случаи, когда девушка сама изъявляет желание на занятие подобного рода деятельностью для извлечения более значительного дохода. И. Алахаджиева приводит пример из судебной практики Саратовской области, когда девушки без всякого принуждения или шантажа давали свое согласие на занятие проституцией за рубежом и в ходе следствия жертвами себя не признавали, а напротив, были благодарны за предоставленную работу.<sup>2</sup> Тем не менее в формулировке статьи 240 УК РФ способ совершения преступления не указан, следовательно не исключено и физическое принуждение. Главное – это достичь цели в виде оказания жертвой интимных услуг. Таким образом, метод убеждения или принуждения, используемый преступником, не является абсолютным критерием для разграничения деяний.

При принуждении к продолжению занятия проституцией законодателем подчеркивается принудительный метод воздействия, что предполагает применение в отношении потерпевшего какого-либо насилия (например, жертву лишают свободы передвижения). Здесь также возникает коллизия с торговлей человеком в форме вербовки к сексуальной эксплуатации, так как тяжело вычленишь признаки будущей сделки в отношении человека, которая не всегда имеет место. Для того чтобы инкриминировать виновному ст.127 УК РФ следствию необходимо обладать всеми доказательствами, подтверждающими направленность умысла подозреваемых на куплю-продажу (иную сделку). Такими доказательствами могут выступать заранее оговоренные или утвержденные цены и условия договора, порядок расчета с лицами, организующими и контролирующими эту деятельность и т.д.

---

1 Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка:80 000 слов и фразеологических выражений/ Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. - 4-е изд., дополненное. – М.: Москва, ООО «ИТИ ТЕХНОЛОГИИ», 2003. С.74.

2 Алахаджиева И. О разграничении торговли людьми и вовлечения в занятие проституцией (статьи 127.1 и 240 УК России) «Уголовное право», 2008, N 1.

А.Ю. Чупрова полагает, что в случае, если имеет место ненасильственная вербовка и в отношении потерпевшего выполняется ряд действий, направленный на достижение соглашения о трудоустройстве, где жертва обладает всеми правомочиями в отношении личной свободы, то свобода, как объект преступления, в данном случае не страдает.<sup>1</sup> Заметим, что ненасильственная вербовка будет совершаться и путем обмана, шантажа, уговоров для введения жертвы в заблуждение по поводу будущей деятельности. Но и в этом случае на свободу будет оказано влияние, хоть и косвенное, так как под воздействием обмана человек как бы добровольно становится жертвой. Тем не менее, это не является похищением человека, и выбор у потерпевшего все же остается. На вербуемого «может оказываться и психологическое давление, которое оставляет за человеком свободу выбора поведения, дачи согласия или отказа. Поэтому по способу вербовки жертвы данные преступления разграничить затруднительно.

Под занятием проституцией следует понимать систематическое вступление в половую связь с посторонними лицами, оказание этим лицам сексуальных услуг за вознаграждение. Причем для привлечения к уголовной ответственности необходим признак систематичности. Систематичность представляет собой «многократное совершение тождественных или однородных действий, связанных единой направленностью и представляющих собой единую линию поведения»<sup>2</sup>. Систематичность, как правило, предполагает совершение трёх и более деяний, либо продолжаемую преступную деятельность, состоящую из большого числа тождественных актов, обладающих совокупной общественной опасностью. Тем самым данное преступление отграничивается от ст.6.12 КоАП, где для привлечения лица к ответственности достаточно единичного извлечения дохода от занятия проституцией. Из изложенного следует, что состав преступления, предусмотренного ст.240 УК РФ является материальным. Вовлечением в занятие проституцией будет считаться уже окончанный результат. Тогда как вербовка в виду различных обстоятельств не всегда приведет к желаемой цели. Но для привлечения лица к ответственности по ст.127.1 УК РФ это не будет необходимо. Из формулировки статьи ясно следует, что к купле-продаже человека приравниваются «совершенные в целях его эксплуатации вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение». Поэтому совершение вербовки любым из универсальных способов - убеждения или принуждения, уже образует окончанный состав преступления.

При совершении преступления, предусмотренного ст.240 УК РФ, преступник вовлекает жертву в занятие проституцией также и путем вербовки. Но, не доведя преступный замысел до конца, он будет привлечен к ответственности через ч.3 ст. 30 за покушение на преступление. В литературе высказываются мнения о том, что вербовку не следует включать в объективную сторону ст.127.1 УК РФ, так как она представляет лишь форму приготовления к преступлению. Ф.М. Абубакиров высказывается за исключение из Уголовного

<sup>1</sup> Чупрова А.Ю. Вербовка как способ торговли людьми // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2007, N 2, С. 182.

<sup>2</sup> Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 2002. С. 520.

кодекса ст.240, а виновных привлекать к ответственности по ст.127.2 УК РФ в виду того, что принуждение к продолжению занятия проституцией «соответствуют подневольному состоянию как одной из форм эксплуатации», что само по себе бесспорно. Предлагаемую новеллу он обосновывает тем, что таким образом «полнее реализуется принцип справедливости, т.е. соразмерности наказания совершаемому деянию».<sup>1</sup> Как подчеркнул в Постановлении от 15 июля 1999 г. N 11-П Конституционный Суд РФ «принцип соразмерности, выражающий требования справедливости, предполагает установление публично-правовой ответственности лишь за виновное деяние и ее дифференциацию в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию при применении наказания».<sup>2</sup> Поэтому, несмотря на то, что рассматриваемые преступления схожи друг с другом, по всем признакам состава, тождественными они не являются, и обобщать их одной статьей все же не следует, а тем более устанавливать идентичную санкцию. Включив вербовку в состав преступления, законодатель тем самым выделил торговлю людьми как более опасное преступление в сравнении с вовлечением в занятие проституцией.

Весьма часто при разграничении преступлений выделяют такой критерий как направленность умысла преступника. Если исходить из формулировок рассматриваемых статей, то в статье 127.1 УК РФ умысел направлен на эксплуатацию человека, а в ст.240 УК РФ, соответственно, на вовлечение в занятие проституцией. Но так как эксплуатация и использование занятия проституцией соотносятся как часть и целое, то возникают определенные трудности в квалификации особенно на стадии вербовки человека. Данная ситуация возникает в случае, если преступник вербовал жертву для последующей эксплуатации, а также если преступник вербовал с целью вовлечь в занятие проституцией. Тогда возникает вопрос, по какой статье наступит ответственность: по статье 127.1 УК РФ или по статье 240 УК РФ со ссылкой на ст.30 УК РФ. В данной ситуации следует помнить, что непосредственным объектом преступления, предусмотренного ст.127.1 УК РФ является личная свобода конкретного человека. Непосредственным объектом вовлечения в занятие проституцией (ст. 240 УК РФ) являются общественные отношения, обеспечивающие нравственное здоровье населения, половая свобода человека, а также нормальное морально-нравственное, психическое, физическое развитие несовершеннолетних (ч. 3 данной статьи). Следовательно, если вербовка человека для занятия проституцией (и согласие на это) не связана с лишением его свободы, содеянное следует квалифицировать по ст. 240 УК

Конфронтацию составов Д.А. Душко предлагает разрешить не исключая из кодекса статьи 240, а путем назначения наказания по совокупности преступлений, если будет доказано, что человек совершил такое деяние,

---

1 Абубакиров Ф.М. Проблемы оптимизации уголовной ответственности за использование рабского труда (ст. 127.2 УК РФ) // Российский следователь, 2011, N 10.

2 Постановление Конституционного Суда РФ от 15.07.1999 N 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР "О Государственной налоговой службе РСФСР" и Законов Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции».

предусмотренное ст.240 УК РФ.<sup>1</sup> Предложенный вариант не будет универсальным для всех случаев. Исключением будет служить ситуация, при которой вовлечение состоялось благодаря добровольному волеизъявлению проститутки, в то время как при вербовке на жертву оказывается давление, применяется физическое или психическое насилие, то есть в первую очередь страдала личная свобода потерпевшей. Быть свободным - одно из неотъемлемых естественных прав человека, следовательно, и ответственность за попытки ее ограничения другим лицом без законного на то основания, должно влечь за собой более строгое наказание, чем за посягательство на общественную нравственность в области сексуальных отношений.

Из изложенного следует, что правоприменителю не избежать проблемных ситуаций при разграничении преступлений. Поэтому сейчас необходимо накопление судебной-следственной практики и ее систематизация путем принятия Пленумом Верховного Суда РФ соответствующего постановления.

---

<sup>1</sup> Душко Д.А. Особенности квалификации торговли людьми и отличие от вовлечения в занятие проституцией // «Общество и право», 2009, N 3.

**О возможности рассмотрения половой неприкосновенности детей двенадцатилетнего возраста в качестве непосредственного объекта состава преступления, предусмотренного ст. 134 УК РФ**

Овчарова Александра Евгеньевна,  
студентка 1 курса магистратуры Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Долголенко Татьяна Васильевна,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права Юридического СФУ

В соответствии с федеральным законом от 29 февраля 2012 г. N 14-ФЗ "О внесении изменений в УК РФ и отдельные законодательные акты РФ в целях усиления ответственности за преступления сексуального характера, совершенные в отношении несовершеннолетних", состав преступления, предусмотренного ст. 134 УК РФ претерпел существенные изменения. Часть первая теперь устанавливает ответственность за добровольное половое сношение или иные действия сексуального характера, совершенные лицом, достигшим восемнадцатилетнего возраста, с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста и половой зрелости. Часть вторая предусматривает уголовную ответственность за добровольное совершение мужеложства и лесбиянства, при тех же признаках. Соответственно, основным непосредственным объектом выступает половая неприкосновенность лиц обоего пола, не достигших 16-летнего возраста и половой зрелости. Часть третья закрепляет уголовную ответственность за совершение деяний, предусмотренных предыдущими частями, с лицом, достигшим 12 лет, но не достигшим 14 лет. Последующие части содержат такие квалифицирующие обстоятельства, как совершение действий сексуального характера в отношении двух и более лиц, группой лиц группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, а также рецидив, в отношении сексуальных посягательств на детей, не достигших 14 летнего возраста. Субъектом, как и прежде, является лицо, достигшее 18 лет, любой половой принадлежности. С субъективной стороны деяние характеризуется прямым умыслом.

Среди преступлений, предусмотренных главой 18 Уголовного кодекса РФ, половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста, наряду с развратными действиями, является наименее общественно опасными. Этот вывод можно сделать по причине ненасильственного способа совершения указанных деяний, и, как следствие, меньшего физического и психического вреда потерпевшим лицам. Именно таким образом рассуждают авторы многих учебных пособий по «Преступлениям против личности», и с этим следует согласиться. Однако, изучив уголовные дела, можно сделать вывод о том, что на практике вызывает сложность разграничение понятий беспомощного состояния потерпевшего лица и добровольного согласия на вступление в половую связь.

Общественная опасность этого преступления, в первую очередь, определяется охраняемым объектом. Раннее вступление в половую жизнь детей и подростков может повлиять на их дальнейшее извращенное восприятие интимных отношений, или же пагубно сказаться на их психическом и физическом здоровье. Кроме того, как отмечает Р.М. Полковников, «ранняя половая связь несовершеннолетнего может пагубно влиять на его психологию, вследствие чего в будущем он сам может стать опасным для общества и совершать общественно опасные деяния, связанные с половыми преступлениями. Указанный мотив законодателя (т.е. пагубное влияние раннего начала половой жизни – прим А.О.) является обоснованным, так как, как показывают изученные мной истории болезни лиц, совершивших половые преступления, в частности изнасилование и насильственные действия сексуального характера, они, то есть насильники, в прошлом (детстве) сами являлись объектами половых преступлений, что явилось причиной для совершения ими сексуальных насильственных нападений впоследствии».<sup>1</sup>

В Уголовном кодексе РСФСР в качестве определяющей характеристики потерпевшего, было использовано понятие «половой зрелости», что конечно усложняло задачу в вопросе установления заведомости знания обвиняемым, в том, что у потерпевшего лица эта половая зрелость уже наступила. Уголовным кодексом РФ, в редакции Федерального закона от 27 июля 2009 г. № 215-ФЗ эта задача была решена, посредством установления четкого возраста. Тем не менее, этим избавиться от проблем определения «добровольного согласия» со стороны ребенка, не получилось. На настоящий момент, учитывая изменения от 29.02.12, потерпевшим признается лицо, не достигшее как определенного возраста (16 лет), так и половой зрелости, в отношении которого совершаются действия сексуального характера. При этом, следует обратить внимание на то, что из всех частей ст. 134 УК РФ исключен признак заведомости, относящийся к возрасту потерпевшего лица.

В редакции вышеуказанного федерального закона № 215-ФЗ, статья 134 УК РФ ранжировала уголовную ответственность, от меньшей санкции к большей, в зависимости от снижения возраста потерпевшего лица: за половой контакт с шестнадцатилетним ребенком наказание грозило менее строгое, чем с четырнадцатилетним ребенком, и еще менее суровое, чем с двенадцатилетним. В соответствии с вышеуказанными изменениями, внесенными в статью 134 УК РФ, произошло существенное изменение ее формулировки, а именно, теперь наименьшую ответственность несет лицо, совершившее гетеросексуальный половой контакт с лицом, не достигшим 16 лет и половой зрелости, более строгую за совершение гомосексуального контакта с лицом, не достигшим 16 лет и половой зрелости, и еще более строгую ответственность за совершение уже указанных действий с лицом от 12 до 14 лет, и т.д. Таким образом, последними изменениями частично решается проблема «добровольного согласия»: законодатель устранил пункт о совершении действий сексуального характера на добровольной основе с лицом, не достигшим 12 летнего возраста,

---

<sup>1</sup> Полковников Р.М. Ответственность за ненасильственные половые преступления в отношении лиц, не достигших шестнадцатилетнего возраста (ст.ст.134,135 УК РФ) // Общество и право, - 2009. - №1/ СПС Консультант Плюс.

а точнее, то от 0 до 12. Поэтому теперь любые действия сексуального характера с детьми до 12 лет признаются насильственными, и квалифицируются соответственно по ст. 131 и 132 УК РФ. Однако, нельзя не поставить под сомнение половую неприкосновенность 12-летних детей, как объект добровольного сексуального посягательства. Ведь ребенок в 12 лет – все еще ребенок, поэтому возникает вопрос: насколько обоснованной является допущенная законодателем возможность понимания двенадцатилетним ребенком, сущности совершаемых с ним сексуальных действий? Оправдано ли наложение на малолетнего, по сути, ребенка ответственности за адекватное восприятие полового контакта, его целей, его последствий?

При ближайшем рассмотрении, мы увидим явную коллизию между нормами одной главы: статьями 131, 132 и 134 УК. При допущении законодателем факта осознания двенадцатилетним ребенком сущности совершаемых с ним сексуальных действий, необходимо признать, что, по сути изнасилование, или насильственные действия сексуального характера, которые совершаются с использованием беспомощного состояния, могут быть, при желании, рассмотрены, как преступление из менее серьезной группы, за которое преступник может быть осужден на минимальный срок, а то и вовсе - условный.

В первую очередь, интересно мнение Пленума Верховного суда, который в своем постановлении от 2004г. раскрывает свою позицию в следующем: «Изнасилование (статья 131 УК РФ) и насильственные действия сексуального характера (статья 132 УК РФ) следует признать совершенными с использованием беспомощного состояния потерпевшего лица в тех случаях, когда оно в силу...малолетнего или престарелого возраста...не могло понимать характер и значение совершаемых с ним действий либо оказать сопротивление виновному лицу». Это означает, что Верховный суд не колеблется в том, может ли малолетний ребенок осознавать характер сексуальных действий: ответ категоричен и однозначен – не может. И, исходя из этого, усматривается противоречие между постановлением Пленума ВС и нормой, закрепленной в ст. 134 К РФ.

В юридической литературе, на наш взгляд, этой проблеме посвящено ничтожно мало исследований, несмотря даже на то, что от решения указанной проблемы напрямую зависит вопрос разграничения норм об изнасиловании и насильственных действиях сексуального характера с нормой о половом сношении и иных действиях сексуального характера с лицом не достигшим шестнадцатилетнего возраста.

Проблема «добровольного согласия» освещена в работе «Преступления против личности»<sup>1</sup>, где автор также ставит под сомнение возможность наложения на малолетнего ребенка ответственности за понимание сущности совершаемых с ним действий. Кроме того, можно усмотреть эту же проблему в работе других авторов, которые говорят о ситуации, когда «потерпевшие, не способные понимать характер и значение совершаемых с ними действий, не

---

<sup>1</sup> См. Долголенко Т.В. Преступления против личности: учеб.пособие/ Т.В. Долголенко. – Красноярск: Сиб. Федер. Ун-т, 2011. – 228 с.



предпринимают даже попыток к оказанию сопротивления, вследствие чего у преступника может сложиться впечатление о желании малолетнего вступить в сексуальные отношения. В подобных случаях при совокупности всех факторов можно говорить о наличии у потерпевшего беспомощного состояния в ситуации деликта, юридический критерий которого включает в себя процессы осознания юридически значимых событий (интеллектуальный компонент) и произвольную регуляцию поведения жертвы (волевой компонент)».<sup>1</sup> Существует и иная точка зрения: «На наш взгляд, не следует для разграничения ненасильственного полового сношения и изнасилования с использованием беспомощного состояния потерпевшей принимать во внимание только лишь объективный критерий – возраст потерпевшего. Индивидуальные психические особенности даже 10-летнего ребенка могут обусловить понимание им значения и характера совершаемых в отношении него сексуальных действий. В то же время, например, 13-летний ребенок, в силу отставания в интеллектуальном развитии, может быть лишен способности адекватно оценивать происходящее. Поэтому при решении вопроса о квалификации действий виновного, оценки его психического или физического состояния, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, необходимо обязательное назначение и производство комплексной судебно-психологической и сексологической экспертизы».<sup>2</sup>

За более аргументированным ответом на поставленные вопросы, на наш взгляд, следует обратиться к работам в области педагогики и детской психологии. Ведь исследования именно в указанных областях проливают свет на действительное понимание детьми окружающего мира.

Так, например, классик психологии и психоанализа Зигмунд Фрейд, в своих работах по половым отношениям, рассматривает детскую сексуальность во всех возможных ее проявлениях, начиная с младенческого возраста. «... Новорожденный приносит с собой на свет зачатки сексуальных стремлений, которые в течение некоторого времени развиваются дальше, а затем подлежат усиливающемуся подавлению, которое, в свою очередь, нарушается закономерными прорывами сексуального развития, и которое может быть задержано благодаря индивидуальным особенностям».<sup>3</sup> Фрейд «разбивает» детство на периоды проявления особой сексуальности:

- оральная стадия - от рождения до полутора лет;
- анальная стадия - от полутора до трех лет;
- фаллическая стадия - с трех до 6-7 лет;
- латентная стадия - с 6 до 12-13 лет;
- генитальная стадия - с начала пубертатного периода примерно до 18 лет.

На протяжении всего детского возраста ребенок ведет себя заинтересованно, по отношению к сексуальному аспекту жизни. Это

1 Васкэ Е.В., Сафуанов Ф.С. Психолого-правовая оценка беспомощного состояния несовершеннолетних потерпевших от сексуального насилия // Юридическая психология. 2009. № 3. С. 16 - 20.

2 Потапова И.В. Некоторые проблемы дифференциации уголовной ответственности за преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетних // Вестник ТГУ 2011 №350 (Сентябрь). – С. 128-131.

3 Психология бессознательного/ Зигмунд Фрейд: пер. с нем. – С.: АСТ:АСТ МОСКВА, 2008. – с.184.

объясняется Фрейдом, как отсутствием развитого чувства стыда. «Маленький ребенок прежде всего бесстыден и в определенном возрасте проявляет недвусмысленное удовольствие от обнажения своего тела, подчеркивая особенно свои половые части. В противоположность к этой, считающейся перверзной, склонностью любопытство при разглядывании половых органов других лиц проявляется, вероятно, в несколько старшем возрасте, когда препятствие от чувства стыда достигло уже некоторого развития».<sup>1</sup> Таким образом, по Фрейду, проявление сексуальности у маленьких детей, в т.ч. двенадцатилетних, есть проявление их инфантильного интереса, который в этом возрасте одинаково велик, как с интимной сфере жизни, так и ко всему остальному. Автор в своей работе подчеркивает, что «соблазнение не помогает раскрыть первоначальные условия полового влечения, а только запутывает наше понимание его, давая ребенку преждевременный сексуальный объект, в котором детское сексуальное влечение пока не нуждается» - то есть ребенок развивается и познает свое тело, свои желания сам по себе.

Как указывает зарубежные авторы Роберт Крукс и Карла Баур, единственное, что должны делать взрослые с детским стремлением познать сексуальный мир – это отвечать на вопросы и не мешать. «Открытое сексуальное поведение у детей, в особенности у маленьких детей, является нормальной составляющей развития... Когда мы анализируем внешне сексуальные действия детей (вспоминая свое прошлое или глядя на собственных чад), мы реагируем на сексуальный аспект: секс — это очень важно, игра — неважно. Однако для ребенка справедливо прямо противоположное. Основное для него — игра. В то же время секс также может быть интересен, в основном потому, что это — запретный плод наряду с маминой коробкой украшений или папиным ящиком с инструментами».<sup>2</sup> Эту же позицию поддерживает белорусский психолог Л. Овсянник. Она пишет: «удивительно, что маленькие дети могут иметь такой словарь «взрослых» сексуальных слов, что взрослые могут подумать, будто их дети понимают больше того, чем это есть на самом деле».<sup>3</sup>

Из приведенных цитат можно сделать следующий вывод, который послужит важной подпоркой для ответа на поставленный ранее вопрос: как бы «взросло» ни вел себя ребенок, и насколько нам бы ни казалось, что он может адекватно и полно воспринимать сущность интимных отношений, мы ни в коем случае не имеем права переоценивать эту его возможность. Для маленького ребенка сексуальный контакт может казаться очередной игрой, а взрослый человек имеет возможность злоупотребить этой наивной доверчивостью.

По мнению тех же авторов, маленьким детям более комфортно познавать сексуальную сферу жизни через общение со сверстниками (школьные товарищи, дети соседей). Они учатся друг у друга, могут рассматривать тела, примерять на себя роли родителей. И общение, тем более сексуального

1 Психология бессознательного/ Зигмунд Фрейд: пер. с нем. – С.: АСТ:АСТ МОСКВА, 2008. – с.201.

2 Сексуальность/ Р.Крукс, К.Баур. – эл. ресурс. [http://sunduchokknig.ru/index.php?option=com\_content&view=article&id=47:2010-02-28-19-25-57&catid=12:2010-02-20-15-22-50&Itemid=12].

3 Овсянник Л.М. Сексуальное развитие ребенка (от рождения до 12 лет)// http://www.all-psy.com/stati/detail/178/1.

характера, с представителями «взрослого мира», ребенку может только навредить.

В работе Е.В. Васькэ и Ф.С. Сафуанова, также наличествует психологическое видение сознания ребенка: «...совершенно очевидно, что индивидуальная структура личности малолетнего потерпевшего, включающая в себя и сексуальное сознание, изначально формируется под воздействием микросоциального окружения. Дети, воспитываемые в неблагополучных семьях с культивируемыми в них искаженными, порочными представлениями о сексуальных отношениях и вынужденные наблюдать половые акты взрослых с раннего дошкольного возраста, имеют недопустимо высокий для их возраста уровень сексуальной осведомленности. К сожалению, в нашей экспертной практике неоднократно встречались случаи, когда интеллектуально сохранные малолетние потерпевшие (6 - 10 лет) из неблагополучных семей осознавали и внешнюю сторону юридически значимых событий, и их биологический смысл, а в исключительных случаях - и социальное значение (например, дети, в течение нескольких лет вынужденные заниматься проституцией)».<sup>1</sup>

Однако не стоит забывать, что чрезмерная осведомленность детей о столь «взрослых» отношениях должно рассматриваться лишь как исключение, но ни в коем случае, как правило.

Итак, подведем итоги нашего анализа. Очевидно наличие расхождения в воле законодателя и разъяснениях Верховного суда, и эта коллизия должна быть устранена законодательным путем. В основу разрешения поставленной проблемы должны быть положены труды по психологии, и современные исследования специалистов в области детской психологии и психиатрии, а также педагогики и сексологии.

Из приведенных в настоящей статье положений ясно видно, что даже по достижении двенадцати лет (конечной стадии предпубертатного периода), невозможно говорить о полном и адекватном восприятии ребенком сексуальной сферы жизни, при условии, что этот ребенок воспитывается и развивается в благополучной семье, контактирует с детским коллективом, например, в школе. И соответственно, законодательное закрепление возможности совершения сексуального контакта с ребенком, даже достигшим двенадцатилетнего возраста не обоснованно, и соответствует скорее исключению из правил, нежели самому правилу.

Соответственно, изменения, внесенные федеральным законом от 29 февраля 2012 г. № 14-ФЗ не решили проблемы «добровольного согласия» малолетних детей, и поэтому нуждаются в доработке. Исходя из реалий сегодняшнего дня, следует согласиться с авторами, которые считают что, при решении вопроса о наличии или отсутствии добровольного согласия малолетнего на вступление с ним в интимные отношения, необходимо назначение и производство комплексно судебной-психологической и сексологической экспертизы по каждому делу.

---

<sup>1</sup> Васькэ Е.В., Сафуанов Ф.С. Психолого-правовая оценка беспомощного состояния несовершеннолетних потерпевших от сексуального насилия // Юридическая психология. 2009. № 3. С. 16 - 20.

## Субъект преступления, предусмотренного ст. 124 УК РФ

Полищук Илья Александрович,  
студент 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Действующим УК РФ предусмотрена уголовная ответственность за неоказание помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом, если это повлекло по неосторожности причинение средней тяжести вреда здоровью, тяжкого вреда его здоровью либо повлекло за собой смерть больного.

Следует отметить, что российский законодатель напрямую заимствовал из УК РСФСР 1960г. формулировку субъекта уголовной ответственности за неоказание помощи больному, не разрешив при этом вопрос, нередко возникающий в практике: на кого же конкретно возлагается обязанность по оказанию помощи больному?

В научной литературе встречаются различные мнения на этот счет. Самое широкое толкование субъекта рассматриваемого преступления дает И.Ф. Огарков. Он считает, что статья, предусматривающая ответственность за неоказание помощи больному, «имеет отношение не только к тем лицам, на которых по закону возложена обязанность оказывать помощь больному, например, к врачу, фельдшеру, к санитарке, дежурящей у постели, но также и к тем лицам, которые обязаны оказывать помощь или содействовать в этом в силу иных отношений. Таковы, например, отношения семейные, вследствие которых один супруг обязан оказать помощь своему больному, совместно с ним живущему супругу»<sup>1</sup>. Нельзя не согласиться с некоторыми авторами, считающими, что такое широкое толкование субъекта не следует из смысла закона<sup>2</sup>, поскольку диспозиция ст. 124 УК РФ прямо говорит только о той обязанности по оказанию медицинской помощи, которая прямо установлена законом или специальным правилом.

В судебной практике чаще других встречаются случаи неоказания помощи именно со стороны медицинских работников. Это объясняется тем, что для медицинских работников лечебная деятельность - основная профессиональная функция, в отличие от всех иных лиц (например, сотрудников полиции и МЧС), обязанных оказывать такую помощь в соответствии с законом или со специальным правилом, для которых такая

<sup>1</sup> И.Ф. Огарков. Врачебные правонарушения и уголовная ответственность за них. М., 1966. - С. 68.

<sup>2</sup> Т.В. Кирпиченко. О Субъекте уголовной ответственности за неоказание помощи больному // Социалистическая законность. 1981. № 10. - С. 50.

обязанность закреплена в качестве дополнительной. Учитывая данный факт, по мнению И.О. Никитиной, субъектом преступления, заключающегося в неоказании помощи больному, следует считать только медицинских работников<sup>1</sup>. Применимо к иным лицам, в чьи профессиональные обязанности входит оказание медицинской помощи, а также в отношении лиц из числа медицинского персонала, которые по работе не оказывают медицинскую помощь (лаборанты, санитарки и др.) автор указанной позиции предлагает в соответствующих случаях квалифицировать их бездействие по ст. 125 УК «Оставление в опасности».

С подобным предложением выступает и профессор А.И. Коробеев. Ему представляется ошибочной рекомендация Ф.Ю. Бердичевского считать субъектом неоказания помощи больному шофера машины скорой помощи, отказавшего в перевозке пациенту<sup>2</sup>. По его мнению, при таком подходе неоправданно расширяется круг лиц, могущих нести ответственность по ст. 124 УК РФ, за счет включения в него работников, которые по своему положению не оказывают медицинскую помощь<sup>3</sup>.

А.И. Коробеев пишет: «Представители медицинского персонала, в обязанности которых не входит оказание медицинской помощи (лаборанты, санитары, сиделки, зубные техники, регистраторы и т. п.), субъектами рассматриваемого преступления быть не могут. За неоказание помощи больным они несут ответственность на общих основаниях, в частности, при наличии всех признаков состава преступления – по ст. 125 УК РФ»<sup>4</sup>. Данная позиция, безусловно, заслуживает внимания. Однако, следует отметить, что некоторые вопросы, например, об обязанности водителя скорой помощи по оказанию помощи больному, уже решен на уровне соответствующего министерства.

Основным нормативно-правовым актом, регламентирующим права, обязанности и ответственность персонала, обязанного оказывать медицинскую помощь, на сегодняшний день является Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" (далее - Закон), в котором достаточно конкретно определяются лица, обязанные оказывать медицинскую помощь. Дифференциация указанных лиц проводится по виду оказываемой медицинской помощи. Так, в соответствии со ст. 32 Закона, различают следующие виды медицинской помощи: 1) первичную медико-санитарную помощь; 2) специализированную, в том числе высокотехнологичную, медицинскую помощь; 3) скорую, в том числе скорую специализированную, медицинскую помощь; 4) паллиативную медицинскую помощь.

Согласно Закону, обязанность по оказанию данных видов медицинской помощи возлагается на врачей и средний медицинский персонал, а также в определенных случаях на иных медицинских работников (например, в случае оказания скорой медицинской помощи).

---

1 Никитина И. О. Преступления в сфере здравоохранения: законодательство, юридический анализ, квалификация, причины и меры предупреждения: дис. ... канд. юрид. наук. - Нижний Новгород, 2007. - С. 130.

2 Бердичевский Ф.Ю. Уголовная ответственность медицинского персонала за нарушение профессиональных обязанностей. М., 1970. С. 80.

3 Коробеев А.И. Неоказание помощи больному // Криминологический журнал БГУЭП. 2007. № 1-2. – С. 39.

4 Там же.

Особый интерес вызывает ст. 71 Закона «Клятва врача», предусматривающая, что лица, окончившие высшие медицинские образовательные учреждения Российской Федерации, при получении диплома врача дают клятву: «...честно исполнять свой врачебный долг..., быть всегда готовым оказать медицинскую помощь..., проявлять высочайшее уважение к жизни человека...».

Хотелось бы обратить внимание на тот факт, что, в отличие от аналогичных положений о клятве врача, установленных «Основами законодательства РФ об охране здоровья граждан» от 22.07.1993г. № 5487, в действующем Законе уже не говорится об ответственности врачей за нарушение вышеуказанной клятвы, что, на наш взгляд, является одним из результатов постепенного перехода медицинских отношений от регулирования моральными нормами и сложившимися в медицинской сфере обычаями к четкой правовой регламентации отношений, связанных с предоставлением медицинской помощи и высококачественных медицинских услуг.

Следовательно, современный законодатель уже не стремится расширить круг субъектов ст. 124 УК РФ до всех лиц, имеющих соответствующее медицинское образование. Вместе с тем, представляется обоснованным мнение Т.В. Кирпиченко, которая считает, что «возложение обязанности оказывать первую медицинскую помощь на лиц медицинского персонала, не занимающихся практической лечебной деятельностью (например, преподавателей медицинских дисциплин, санитарных врачей), и на фармацевтов, обусловлено тем, что они по уровню своей профессиональной подготовки способны, а по моральному долгу обязаны оказывать первую медицинскую помощь. Однако необходимо учитывать, что они могут сделать это только в пределах своей специальности»<sup>1</sup>. Так, «...фельдшеру, например, не может быть инкриминировано не оказание медицинской помощи, если он не произвел необходимой в данном случае резекции желудка, поскольку производство такого вмешательства выходит за рамки его прав и обязанностей. Но ему может быть инкриминировано то, что он не вызвал специалиста или не транспортировал больного в надлежащее лечебное учреждение»<sup>2</sup>.

Отдельного внимания при исследовании проблемы субъекта уголовной ответственности за не оказание помощи больному заслуживает ст. 31 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», в соответствии с которой, «первая помощь до оказания медицинской помощи оказывается гражданам при несчастных случаях, травмах, отравлениях и других состояниях и заболеваниях, угрожающих их жизни и здоровью, лицами, обязанными оказывать первую помощь в соответствии с федеральным законом или со специальным правилом и имеющими соответствующую подготовку...».

Данная норма расширяет круг субъектов, возлагая обязанность по оказанию первой помощи на сотрудников органов внутренних дел РФ, сотрудников, военнослужащих и работников Государственной противопожарной службы, спасателей аварийно-спасательных формирований и

1 Т.В. Кирпиченко. О Субъекте уголовной ответственности за не оказание помощи больному // Социалистическая законность. 1981. № 10. – С. 50.

2 И.И. Горелик. Квалификация преступлений, опасных для жизни и здоровья. Минск, 1973. С. 206.

аварийно-спасательных служб, водителей транспортных средств и других лиц). Заметим, что рассматриваемую статью сложно отнести к законодательным новшествам, несмотря на то, что она появилась еще в «Основах законодательства РФ об охране здоровья граждан» в 2009 году и была заимствована законодателем при подготовке нового Закона.

Так, например, соответствующий раздел Приказа Минздравсоцразвития РФ от 23.07.2010 N 541н "Об утверждении Единого квалификационного справочника должностей руководителей, специалистов и служащих» прямо регламентирует должностные обязанности фельдшера-водителя скорой помощи, в число которых входит как оказание неотложной медицинской помощи, так и содействие врачам и иному медицинскому персоналу в ее оказании.

В соответствии с ч. 1 ст. 27 Федерального закона № 151-ФЗ от 22.08.1995 г. «Об аварийно-спасательных службах и статусе спасателей» спасатели обязаны «активно вести поиск пострадавших, принимать меры по их спасению, оказывать им первую медицинскую и другие виды помощи». Сотрудник полиции, согласно ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 07.02.2011 № 3-ФЗ «О Полиции», обязан оказывать первую помощь лицам, пострадавшим от преступлений, административных правонарушений и несчастных случаев, а также лицам, находящимся в беспомощном состоянии либо в состоянии, опасном для их жизни и здоровья, если специализированная помощь не может быть получена ими своевременно или отсутствует; принимать при чрезвычайных ситуациях неотложные меры по спасению граждан.

Следовательно, по логике законодателя, сотрудников вышеупомянутых ведомств также следует рассматривать в качестве субъектов преступления, предусмотренного ст. 124 УК РФ, за той лишь оговоркой, что они должны обладать необходимой подготовкой, знаниями и навыками, которые позволят им оказать помощь больному.

Таким образом, на наш взгляд, современное законодательство сформулировано недостаточно ясно в отношении круга субъектов уголовной ответственности за неоказание помощи больному. Работники правоохранительных органов могут столкнуться с большими трудностями при квалификации бездействия сотрудника полиции, спасателя, пожарного и других лиц, на которых возлагается обязанность по оказанию и содействию в оказании медицинской помощи, по ст. 124 УК РФ, тогда как бездействие врачей и иных медицинских работников подобных проблем не вызывает. Это связано, прежде всего, с трудностями в определении того объема знаний и навыков, которыми обладает, например, водитель скорой помощи, а также с отсутствием прямой «правовой» связи между больным и обязанным оказать помощь должностным лицом (между врачом и больным такая связь несомненно присутствует и отражается в медицинских документах, локальных инструкциях, распоряжениях и иных актах).

С учетом того, что ст. 31 Федерального закона от 21.11.2011 N 323 "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации", а также упомянутые выше законы и нормативные акты вводят новую категорию лиц,

обязанных оказывать первую помощь, предлагаем повысить эффективность действия уголовно-правовой ответственности за неоказание помощи больному, дифференцировав ее в УК РФ в зависимости от вида оказываемой помощи и сформулировав диспозицию статьи 124 УК РФ следующим образом:

«1. Неоказание первой помощи больному при несчастных случаях, травмах, отравлениях и других состояниях и заболеваниях, угрожающих их жизни и здоровью, лицами, обязанными оказывать первую помощь в соответствии с законом и имеющими соответствующую подготовку, если это повлекло по неосторожности смерть больного либо причинение тяжкого вреда его здоровью, -

....

2. Неоказание медицинской помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом, если это повлекло по неосторожности причинение средней тяжести вреда здоровью больного, -

....

3. Деяние, предусмотренное п. 2 настоящей статьи, если оно повлекло по неосторожности смерть больного либо причинение тяжкого вреда его здоровью, -

-

....».

Таким образом, дифференциация уголовной ответственности в зависимости от видов помощи: первой и, непосредственно, медицинской помощи, а также конкретизация круга субъектов ответственности за неоказание помощи больному в диспозиции статьи 124 УК РФ, на наш взгляд, способствует эффективной интеграции современных достижений правового регулирования сферы медицины и здравоохранения в российский уголовно-правовой закон и позволит избежать трудностей в квалификации действий соответствующих лиц по признакам преступления, предусмотренного ст. 124 УК РФ.



## Объективное и субъективное вменение в уголовном праве

Чебоксарова Мария Александровна,  
студентка 2 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Питецкий Вадим Валерьевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Вопрос о соотношении субъективного, объективного вменения и принципа вины является дискуссионным в уголовном праве, и это обусловлено различным наполнением содержания этих понятий. Логическое же выстраивание их внесет некоторую ясность, и поможет нам выделить в рамках субъективного и объективного вменения несколько разновидностей этих явлений, что в дальнейшем позволит выявить несовершенство уголовного законодательства.

Принцип вины является одним из центральных в уголовном праве и уголовном законодательстве. Ч. 1 ст. 5 УК РФ указывает: «Лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина». Принцип вины представляет собой неразрывную взаимосвязь субъективных и объективных признаков преступления. Об этом С. В. Векленко писал: «С одной стороны, лицо может нести ответственность лишь за те свои желания и намерения, которые реально воплотились в общественно опасных действиях (бездействии). С другой стороны, никакие вредные для общества действия (бездействие) и их последствия не могут служить основанием уголовной ответственности, если они не определялись психическим отношением лица (в форме умысла или неосторожности)»<sup>1</sup>.

Ч. 2. ст. 5. УК РФ закрепляет, что объективное вменение не допускается. Однако объективное вменение, согласно этой статье, есть «уголовная ответственность за невиновное причинение вреда». Мнение ученых сходится в том, что объективное вменение – это «ответственность за сам факт причинения вреда без учета личного участия в содеянном и содержания субъективной стороны деяния»<sup>2</sup>. Можно привести еще одно определение, которое дает К. Ф. Тихонов, понимающий под объективным вменением «ответственность за объективно причиненный вред, без учета субъективных моментов этого причинения»<sup>3</sup>. Иными словами, при объективном вменении присутствуют

---

1 Векленко С.В. Вина и ответственность в уголовном праве. [Текст] / Векленко С.В. // Омск: Омская академия МВД России. 2009. – С.20.

2 Назаренко Г.В. Вина в уголовном праве. [Текст] / Назаренко Г.В. // Орел. 1996. С. 61.

3 Тихонов К.Ф. Понятие вменения в вину по советскому уголовному праву. [Текст] / Тихонов К.Ф. // Личность преступника и уголовная ответственность. Правовые и криминологические вопросы: межвузов. сбор. Вып. 1./ Саратов. гос. ун-т. – Саратов, 1979. - С. 39.

объективные моменты совершения преступления, но отсутствуют необходимые субъективные.

Анализ объективного вменения привел к выводу о существовании, по крайней мере, трех видов его проявления.

Первый вид объективного вменения – это ситуация, когда присутствует объективная сторона преступления, но в соответствии со ст. 28 УК РФ отсутствует вина. Данная разновидность объективного вменения является наиболее радикальной формой его проявления, и по моему мнению в ч. 2 ст. 5 УК речь идет именно о нем: «Объективное вменение, то есть уголовная ответственность за невиновное причинение вреда, не допускается».

Второй вид объективного вменения встречается при квалификации преступлений и имеет несколько вариантов проявления.

Первый вариант объективного вменения – это ситуация, когда вменяется совершение умышленного преступления при фактическом неосторожном отношении к деянию и его последствиям. Например, когда лицу вменяют ст. 105 УК, то есть умышленное причинение смерти, тогда как имело место причинение смерти по неосторожности (ст. 109 УК).

Второй вариант объективного вменения – ситуация со специальным составом преступления, при котором требуется осознание некоторых обстоятельств при фактическом отсутствии осознания их. Например, человек убивает сотрудника полиции, не осознавая данного обстоятельства. Вменение ему этого обстоятельства, а равно квалификация по ст. 317 УК РФ недопустима, поскольку особенности потерпевшего не отразились в сознании субъекта. Вменению в данном случае подлежит общая норма – ст. 105 УК РФ.

Третий вариант – это вменение квалифицирующих обстоятельств деяния, которые не осознавались лицом, совершающим данное преступление. Например, человек совершил убийство женщины, а она оказалась беременной. Но срок был ранний, и её беременность незаметна со стороны, и человек не осознавал данного обстоятельства. Вменение же данного квалифицирующего обстоятельства по п. «г» ч. 2. ст. 105 УК РФ будет также излишним.

Следует отметить, что одной из причин в проявлении объективного вменения этого вида на практике является широкое применение при квалификации на следствии и дознании способа так называемой «квалификации с запасом». Как отмечает Назаров А.Д., причиной этого служит стремление практических работников правоохранительных органов застраховать себя от возвращения дела на дополнительное расследование из-за существования правила «запрета поворота к худшему». «Выражается «квалификация с запасом» в том, что в сложной ситуации с квалификацией уголовно наказуемого деяния для подстраховки они квалифицируют его по более тяжкой статье (или части статьи) УК РФ, предусматривающей все квалифицирующие признаки деяния и максимальную меру наказания в санкции, рассуждая при этом, что при неподтверждении обвинения, при недостаточности доказательств, при изменениях в показаниях проходящих по делу лиц, прокурор, суд всегда смогут без возвращения дела на дополнительное расследование смогут переквалифицировать деяние в сторону смягчения его

квалификации»<sup>1</sup>. Но не только «квалификация с запасом» служит причинами объективного вменения, причинами ошибки следствия и суда могут служить и неполное и недостоверное установление фактических обстоятельств дела или неправильное понимание и применение уголовного закона.

Однако вменение в уголовном праве выражается не только в квалификации, но и в назначении наказания, поэтому можно выделить третий уровень – это учет при назначении наказания отягчающих обстоятельств при отсутствии необходимого субъективного отношения, что также является недопустимым. Например, вменение п. «з» ч. 1 ст. 63 УК РФ в ситуации, когда человек не осознает обстоятельства, что совершает преступление в отношении беременной женщины.

Таким образом, объективное вменение как уголовно-правовое явление шире того определения, которое дается законодателем в ст. 5 УК РФ, а потому его необходимо уточнить. Редакция статьи представлена ниже.

«Статья 5. Принцип вины.

1. Лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена вина.

2. Объективное вменение, то есть уголовная ответственность за деяние, в отношении которого не установлена вина, не допускается.»

Принято считать, что в уголовном праве действует принцип субъективного вменения. «Применяется исключительно субъективное вменение, независимо от того, какие объективные характеристики имеет совершенное деяние, привлечь к ответственности совершившего его человека можно лишь за те из них, которые охватывались его сознанием»<sup>2</sup>. Однако понятия субъективного вменения в Уголовном Кодексе не дается, а вопрос о его содержании в уголовно-правовой литературе является дискуссионным. Проведенное исследование показало, по крайней мере, два подхода к понятию субъективного вменения.

В рамках первого подхода об объективном и субъективном вменении пишут как о диаметрально противоположных подходах к решению об ответственности лица. Так, Тихонов К. Ф. считает, что «было бы бессмысленно противопоставлять объективное и субъективное вменение, если не исходить из того, что субъективное вменение в противовес объективному (как ответственности за объективно причиненный вред без учета субъективных моментов этого причинения) есть ответственность за сами преступные намерения («преступные мысли») без учета их объективного выражения»<sup>3</sup>. Как отмечает Т. Р. Сабитов, субъективное вменение – это «ответственность за поведение, субъективные признаки, предусмотренный УК, в котором присутствуют, а некоторые объективные отсутствуют. Специфика принципа

1 Назаров А. Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. [Текст] / Назаров А. Д. // СПб.: изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 112-113.

2 Уголовное право России. Практический курс. [Текст] / Под общ. ред. А. И. Бастрыкина; под науч. ред. А. В. Наумова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер Вид, 2007. – С. 15.

3 Тихонов К. Ф. Понятие вменения в вину по советскому уголовному праву. [Текст] / Тихонов К. Ф. // Личность преступника и уголовная ответственность. Правовые и криминологические вопросы: межвузов. сбор. Вып. 1 / Саратов. гос. ун-т. – Саратов, 1979. – С. 39.

субъективного вменения в «гипертрофии» субъективных обстоятельств при квалификации уголовно-правового деяния»<sup>1</sup>.

В рамках второго подхода субъективное вменение также противостоит объективному, но противостоит как «правильное - неправильное». «На смену объективному вменению должно прийти вменение субъективное»<sup>2</sup>. Зачастую ученые отождествляют принцип субъективного вменения и принцип вины. Так, по мнению Назаренко Г.В. «принцип субъективного вменения находит свое выражение в принципе вины»<sup>3</sup>.

Анализ различных точек зрения на понятие субъективного вменения приводит к следующим выводам. Субъективное вменение должно противостоять объективному вменению, но помимо этого не должно отождествляться с принципом вины, иначе, здесь можно согласиться с Тихоновым К.Ф. в том, было бы бессмысленно и нецелесообразно использование данной категории. Субъективное вменение – это ответственность за преступление, в котором присутствуют субъективные моменты, но отсутствуют полностью или частично объективные. Необходимо понимать, что особенность принципа субъективного вменения в том, что при квалификации преступления оно позволяет учитывать субъективное отношение к деяниям и последствиям.

Следует отметить, что в субъективном вменении, как и в объективном вменении, можно выделить несколько уровней.

Первый вид субъективного вменения – есть наиболее радикальная его форма. Это ответственность за преступные мысли, намерения, желания, которые не воплотились объективно, никак не проявили себя в реальности. Данная форма вменения недопустима, поскольку преступлением, согласно ч. 1. ст. 14 УК РФ признается лишь деяние, проявившееся в действительности.

Второй вид связан с тем, что в иных ситуациях учет субъективных признаков необходим для правовой квалификации и уголовно-правовой оценке деяния. Можно выделить следующие варианты проявления этих ситуаций:

Первый вариант – это учет субъективных признаков при неоконченном преступлении. Лицо не довело преступление до конца и объективная сторона оконченного деяния, предусмотренного УК, отсутствует, но в силу желания наступления общественно опасных последствий с его стороны мы привлекаем его к уголовной ответственности.

Второй вариант – это учет субъективных признаков при соучастии. Лицо, имея умысел на совершение преступления, привлекается к ответственности по статье Особенной части УК, хотя фактически выполняет роль организатора, подстрекателя или пособника.

Третий вариант – это учет субъективных признаков при квалификации деяния. Например, когда лицо считает, что совершает кражу, но за ним наблюдали, то как указывается в Постановлении Пленума ВС РФ: «В тех случаях, когда указанные лица видели, что совершается хищение, однако

1 Сабитов Т. Р. К вопросу о содержании принципа субъективного вменения. [Текст] / Сабитов Т.Р. // Уголовное право. 2009. №4. - С. 64.

2 Назаренко Г.В. Вина в уголовном праве. [Текст] / Назаренко Г.В. // Орел. 1996. С. 63.

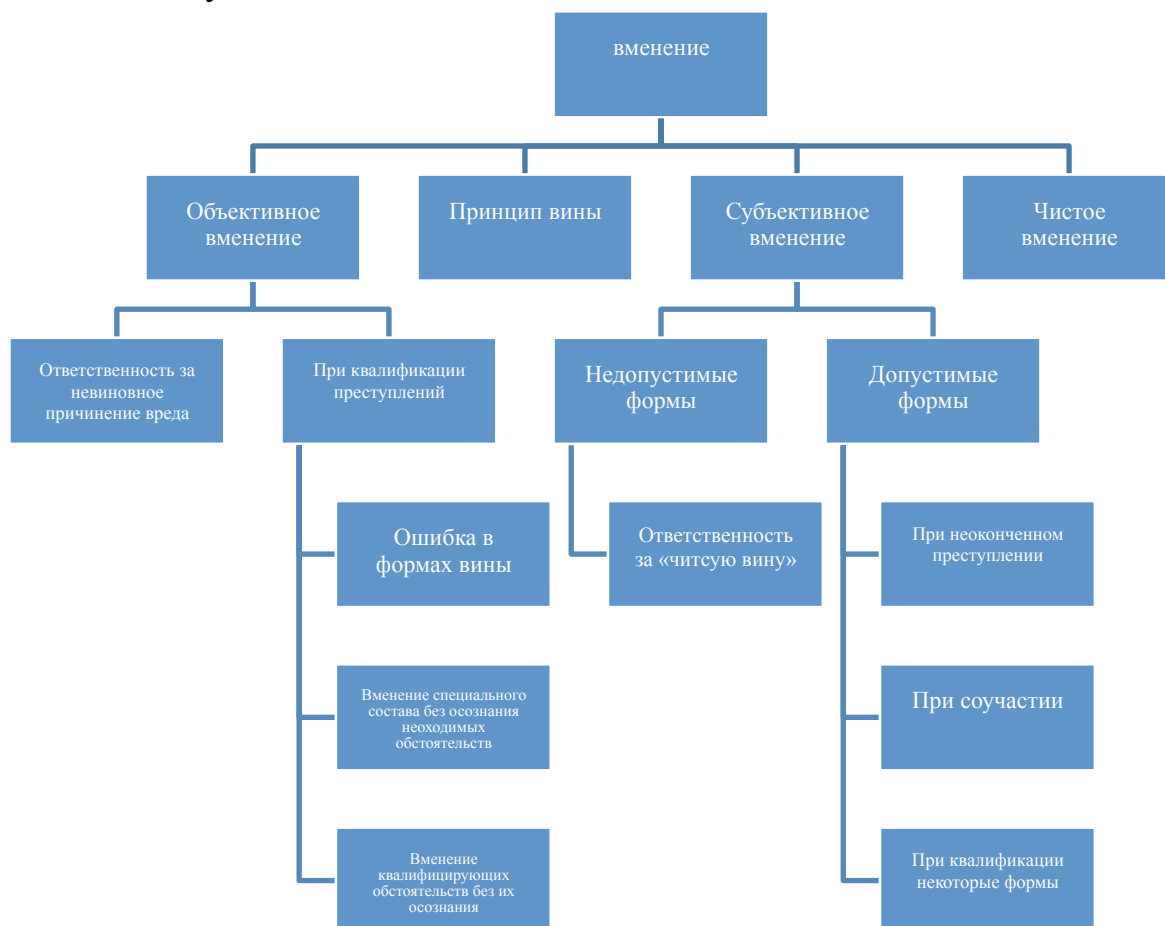
3 Указ. соч.

виновный, исходя из окружающей обстановки, полагал, что действует тайно, содеянное также является тайным хищением чужого имущества»<sup>1</sup>.

Таким образом, следует отметить, что вопрос о субъективном вменении не разрешается однозначно, и существуют такие проявления этого принципа, которые не допустимы.

Также следует отметить еще одно явление, относящееся к вменению. Это ситуация, когда лицо привлекается к ответственности за преступление при фактическом отсутствии, как объективных, так и субъективных моментов его совершения. Эта ситуация не относится ни к объективному, ни к субъективному вменению. Человек абсолютно непричастен к совершению преступления, к которому его привлекают, он его не совершал. Для этой ситуации не существует специального названия, её обозначить как «чистое вменение». «Чистое вменение» может быть связано с ошибкой следствия и суда, и является недопустимым, поскольку согласно ч. 1. ст. 14 УК, преступлением является только деяние.

Исходя из вышесказанного, вменение в уголовном праве может быть представлено следующей схемой:



<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» от 27 декабря 2007 г. №29 / Российская газета. 18 янв 2003 г. № 9 (3123).

## **Проблемы определения непосредственного объекта вымогательства (ст.163 УК РФ)**

Чеканчиков Марк Владимирович,  
студент 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаев Алексей Николаевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Термин «вымогательство» впервые появился в УК РСФСР 1922 года. Вымогательство было размещено в главе о преступлениях против собственности и определялось как требование передачи каких-либо имущественных выгод или права на имущество или же действий под страхом учинения насилия над личностью или истребления имущества. Таким образом, вымогательство было признано имущественным преступлением. Также расширено понятие предмета вымогательства, куда законодатель включил право на имущество и действия имущественного характера. Вымогательскими угрозами признано не только насилие над личностью, но и угроза истребления имущества.

Вымогательство относится к числу многообъектных преступлений, поскольку оно включает в себе посягательство на имущественные интересы и определенные личные блага. Вымогательство, как и разбой, является двухобъектным преступлением. Объектом вымогательства являются отношения собственности, а также личность и ее интересы.

Законодатель в ч. 1 ст. 163 УК РФ, формулируя состав вымогательства, довольно нелогично и сложно обрисовал его непосредственный объект. Он объединил целый спектр качественно различных общественных отношений, выступающих в роли основного и дополнительных объектов. Следует подчеркнуть, что нет сомнений в части признания основным непосредственным объектом вымогательства, отношений собственности. Поэтому вымогательство логически вписывается в систему преступлений, предусмотренных главой 21 УК РФ. Поскольку именно основной непосредственный объект определяет локализацию преступления в системе Особенной части УК РФ, необходимо определиться со структурой объекта вымогательства. Видовым объектом группы преступлений, предусмотренных главой 21 УК РФ, выступает собственность. Отношения собственности выступают и в качестве родового объекта вымогательства. Вместе с тем, непосредственный объект вымогательства охватывает более широкий круг охраняемых отношений.

Трудно согласиться с решением законодателя о включении в состав вымогательства в качестве факультативных объектов жизни, здоровья, чести, достоинства, репутации, неприкосновенности частной жизни потерпевшего. Это решение нельзя признать удачным, потому что в одной уголовно-правовой норме уравнивали такие разные ценности, как жизнь и честь, здоровье и

репутацию, что явно не способствует обоснованной дифференциации уголовной ответственности за предусмотренные в норме общественно опасные деяния. При вымогательстве под угрозу ставится жизнь и здоровье личности потерпевшего или его близких. Честь - это социально-психологическая категория, связанная с оценкой личности в обществе, в особенностях восприятия этой личности другими членами общества; достоинство - совокупность высоких моральных качеств, а также уважение этих качеств в самом себе, своя собственная оценка, но связанная со сложившейся системой социальных ценностей в обществе; репутация - это приобретаемая кем-нибудь общественная оценка, общее мнение о качествах, достоинствах и недостатках кого-либо (это, прежде всего, связано с деловыми, нравственными качествами, образованием, уровнем знаний бизнесмена, кооператора как делового партнера и т.д.)<sup>1</sup>.

Поэтому ущерб им может быть причинен лишь в том случае, если распространяемая информация об этих качествах, позорит потерпевшего. На это обращает внимание и законодатель, указывая, что действия виновного могут причинить вред правам и законным интересам потерпевшего или его близким. При этом важно иметь в виду, что унижить честь, достоинство, очернить репутацию, а так же причинить вред правам и законным интересам потерпевшего или его близким можно любыми сведениями, в том числе и правдивыми в отношении любого лица, независимо от его физического, психического состояния, и даже в отношении умершего, доброе имя которого важно для потерпевшего и должно быть защищено законом.

Таким образом, трудно принизить роль, место в общественной жизни таких понятий, как честь, достоинство, репутация. Однако сравнение санкций ст. ст. 105 - 117 и недавно декриминализованных ст. 129 - 130 УК РФ показывает, что в соответствии с уголовно-правовой оценкой степень важности жизни и здоровья выше, чем честь и достоинство, ответственность за причинения ущерба которым теперь регулируется КоАП, что показывает меньшую для государства значимость таких объектов как честь и достоинство. Поэтому объединять в одном составе такие разнородные факультативные объекты вряд ли обоснованно. Еще более нелогично построены квалифицированные составы вымогательства, когда законодатель устанавливает ответственность за те же деяния, предусмотренные в ч. 1 ст. 163 УК РФ, с применением насилия, например, угроза распространить клеветнические сведения с причинением тяжкого вреда здоровью потерпевшего

Содержание основного непосредственного объекта вымогательства законодатель наполняет посредством включения в норму следующих понятий: имущество, право на имущество (имущественные права) и действия имущественного характера<sup>2</sup>. При этом необходимо отметить, что по сути этих понятий в литературе высказаны различные точки зрения, авторы отводят им

---

1 Шишкин А. Вымогательство (ст. 163 УК РФ): дискуссионные аспекты нормативного понятия объекта и предмета состава. // Мировой судья, 2008 № 5. С. 26.

2 См.: Прохоров Л.А., Прохорова М.Л. Уголовное право: Учебник. М.: Юрист, 2004. С. 356; Уголовное право. Особенная часть. Учебник / Под ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамовой, Г.П. Новоселова. М., 1998. С. 240 - 241; Уголовное право. Особенная часть. Учебник / Под ред. А.И. Рапога. М., 1996. С. 132 - 133; и др.

различную роль в характеристике вымогательства<sup>1</sup>. Большинство считают, что законодатель таким образом определил предмет преступления. В теории уголовного права доминирует точка зрения, что объект определяется сущностью взаимоотношений людей в обществе, а предмет является материальным, овеществленным проявлением или выражением этой сущности; воздействуя на предмет, преступник нарушает или создает угрозу нарушить нормальное функционирование конкретных общественных отношений (непосредственного объекта). Закон, говоря в диспозиции о посягательстве на "имущество", имеет в виду объективированное выражение права собственности, то есть право владения, пользования и распоряжения этим имуществом. В этой связи необходимо отметить мнение профессора И.Я. Фойницкого, который понимал имущество "объектом преступных посягательств не само по себе... а лишь как конкретный предмет юридического господства человека, как одну из частей его правовой сферы. Преступная деятельность здесь, следовательно, направляется против правовых отношений лица к имуществу, против права на имущество или в полном его объеме, образующем право собственности. В пределах существовавшего в тот период понятия собственности он выделял посягательства на чужое имущество; чужое движимое имущество; чужое недвижимое имущество; отношения по имуществу; отвлеченная собственность<sup>2</sup>.

Законодательное определение в диспозиции ч. 1 ст. 163 УК РФ имущества в качестве предмета преступления, причем понимаемое в теории уголовного права в узком смысле, т.е. как конкретные вещи материального мира, созданные общественно полезным трудом, обладающие определенной стоимостью и представляющие собой движимые или недвижимые предметы, не вызывает, как правило, возражений. Но вот роль в структуре объекта преступления таких категорий, как право на имущество (имущественные права) и действия имущественного характера, оценивают в теории неоднозначно<sup>3</sup>.

Рассмотрение дискуссии по этому вопросу можно начать с точки зрения, высказанной Л.Д. Гаухманом и С.В. Максимовым. Они полагают, что предмет преступления в составе вымогательства является факультативным признаком. Поэтому "в случаях, когда деяние выражается в требовании передачи чужого имущества, вымогательство является предметным преступлением, а в случаях выражения притязаний вымогателя в требовании передачи права на имущество или совершения других действий имущественного характера - беспредметным"<sup>4</sup>. По нашему мнению, с данным выводом вряд ли можно согласиться. Тем более что сами авторы опровергают этот вывод, когда при раскрытии содержания предмета посягательства на собственность говорят о документах, предоставляющих право на имущество (подтверждающих право на имущество или на его получение). Следовательно, когда виновный предъявляет

1 См.: Гаухман Л.Д. Объект преступления: Лекция. М.: Академия МВД России, 1992; Клепицкий И.А. Собственность и имущество в уголовном праве // Государство и право. 1997. № 5. С. 74 - 83; Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления: Сборник ученых трудов. Вып. 10. Свердловск, 1968. С. 204.

2 Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные. СПб., 1907. С. 157 - 158.

3 Шишкин А. Вымогательство (ст. 163 УК РФ): дискуссионные аспекты нормативного понятия объекта и предмета состава. // Мировой судья, 2008 № 5. С. 27.

4 Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Ответственность за преступления против собственности. М., 1997. С. 119; Гаухман Л.Д. Уголовная ответственность за вымогательство. М., 1996. С. 7.



требование передачи права на имущество, то предметом преступления выступает документ, в котором закреплены субъективные права участников правоотношений, связанные с владением, пользованием и распоряжением имуществом.<sup>1</sup>

Также нельзя признать "беспредметным" состав вымогательства в случаях, когда законодатель связывает его с требованием виновного совершить действия имущественного характера, т.е. совершить поступки, приносящие материальную выгоду или избавляющие от определенных затрат. Конечно, не сами "действия имущественного характера" следует признавать предметом вымогательства, это было бы слишком прямолинейно. Предметом преступления при этой разновидности вымогательства, по мнению А.Г. Уфалова, выступают "вещные" результаты данных действий, обладающие количественной характеристикой и стоимостью (ст. 128 ГК РФ, а также ст. 209 ГК РФ "Содержание права собственности", ст. 212 ГК РФ "Субъекты права собственности", ст. 216 "Вещные права лиц, не являющихся собственниками")<sup>2</sup>. Сюда можно отнести, например, бесплатный ремонт квартиры, машины, постройку дачи, гаража, а также действия, способные принести виновному имущественную выгоду, например отказ от наследства, от доли в общей собственности<sup>3</sup>.

Следовательно, считать предметом преступления названные в диспозиции ч. 1 ст. 163 УК РФ "право на имущество" и "действия имущественного характера", как видно из проведенного анализа, нелогично. Такого же мнения придерживается и профессор Г.Н. Борзенков, полагающий, что предмет любого преступления против собственности всегда материален, а право на имущество - категория нематериальная, относящаяся к области общественных отношений. Такое подробное рассмотрение нами данного вопроса обусловлено тем, что правильное определение предмета вымогательства преследует не только теоретические цели, но, прежде всего, практические, так как в следственной, судебной практике нередко возникает необходимость разграничения вымогательства с включенными в систему Особенной части УК РФ новыми сходными составами (ст. 179 УК - принуждение к совершению сделки или к отказу от ее совершения), ч. 2 ст. 330 УК - самоуправство, где в качестве квалифицирующего признака предусмотрено применение насилия.

В этом смысле показателен следующий пример. Заведующий складом АОЗТ "Норд-Вест" по предварительной договоренности с А. и Н. вывезли за город потерпевшего П., ранее работавшего заведующим этим же складом. Г. стал требовать от него сделать исправление в акте приема-передачи склада с целью уменьшить сумму товара на 11 млн. руб., которые Г. обнаружил якобы на складе уже после передачи. П. отказался, тогда А. и Н., удерживая его, нанесли несколько ударов в область живота, а Г., угрожая пистолетом ТТ, продолжал настаивать на выполнении своих незаконных требований об исправлении акта.

1 Малахов Л.К. Ответственность за вымогательство: квалификация и наказание по российскому и зарубежному праву: Учебное пособие. Нижний Новгород, 1995. С. 22.

2 Уфалов А.Г. Проблемы совершенствования уголовно-правового регулирования ответственности за вымогательство и шантаж: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003.

3 Шишкин А. Вымогательство (ст. 163 УК РФ): дискуссионные аспекты нормативного понятия объекта и предмета состава. // Мировой судья, 2008 № 5. С. 27.

Довести задуманное до конца они не смогли, так как были задержаны работниками милиции. Г. было предъявлено обвинение по ч. 2 ст. 330, ч. 1 ст. 222 и ст. 119 УК РФ, А. и Н. - по ч. 2 ст. 330 УК РФ. Суд не согласился с данной квалификацией, указав, что "в действиях подсудимых усматривается состав преступления, предусмотренного п. "а" ч. 2 ст. 163 УК РФ - вымогательство, т.е. требование передачи чужого имущества, совершенное по предварительному сговору группой лиц под угрозой применения оружия, выразившегося в демонстрации Г. пистолета"<sup>1</sup>.

Подводя итоги проведенного анализа, можно сделать следующие выводы:

1. Законодательная формулировка отмеченных составов породила споры о том, что же является доминирующим в характеристике объекта преступления: жизнь, здоровье, честь, собственность, как соотносятся такие понятия, как "имущество", "право на имущество", "действия имущественного характера". Следует отметить, что законодатель в определенном смысле сумел выйти из спорного положения, сконструировав самостоятельные составы вымогательства, принуждения к совершению сделки или отказу от нее;<sup>2</sup>

2. Неоднозначную оценку получило решение законодателя о включении в состав вымогательства в качестве дополнительных непосредственных объектов собственности, жизни, здоровья, чести, достоинства, репутации, неприкосновенности частной жизни потерпевшего. Но нельзя не согласиться с тем, что воздействие на данные объекты служит способом подавления воли потерпевшего

3. Содержание основного непосредственного объекта вымогательства законодатель наполняет посредством включения в норму следующих понятий: имущество, право на имущество и действия имущественного характера. При этом необходимо отметить, что по сути этих понятий в литературе высказаны различные точки зрения, авторы отводят им различную роль в характеристике вымогательства. Большинство же считают, что законодатель таким образом определил предмет преступления:

4. Предметами посягательства при вымогательстве выступают: а) имущество как соответствующие объекты гражданских прав - вещи, деньги, движимое и недвижимое имущество и т.д.; б) документы, подтверждающие право на имущество или на его получение; в) возможные результаты действий имущественного характера;

- имущество должно быть чужим и не изъятым из свободного оборота (радиоактивные вещества, оружие и боеприпасы, наркотические средства и психотропные вещества), в противном случае меняется родовой, видовой и непосредственный объекты преступления (ст. ст. 221, 226, 229 УК РФ)<sup>3</sup>.

Таким образом, действующая законодательная формулировка, описывающая конкретные виды предмета вымогательства, является результатом применения казуистического приема формулирования признаков состава преступления, который не может быть признан удачным применительно к

1 См.: Архив Пятигорского городского суда. Уголовное дело N 2-831. 1997.

2 Шишкин А. Вымогательство (ст. 163 УК РФ): дискуссионные аспекты нормативного понятия объекта и предмета состава. // Мировой судья, 2008 № 5. С. 28.

3 Шишкин А. Вымогательство (ст. 163 УК РФ): дискуссионные аспекты нормативного понятия объекта и предмета состава. // Мировой судья, 2008 № 5. С. 29.

составу вымогательства. Практическим работникам, применяющим статью 163 УК РФ, приходится отграничивать один вид предмета от другого, тогда как их реальные различия не влияют на характер и степень общественной опасности вымогательства, на дифференциацию ответственности. Поэтому, принимая во внимание обобщающий характер формулировки «имущественная выгода» и специфику вымогательства как имущественного преступления, полагаю возможным отказаться от перечисления конкретных видов предмета вымогательства и описать предмет вымогательства в законе как «безвозмездное предоставление имущественной выгоды», что будет способствовать более точной квалификации содеянного.

Посягательство на свободу и психическое спокойствие личности (личные неимущественные права потерпевшего) в результате вымогательского принуждения не достигают того уровня общественной опасности, который необходим для признания их объектом вымогательства.

Кроме того, с учетом приведенного выше примера из судебной практики полагаю необходимым в число квалифицирующих признаков вымогательства ввести совершение его с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия. Поскольку использование оружия и подобных ему предметов оказывает более серьезное психологическое воздействие на потерпевших, что свидетельствует о повышенной опасности такого вида посягательства, так как создается реальная угроза для жизни и здоровья людей.

## **Уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве: анализ доктрины уголовного права и правоприменительной практики**

Черноусова Анастасия Владимировна,  
студентка 3 курса прокурорско-следственного факультета Иркутского  
юридического института (филиал)  
Академия Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Никонов Павел Владимирович,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин  
Иркутского юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Федеральным законом от 4 мая 2011 г. № 97-ФЗ в УК РФ была введена статья, предусматривающая ответственность за посредничество во взяточничестве<sup>1</sup>. Данный состав не является новеллой для отечественного уголовного законодательства.

Посредничество во взяточничестве как самостоятельное преступление называлось в декрете СНК РСФСР от 16 августа 1921 г. «О борьбе со взяточничеством», в УК РСФСР 1922 г., в УК РСФСР 1926 г. В первоначальной редакции УК РСФСР 1960 г. ответственность за посредничество во взяточничестве как за самостоятельное преступление не была предусмотрена. Однако уже 20 февраля 1962 г. Президиум Верховного Совета СССР Указом «Об усилении уголовной ответственности за взяточничество» специально оговорил ответственность за посредничество во взяточничестве и в Уголовный Кодекс 1960 г была включена ст. 174.1, озаглавленная «Посредничество во взяточничестве».

Уголовный Кодекс РФ 1996 г. отказался от квалификации посреднических действий по самостоятельной статье. Тем не менее, о квалификации действий посредника говорится в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. « О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе»: «уголовная ответственность посредника во взяточничестве в зависимости от конкретных обстоятельств по делу и его роли в даче или получении взятки наступает лишь в случаях, предусмотренных ст. 33 УК РФ» (п.8).

В соответствии с изменениями, внесенные Федеральным законом от 04.05.2011 г. № 97-ФЗ в Уголовном Кодексе РФ была предусмотрена ст. 291.1 «Посредничество во взяточничестве». Одно из наиболее существенных отличий нормы о посредничестве заключается, в том, что объективная сторона соответствующего преступления включает не только то, что ранее соответствовало традиционному пониманию посредничества, но и

---

<sup>1</sup> Российская газета. 2011. 6 мая.

предусматривает совершение иных действий направленных на способствование взяткодателю и взяткополучателю в достижении либо реализации соглашения между ними о получении и даче взятки. Такое законодательное решение не является новшеством, так в ст.ст. 205, 205.1 УК РФ предусматривается ответственность за пособничество в совершении террористического акта и террористической деятельности, таким образом, на примере рассматриваемых статей, законодатель действия посредника, которые по общему правилу требуют юридической оценки со ссылкой на ч.5 ст. 33 УК РФ выделил в качестве самостоятельного уголовно наказуемого деяния, предусмотрев за него ответственность в ст.ст. 201, 205.1 УК РФ

Анализ законодательной конструкции ст. 291.1 УК РФ, ее сравнительный анализ с нормами уголовного права устанавливающими, ответственность за получение и дачу взятки, обобщая суждения высказанные в доктрине Уголовного права специалистами-правоведами по поводу оценки юридически значимых признаков, рассматриваемого состава преступления позволяет выделять ряд следующих проблем и сложных вопросов квалификации, которые могут возникнуть в процессе правоприменительной практики по ст. 291.1 УК РФ. К их числу могут быть отнесены:

1. Ответственность по ст. 291.1 УК предусмотрена за посредничество в даче либо получении взятки в значительном размере, который превышает согласно примечанию к ст. 290 УК двадцать пять тысяч рублей.

По мнению О.С. Капинус, суды вполне могут расценить такое решение законодателя как запрет привлечения к уголовной ответственности за посредничество в случаях, когда планируемый и фактический размер взятки не может превышать 25 тыс. рублей. И тогда вместо усиления уголовно-правового противодействия коррупции произойдет ее существенное ослабление: правоприменитель станет считать непроступными действия, которые до внесения обсуждаемых изменений в уголовный закон уголовную ответственность влекли<sup>1</sup>.

Думается, что законодатель не ставил перед собой такой цели и поэтому посредничество в даче либо получении взятки в незначительном размере должно квалифицироваться по-прежнему как соучастие в получении и даче взятки. В этой связи законодателю следовало бы быть последовательным в принимаемых им решениях направленных на усиление уголовно-правового противодействия коррупционной преступности, в частности, взяточничества. Установив ответственность не только за посредничество во взяточничестве в значительном размере, но и за посреднические действия во взяточничестве безотносительно к размеру взятки, предусмотрев ответственность за данное деяние в качестве основного состава преступления.

2. Частью 5 ст. 291.1 УК РФ предусмотрена ответственность за само по себе обещание или предложение посредничества во взяточничестве. Обещание или предложение посредничества во взяточничестве являются приготовлением к посредничеству, которые законодателем были признаны в качестве

---

<sup>1</sup> Капинус О. Изменения в законодательстве о должностных преступлениях: вопросы квалификации и освобождения взяткодателя от ответственности // Уголовное право. 2011. № 2. С.24.

оконченных преступных деяний, подлежащих квалификации по ч. 5 ст. 291.1 УК РФ.

Обращает на себя внимание, то обстоятельство, что максимальное наказание за деяние предусмотренное ч. 5 ст. 291.1 УК РФ законодатель предусмотрел в виде лишения свободы сроком до 7 лет, в то время как собственно за окончанные действия, связанные с оказанием посреднических услуг предусмотрено до пяти лет лишения свободы. В этой связи, думается, что часть не может быть более общественно опасной целого в состав, которого оно входит. Между тем в соответствии ст.66 УК РФ срок и размер наказания за приготовление к преступлению не может превышать половины максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ за окончанное преступление. Уголовная ответственность за обещание или предложение посредничества, принимая во внимание изложенное выше, должна влечь наказание в виде лишения свободы до 3, 5 лет.

3. В примечании к ст. 291.1 предусмотрено освобождение виновного в посредничестве во взяточничестве, если виновный после совершения преступления будет активно способствовать раскрытию и (или) пресечению преступления и добровольно сообщит органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о посредничестве во взяточничестве.

Следует отметить, определенную логическую непоследовательность в описании условий освобождения от уголовной ответственности.

Раскрытие преступления предполагает установление обстоятельств совершения преступления, установления лиц, участвующих в преступлении, которое не известно правоохранительным органам. Пресечение преступления означает, что преступление еще несовершенно и действия лица как раз и способствовали тому, чтобы оно не было доведено до конца.

По мнению Тюнина В.И., слово "пресечь" означает активное внешнее воздействие лица на поведение иных лиц, поэтому не ясно, что имел в виду законодатель, о пресечении какого преступления идет речь. Пресечь собственное преступление несложно. Для этого просто нужно отказаться от продолжения совершаемых действий. Нельзя применить термин "пресечение" если имеются в виду действия, предшествующие передаче взятки, поскольку все формы преступного поведения составляют окончанное преступление. В связи со сказанным остается только догадываться, что имел в виду законодатель. Возможны различные варианты поведения посредника, например, прекратить можно преступное поведение иных лиц, участвующих в совершении преступления, если оно совершается группой лиц по предварительному сговору или организованной группой. Возможно, законодатель имел в виду пресечение преступлений, предусмотренных ст. 290 или ст. 291 УК РФ, совершаемых взяточполучателем или взяточдателем, но такое понимание пресечения выходит за рамки рассматриваемого преступления<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Тюнин В.И. Посредничество во взяточничестве // Российская юстиция. 2011. № 8. С. 10

Таким образом, если исходить из буквального толкования примечания, то следует его толковать, как попытку пресечь уже совершенное преступление, что является нелогичным взаимоисключающим по своему характеру. Прекращение собственных преступных действий до окончания преступления является добровольным отказом. В этой связи, думается что законодатель, формулируя примечание, как пресечение исходил из посылы о возможности пресечения действий взяточдателя и взяточполучателю, связующим звеном между которых выступает посредник. Однако, для такого понимания примечания, следует внести редакционные изменения в ст. 291.1 УК РФ, исключающее двусмысленное толкование уголовного закона.

4. Необходимо также и ограничивать посредничество от дачи взятки. Главным критерием ограничения посредника от взяточдателя является принадлежность имущества, либо оплата предоставляемых должностному лицу выгод имущественного характера передаваемого от взяточдателя взяточполучателю. Следует отметить, что имущество, в том числе денежные средства, используемое в качестве взятки, может быть получено взяточдателем в долг, в том числе у лица, ставшего посредником в получении либо даче взятки.

5. Необходимо также ограничивать «мнимое посредничество» от посредничества во взяточничестве. К «мнимому посредничеству» относятся случаи, когда лицо обещает свои посреднические услуги, получает от взяточдателя предмет взятки якобы для передачи должностному лицу, а фактически присваивает его. Подобные случаи обоснованно квалифицируются как мошенничество. При этом следует отметить, что если лицо, подстрекая взяточдателя, получает у него те или иные ценности якобы для передачи должностному лицу в качестве взятки, но фактически их присваивает, то помимо мошенничества, его действия должны дополнительно квалифицироваться по ч. 4 ст. 33 и ст. 291 УК РФ<sup>1</sup>. Действия лица, которое пытается таким способом через мнимого посредника передать взятку должностному лицу, в любом случае квалифицируются по ч. 3 ст. 30 и ст. 291 УК РФ.

Опыт правоприменения статей, предусматривающих, ответственность за взяточничество в их новой редакции только начинает формироваться, поэтому и обсуждаемые проблемы в настоящее время носят теоретический характер. Вместе с тем их анализ будет способствовать формированию правильной основанной на смысле уголовного закона квалифицированной практике по данной категории уголовных дел.

---

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ, 1992. № 11. С. 14.

# УГОЛОВНЫЙ процесс



**Процессуальное закрепление доказательств,  
добытых адвокатом,  
на этапе предварительного расследования**

Воронцов Тимофей Николаевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Иванова Ольга Геннадьевна,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Формально с целью защиты личности от незаконного или необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, принципа обеспечения подозреваемому и обвиняемому права на защиту, а также для реализации закрепленного в уголовно-процессуальном законе принципа состязательности УПК РФ наделяет защитника (адвоката) правом собирать доказательства. Защитник, в соответствии с ч.3 ст. 86 УПК, вправе собирать доказательства путем: 1) получения предметов, документов и иных сведений; 2) опроса лиц с их согласия; 3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии<sup>1</sup>. Однако, уже здесь мы видим первое противоречие. Согласно ст. 74 УПК РФ доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых **суд, прокурор, следователь, дознаватель** устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Как видно, в этом перечне лиц защитник отсутствует. Таким образом, мы видим недочет законодателя относительно формулировки статьи, ведь все то, что собирается защитником не является доказательством до того момента, пока это не будет приобщено к материалам уголовного дела. Ч.1 ст. 86 УПК РФ, прямо закрепляет субъектов доказывания, которые вправе собирать доказательства, и среди них также защитник не назван. Кроме того, сведения, собранные защитником, не имеют надлежащей процессуальной формы и уже поэтому не могут иметь статуса доказательств. Таким образом, защитник собирает не доказательства<sup>2</sup>, а сведения, которые впоследствии могут стать доказательствами после признания их таковыми уполномоченными государственными органами<sup>3</sup>. При этом, как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 21 декабря 2004 года N 467-О по

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 01.03.2012 г.) // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс].

<sup>2</sup> Подобной точки зрения также придерживаются, например, И.Б. Михайловская: Комментарий к УПК Российской Федерации / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2002. С. 149 и Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: НОРМА, 2009. 240 с.

<sup>3</sup> См., например: Чеботарева И.Н. Средства и способы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам // Мировой судья. - М.: Юрист, 2011, № 9. - С. 12-14.

жалобе гражданина П.Е. Пятничука<sup>1</sup> праву подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства корреспондирует обязанность органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, **рассмотреть каждое ходатайство**, заявленное в связи с исследованием доказательств. Таким образом, исходя из данной формулировки, можно сказать, что следователь и дознаватель фактически имеют возможность отказать в удовлетворении соответствующего ходатайства защитника.

Относительно сведений, которые впоследствии “претендуют” на статус доказательств, высказывался Конституционный суд РФ. В частности, он указал, что доказательства могут быть не приобщены или не получены по ходатайству защитника, в случае если они: “не способны подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельства, которые призваны подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств”<sup>2</sup>.

Законодателем также не решен вопрос, относительно порядка реализации полномочий защитника, которые перечислены в ч. 3 ст. 86 УПК. Данный вопрос имеет большое практическое значение, в связи с тем, что существует риск отказа в приобщении собранных адвокатом сведений к материалам уголовного дела в качестве доказательств. Однако, устоявшаяся практика использования адвокатами своих полномочий, нашла свое закрепление в “методических рекомендациях по реализации прав адвоката, предусмотренных п.2 ч.1 ст.53, ч.3 ст.86 УПК РФ и п.3. ст.6 Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ”. Где указано, что при собирании доказательств “следует, прежде всего, учитывать требования ст. ст. 74 и 75 УПК РФ, закрепляющих понятие, свойства и виды доказательств”<sup>3</sup>. А если говорить об их процессуальном закреплении, то они должны по форме и содержанию соответствовать требованиям ст.84 УПК РФ. И как будет показано далее, этот момент является спорным и вызывает массу вопросов.

**Получение предметов и документов.** Исходя из того, что адвокат лишен возможности проведения такого процессуального действия как, например, выемка, можно сказать, что, в случае необходимости, получение предметов может происходить “только на добровольной основе и на основании согласия владельца”<sup>4</sup>. В вышеуказанных методических рекомендациях для начала предлагается получение письменное заявление от владельца данного предмета.

---

1 По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 УПК РФ: определение КС РФ от 21 декабря 2004 г. N-467-О // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс]

2 Там же.

3 Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п.2 ч.1 ст.53, ч.3 ст.86 УПК РФ и п.3 ст.6 Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”. Одобрено советом Федеральной палаты адвокатов (протокол №5 от 22 апреля 2004 года) // URL: <http://www.frapf.ru> [Официальный сайт Федеральной палаты адвокатов РФ].

4 Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п.2 ч.1 ст.53, ч.3 ст.86 УПК РФ и п.3 ст.6 Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”. Одобрено советом Федеральной палаты адвокатов (протокол №5 от 22 апреля 2004 года) // URL: <http://www.frapf.ru> [Официальный сайт Федеральной палаты адвокатов РФ].

В заявлении, помимо реквизитов, должно быть отражено следующее: когда и при каких обстоятельствах был получен им данный предмет, его отличительные признаки, в связи с чем он желает передать его адвокату и для каких целей, сделана ли эта выдача добровольно и не применялись ли к нему какие-либо меры принуждения с целью получения предмета. В отдельных случаях, подпись лица подавшего заявление, рекомендуется нотариально удостоверить. Относительно процедуры рекомендуется участие не менее двух лиц, которые должны засвидетельствовать факт и результаты добровольной передачи предмета. Также возможно участие специалиста на основании п.3 ч.1 ст.53 УПК РФ. По окончании данного процессуального действия, предлагается составить “Протокол получения предмета”, в котором должно быть отражено: время и место получения предмета, кто проводил данное действие, на основании чего был получен данный предмет, с участием каких лиц производилось получение предмета и его осмотр, какие технические средства применялись при этом, какой предмет был получен, результаты его осмотра, был ли упакован предмет и каким образом опечатан предмет. С данным документом должны быть ознакомлены все участники выдачи и получения предмета, после ознакомления всем участникам право сделать дополнения и замечания, после чего они подписывают данный документ. Аналогичный порядок должен быть соблюден также при получении документов.

**Опрос лиц с их согласия.** Как и предыдущее действие, опрос лиц адвокатом может быть проведен только с их согласия. Порядок собирания защитником путем опроса лица, в отличие от производимых следователем или дознавателем допросов, специально не регламентируется. Опрос защитника, в вышеуказанных методических рекомендациях федеральной палаты адвокатов рекомендуется фиксировать в специальном документе под названием “Протокол опроса лица с его согласия”, который может быть оформлен в виде ответов на конкретные вопросы, либо в форме свободного рассказа с постановкой уточняющих вопросов в конце него. Также, беря во внимание неурегулированность данной процедуры, думается разумным применить ст.ст. 189-191 УПК РФ, регламентирующие содержание протокола. Таким образом, в протоколе опроса лица с его согласия, должны быть указаны: сведения об адвокате, проводившем опрос, с указанием адвокатского образования, адвокатской палаты субъекта РФ, в которых значится этот адвокат, его номер в соответствующем реестре и номер ордера, на основании которого он выполняет поручение по данному делу; фамилия, имя, отчество, дата и место рождения опрашиваемого лица, его место жительства, место работы, должность, домашний и рабочий телефоны, сведения о документах, удостоверяющих его личность, отношение обвиняемого к потерпевшему; отметка о согласии на опрос.

Следует указать мнение Конституционного Суда РФ, выраженное в Определении от 21.12.2004 N 467-О. Где утверждается, что само по себе отсутствие процессуальной регламентации формы проведения опроса и фиксации его результатов не может рассматриваться как нарушение закона и основание для отказа в приобщении результатов к материалам дела. При этом

полученные защитником в результате опроса сведения могут рассматриваться как основание для допроса указанных лиц в качестве свидетелей или для производства других следственных действий, поскольку они должны быть проверены и оценены, как и любые другие доказательства, с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела.

Представляет собой интерес вопрос, поставленный перед Конституционным судом относительно конституционности отсутствия при опросе таких гарантий как: предупреждения свидетеля об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний или за дачу заведомо ложных показаний, а также разъяснение права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников. Конституционный суд в своем определении по данному вопросу указал, что наделение защитника такими полномочиями означало бы придание ему вопреки требованиям Конституции РФ и уголовно-процессуального законодательства не свойственной ему процессуальной функции<sup>1</sup>. Представляется, что данная позиция является правильной, так как наделение защитника такими полномочиями в перспективе приравнивало бы его к органам государства. И это могло бы привести к некоторым злоупотреблениям, ввиду отсутствия в законе регламентаций собирания защитником доказательств. Тем более, следует учитывать 159 ст. УПК закрепляющую механизмы, устраняющие данную “неполноценность” защитника.

На практике случаются казусы, в которых сведения добытые адвокатом не приобщаются к материалам уголовного дела, в связи с тем, что опрашиваемые лица к моменту проведения опроса являлись потерпевшими или свидетелями. Данное решение Верховный суд РФ аргументировал следующим: По смыслу ч. 3 ст. 86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства, в том числе и путем опроса лиц с их согласия, которые не являются свидетелями (потерпевшими) в установленном порядке. М,Р,В и К. к моменту проведения защитником Афанасьевым и по его поручению адвокатом Республики Грузия их опроса уже являлись потерпевшими и свидетелем по делу, в связи с чем могли быть допрошены только в установленном законом порядке”<sup>2</sup>. Исходя из буквы закона, данная позиция ВС РФ, является верной, но практически “неудобной”, так как следователь проводя допрос, может не затронуть вопросы, которые являются важными для защиты. И в таком случае, адвокат может заявить либо ходатайство о проведении дополнительного допроса либо допросить лицо в порядке 278 ст. УПК РФ. Но возможны случаи, когда лицу известны такие обстоятельства, зная которые следователь мог бы прекратить уголовное преследование, не доводя уголовное дело до суда, но ходатайство защиты о проведении дополнительного допроса не было удовлетворено.

Как было указано выше, совет федеральной палаты адвокатов, предлагает определять доказательства собранные адвокатом в качестве иных документов.

---

<sup>1</sup> По жалобе гражданина А.А. Бугрова на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ: опред. КС РФ от 4 апреля 2006 г. N 100-О // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс ].

<sup>2</sup> Постановление Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ о возобновлении производства по уголовному делу ввиду новых обстоятельств от 20 января 2010 года N-1PK10 // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс ].

Но в отношении протоколов опроса это является спорным. ВС РФ, рассматривая уголовное дело о фальсификации защитником протоколов опросов, приобщенных к материалам уголовного дела в качестве иных документов, указал : сведения, полученные защитником в результате опроса, могут стать доказательствами по уголовному делу только тогда, когда опрошенное защитником лицо подтвердит эти сведения на допросе, проведенном в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона дознавателем, следователем, прокурором или судом. Протокол опроса является лишь формой фиксации хода и результатов опроса<sup>1</sup>.

Вместе с тем, в УПК не упоминается о получении от тех же лиц письменных объяснений. На практике легко представить ситуацию, когда защитнику гораздо удобнее не опрашивать иногороднего свидетеля лично, а попросить его изложить известные ему сведения по делу или письменно ответить на поставленные вопросы и направить ответ по почте. Поэтому, беря во внимание ч.1 и 2 ст. 16 УПК РФ и отсутствие такого запрета в УПК, можно сказать, что данное действие приемлемо и не противоречит закону. Ведь в противном случае защитнику придется тратить значительное время на поездку, а это может пагубно сказаться на его работе по защите подозреваемого или обвиняемого.

**Истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы и их копии.** Осуществление данного полномочия, рекомендуется проводить путем направления запроса, в котором должны быть указаны запрашиваемые документы, а также указана мотивировка их предоставления. Также на практике рекомендуется, указывать в данных запросах сроки его разрешения со ссылкой на действующее законодательство о порядке разрешения обращений граждан. На мой взгляд, не лишним будет и упоминание об административной ответственности за отказ в предоставлении информации, в соответствии со ст. 5.39 Кодекса РФ об административных правонарушениях<sup>2</sup>. Которая, кстати, и обеспечивает закрепленную в п.3, ч.3, ст. 86 УПК РФ, обязанность в предоставлении соответствующих документов и их копий.

При этом, отвечая на запрос адвоката, соответствующие органы или организации вправе провести исследования или эксперимент и впоследствии сослаться на него при ответе адвокату. Однако, данные доказательства могут быть недопустимыми, в случае если они даны вне рамок предварительного расследования или судебного заседания<sup>3</sup>.

В рамках данной работы, также хотелось бы указать на другие спорные моменты, связанные с закреплением в качестве доказательств сведений добытых защитником. Во-первых, это относимость доказательств или сведений

---

1 Кассационное Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10.08.2006 по уголовному делу N 39-006-9 // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс ].

2 Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 01.03.2012) // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс ].

3 Определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 8 февраля 2007 г. N 33-007-1 // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс ].

претендующих на статус доказательств. Ведь адвокат, заявляя ходатайство о приобщении определенных сведений в качестве доказательств, предполагает их способность установить наличие или отсутствие обстоятельств подлежащих доказыванию, указанных в ст.73 УПК РФ, и таким образом повлиять на исход дела. В свою очередь, следователь или дознаватель могут не согласиться с относимостью данных доказательства, так как может возникнуть ситуация “недопонимания” между адвокатом и данными субъектами. Такие случаи могут быть обусловлены различными причинами. Например, когда адвокат с помощью длинной логической цепочки намеревается обосновать наличие или отсутствие определенных фактов, используя определенное доказательство.

Во-вторых, имеют место проблемы с законодательной регламентацией этого института. В частности, есть известная неопределенность в отношении осмотра адвокатом места происшествия, по которому в литературе и на практике сложились диаметрально противоположные точки зрения. Так, например, А.В Пилюк утверждает о наличии такой практики<sup>1</sup>. В свою очередь Верховный суд РФ в одном из своих определений указал: ” что касается права защитника собирать доказательства, то оно закреплено в части 3 ст. 86 УПК РФ, и проведение таких следственных действий как осмотр места происшествия к компетенции защитника не относится”<sup>2</sup>. Представляет также интерес, Определение Верховного суда по схожему делу, где указано: “позиция суда о признании доказательствами и исследования с участием присяжных заседателей фотографий и схемы места происшествия, изготовленных адвокатом является ошибочной и как обоснованно указано в кассационном представлении, на основании принятого судом неправомерного решения защита получила возможность подвергнуть сомнению допустимость доказательств обвинения - протокол осмотра места происшествия и свидетельские показания очевидцев преступления”<sup>3</sup>. Что может говорить о реальной проблеме реализации принципа состязательности в российском уголовном процессе или, что более справедливо, о том, что данный принцип фактически не работает, так как не имеет выражения в нормах особенной части уголовно-процессуального кодекса РФ.

Подходя к завершению, хотелось бы кратко упомянуть очень интересный вопрос, тесно связанный с данным исследованием и выше затронутой проблемой состязательности. Сегодня нередко в научной литературе можно встретить предложения формирования и закрепления в законе института адвокатского расследования. Чаще всего за это ратуют сами адвокаты<sup>4</sup>. Однако, немало ученых возражает против введения такого параллельного расследования. Однако, не углубляясь в рассмотрение этих полярных точек зрения, думается, что такой институт является чужеродным для российского уголовного процесса, основанного на публичном начале. Введение

1 Пилюк А.В. Собирает ли адвокат доказательства? - декларация или реальность? // Российская юстиция. - М.: Юрист, 2010, № 3. - С. 33.

2 Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 11 ноября 2008 г. N-58-008-81 // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс].

3 Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 27 ноября 2007 г. По делу N 5-006-159СП // URL: <http://www.consultant.ru> [Консультант плюс].

4 Представителем этой позиции можно назвать Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования. М.: Юрист, 2009. 258 с.

«параллельного расследования» должно было бы сломать все сформировавшиеся и устоявшиеся сегодня уголовно-процессуальные отношения. Работать такой институт может только в правовой системе с развитым состязательным процессом, где закон не требует от органов следствия полноты, объективности и всесторонности расследования.

Подводя итоги, следует отметить, что в современном российском уголовном процессе адвокат не является субъектом доказывания, со всеми вытекающими отсюда последствиями, возможно, поэтому процедура собирания адвокатом сведений, претендующих на статус доказательств, до сих пор законодательно не урегулирована. И в связи с этим, на сегодняшний день адвокатам по данному вопросу представляется разумным руководствоваться практикой вышестоящих судов (в особенности Верховного и Конституционного суда), рекомендациями палат адвокатов различного уровня и доктриной уголовного процесса.

## **Реализация права на справедливый суд в российском уголовном процессе**

Высоцкая Дарья Александровна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тузов Андрей Геннадьевич,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Несмотря на рост числа правовых актов, и утверждение приоритета естественных прав человека и демократических принципов, справедливость не стала ближе человеку. Для большинства юристов понятие права и справедливости являются неразрывно связанными, однако такая связь является далеко не очевидной. Есть множество примеров, когда абсолютно законное решение является несправедливым и наоборот. Следовательно, видится необходимость в исследовании понятия и содержания права человека на справедливое рассмотрение его дела, как в международных, так в и национальных судах. Но что же понимать под справедливостью?

Справедливость - соразмерность, сбалансированность, равная доступность прав и свобод, их одинаковая обеспеченность обязанностями, средствами поощрения и принуждения.<sup>1</sup>

Справедливость - добродетель правильного отношения к другим.<sup>2</sup> В нашем понимании трактовка Платона выражается в том, что каждый человек должен поступать к другим так, как бы хотел, чтобы они поступали к нему.

В ряде трудов справедливость в большей степени рассматривается как философская категория. Именно в философской науке появились и нашли свое дальнейшее развитие первые представления о справедливости. В современной философской литературе в большинстве случаев справедливость рассматривается в качестве меры, масштаба, критерия для соотношения, соизмерения явлений, происходящих в обществе.

Справедливость - оптимальное разрешение противоречий между духовным равенством людей и их физическим неравенством.<sup>3</sup> На наш взгляд, говоря о справедливости, мы не можем забывать о том, что ее идея состоит как в правовом равенстве, так и в правовом неравенстве, именно поэтому мы в большей мере склоняемся к определению справедливости, данное выдающимся русским философом, правоведом, политологом Иваном Александровичем Ильиным.

В жизни демократического государства и общества важное место занимает судопроизводство как средство достижения законности и

---

1 Шафиров В.М., доктор юридических наук, профессор.

2 Платон. Законы. М., 1999 г. С. 79

3 Выдающийся русский философ, правовед, политолог Ильин Иван Александрович.



справедливости. Справедливый суд дает возможности гражданам защитить себя посредством справедливого судопроизводства. Именно поэтому нам следует понять, что значит справедливое судебное разбирательство.

Вступив в Совет Европы, и ратифицировав в марте 1998 г. Европейскую Конвенцию о защите прав и основных свобод, Россия присоединилась к Европейской системе охраны прав человека, включающей в себя не только обязанность охранять и соблюдать зафиксированные в Конвенции права и свободы, но и признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека.<sup>1</sup>

Согласно ч.1 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью российской системы права. Более того, в той же части Конституция РФ объявила, что общепризнанные принципы и нормы международного права, содержащиеся в ратифицированных Россией международных договорах, имеют преимущество перед внутригосударственными законами. Согласно ч.3ст.46 Конституции РФ «Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в международные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты». Под исчерпанностью внутригосударственных средств правовой защиты понимается вступление судебного решения (приговора) в законную силу. Европейский Суд не является еще одной инстанцией правомочной пересматривать судебные решения, постановленные российскими судами. Задача Европейского Суда состоит в том, чтобы определить имело ли место нарушение той или иной нормы Конвенции или нарушение отсутствует, а также и в том, чтобы удостовериться, было ли судебное разбирательство в целом справедливым, включая и то, как были получены доказательства.<sup>2</sup>

В преамбуле Европейской конвенции говорится о том, что основные свободы являются фундаментом справедливости и мира во всем мире, а ст. 6 определяет "право на справедливое судебное разбирательство". Это совокупность процессуальных прав, осуществление которых зависит не только от волеизъявления лица, которому оно принадлежит, но и от действий органов и лиц, рассматривающих дело, и применяемых процессуальных правил. Оно включает в себя три различных элемента организации и проведения судебного разбирательства: право на доступ к правосудию; ряд требований в отношении организации и состава суда; процессуальные гарантии, касающиеся непосредственно самого процесса судебного разбирательства. Помимо прямо упомянутых в ст. 6 элементов справедливого разбирательства к таковым относится ряд прямо не сформулированных положений, но сложившихся в практике Европейского суда (например, право на доступ к правосудию).

Если говорить о реальном, а не о должном, то следует констатировать дефицит справедливости в стране, который нередко выражается в несоответствии российского законодательства международным стандартам, росте недоверия населения к правоохранительным органам и судам,

---

1 Статья 6 ЕКПЧ Прецеденты и комментарии Нула Моул Катарина Харби Л.Б. Алексеева с. 3.

2 Ягофаров С.М. Международные стандарты по правам человека и российское уголовное судопроизводство: учебное пособие / под ред. доктора юр. наук, профессора А. П. Гуськовой. Оренбург, 2006 – 91 с.

обусловленный прежде всего отсутствием веры в возможность данных структур восстановить справедливость, защитить права и свободы человека. Остается актуальным вопрос о судебных ошибках. Многие судебные постановления выносятся с грубейшими нарушениями процессуальных и материальных норм, а впоследствии отменяются и направляются вышестоящей судебной инстанцией на новое рассмотрение. Граждане вынуждены годами обивать судебные пороги в поисках справедливости. Всем известны опасения судьи вынести либеральный приговор. Если кассационная инстанция посчитает необходимым изменить слишком либеральный приговор, она должна будет отменить этот приговор и передать дело на новое рассмотрение. Судья, чей приговор был отменен, считается допустившим «брак», определенную погрешность в работе. Если же приговор будет признан слишком суровым, срок наказания может быть снижен кассационной инстанцией без его отмены, причем в этом случае в адрес судьи никаких нареканий не поступит. Данная ситуация создает условия, при которых судьи могут выносить приговоры с известной подстраховкой.<sup>1</sup>

При вынесении решения суд должен учитывать постановления Европейского суда по правам человека, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подлежащих применению в данном деле.<sup>2</sup> Кроме того, согласно п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" Российская Федерация как участник Конвенции о защите прав человека и основных свобод признает юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случае предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после вступления их в силу в отношении Российской Федерации. Поэтому применение судами вышеназванной Конвенции должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В уголовном судопроизводстве законодатель не пошел по пути закрепления принципа справедливости в конкретной формулировке, а использовал его посредством регулирования некоторых его составляющих, подразумевая эту категорию в целом. Ряд авторов полагает, что отсутствие в уголовно-процессуальном законе статьи, прямо формулирующей принцип справедливости, не означает, что действующее уголовное законодательство не следует его положениям. Весь уголовно-процессуальный закон рассматривается через призму справедливости. Справедливостью определяется качество закона и его реализация.

Как известно, принцип может быть оформлен в одной статье закона, а может вытекать из многих его статей. Но, для уголовно-процессуального права,

---

<sup>1</sup> Мирза Л.С. Категория справедливости в уголовном процессе. Адвокатская практика 2007, № 6.

<sup>2</sup> Подпункт "в" п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. N 23 "О судебном решении".

на наш взгляд, это видится невозможным, так как толкование принципа субъективно. Если органы государственной власти будут сами толковать принцип справедливости, то ее нам не достичь, ведь они должны единообразно толковать принцип справедливости, потому что именно этот принцип является рычагом уголовно-процессуальной деятельности, благодаря которому мы достигаем цели: защита прав и законных интересов лиц.

Но, что же такое принцип? Определение принципа, которое по нашему мнению, отражает его сущность-требование к деятельности, которое реализуется органами государства, а также, которое гарантирует достижение уголовно-процессуальной цели деятельности. Таким образом, можно говорить о выделении принципа справедливости, на котором зиждется уголовное судопроизводство.

Справедливость представляет собой узловую, общеправовую принцип, который вбирает в себя все иные принципы, интегрирует их и через них проявляется в действительности. Таким образом, справедливость своеобразно преломляется в нормах права, которые должны ей соответствовать, а те, которые лишены начал справедливости, не могут выполнить свое назначение. Среди таких принципов выделяются презумпция невиновности, гласность и устность судебного разбирательства, уважение чести и достоинства личности, право на судебную защиту и доступ к правосудию; осуществление правосудия только судом и др.

Социальная справедливость в сфере реализации права - независимость и беспристрастность судей при решении споров о праве, обоснованность выводов фактическими обстоятельствами дела, равенство перед законом, соответствие между целями законодателя и средствами, избираемыми для их достижения.<sup>1</sup>

В уголовном процессе о справедливости упоминается в ч. 2 ст. 6 УПК РФ, устанавливающей назначение уголовного судопроизводства: уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от реабилитации каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию. Однако, уголовное судопроизводство социально ценно потому, что предназначено охранять и защищать права и свободы личности, которые в статье 2 Конституции РФ провозглашены высшей ценностью в государстве. Во исполнение указанного предписания (ст.6 УПК РФ) назначением уголовного судопроизводства является защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Иными словами, приоритет в государственной правовой охране на международном и национальном уровнях отдан защите личных интересов. Что на наш взгляд является справедливым и социально ценным.<sup>2</sup>

Т.Г. Морщакова утверждает, что "справедливость приговора не может быть сведена к его законности и обоснованности. Она выступает как их

---

1 Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 159.

2 Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук Смирной И.Г., Социальная ценность Российского уголовного судопроизводства 2012,с.22

нравственная оценка в глазах общества, должна быть отражением социальной справедливости. Законный и обоснованный приговор может не быть справедливым, если действующий и примененный уголовный закон уже не соответствует социальным потребностям. Закон может не отражать изменившиеся нравственно-правовые воззрения общества. Приговор, отвечающий требованию справедливости, должен это учитывать".<sup>1</sup>

В доктрине уголовного права считается, что принцип справедливости в полном объеме не может быть соблюден. "Один лишний удар, один лишний или недостающий талер или грош, одной неделей, одним днем меньше или больше тюремного заключения есть уже несправедливость".<sup>2</sup> Это действительно так, ибо некоторые виды вреда не могут быть восполнены никакими карами (например, при лишении человека жизни). "Справедливость есть некая середина между излишеством и нехваткой", центральным понятием, характеризующим справедливость, выступает "соразмерность".<sup>3</sup>

Исходя из анализа решений постановлений ЕСПЧ к требованиям справедливости правосудия по уголовным делам, которые должны быть отражены и в национальном праве необходимо отнести:<sup>4</sup>

а. Презумпция невиновности (ч. 2 ст. 6 ЕКЗПЧ). Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком. Это означает, что обвиняемый не должен доказывать свою невиновность, а, напротив, обвинение должно предоставить веские и юридически безупречные доказательства вины подсудимого (обвиняемого). При этом любое обоснованное сомнение в доказательствах трактуется в пользу обвиняемого.

б. Уведомление о характере и основании предъявленного обвинения (п. «а» ч. 3 ст. 6 ЕКЗПЧ). Это означает ознакомление с доказательствами. Без уведомления об обосновывающих обвинение доказательствах сторона защиты не может полноценно выполнять свою функцию. Если лицо знает лишь то, в чем его обвиняют, но не знает на основании чего, оно не может полноценно оспаривать аргументы своего процессуального противника.

в. Предоставление достаточного времени и возможностей для подготовки своей защиты (п. «б» ч. 3 ст. 6 ЕКЗПЧ) обеспечивает обвиняемому гарантии от "поспешного суда". Из этого положения также вытекает, что суд над обвиняемым должен состояться в разумные сроки. Это право подразумевает наличие у обвиняемого "возможности адекватной организации своей защиты без ограничения возможности предъявления суду всех важных для защиты аргументов". Это право включает в себя также возможность беспрепятственного общения обвиняемого со своим защитником как в период подготовки дела к слушанию, так и в дальнейшем, в объеме, необходимом для подготовки защиты.

1 Уголовно-процессуальное право: Учебник / Под ред. П.А. Лупинской. М.: Юристъ, 2003. С. 517.

2 Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1934. С. 234.

3 Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Соч.: В 4 т. Т. 4. М., 1983.

4 Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный. / Под общ. ред. А.В. Смирнова. 2-е изд., доп. и перераб. СПб., 2004. с. 848

г. Право на юридическую помощь (п. «с» ч. 3 ст. 6 ЕКЗПЧ) гарантирует право лица, обвиняемого в уголовном преступлении, "защищать себя лично или посредством выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, защитник должен быть ему предоставлен бесплатно, когда того требуют интересы правосудия". Целью данного положения является недопущение рассмотрения дела против обвиняемого "при отсутствии должным образом организованной защиты".

д. Право на вызов и допрос свидетелей на основе полного равенства (п. «d» ч. 3 ст. 6) означает, что лицу, обвиняемому в совершении уголовного преступления, гарантируется право "допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, а также иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него".

е. Право на помощь переводчика (п. «е» ч. 3 ст. 6 ЕКЗПЧ) гарантирует лицу, которому предъявлено обвинение в уголовном преступлении, "пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке". Право пользоваться услугами переводчика предполагает ситуацию, когда подсудимый не владеет используемым в судебном слушании языком в достаточной мере.

Выделив требования к справедливому процессу, мы задались вопросом: а отражены ли данные стандарты справедливого судебного разбирательства в национальном праве, в РФ? Да, некоторые из них прямо зафиксированы в УПК РФ, но часть из них нигде не находит своего отражения. Например, в статье 14 УПК РФ упоминается о принципе презумпции невиновности, в статье 16 УПК раскрывается право на юридическую помощь, статья 18 УПК РФ гарантирует право на помощь переводчика, но о других стандартах больше ничего ни в одной статье УПК РФ прямо не сказано.

Быть может именно поэтому, в последнее время в России довольно много судебных процессов, которые привлекают большое внимание - как внутри страны, так и в международном правозащитном сообществе, а также в политических кругах. Главная причина повышенного внимания к российским судебным разбирательствам - несоблюдение норм справедливого судопроизводства. Именно поэтому, с каждым годом все больше и больше граждан обращаются в поисках справедливости и справедливого правосудия в Европейский Суд по правам человека.

Здесь, поистине пророческими кажутся слова великого российского цивилиста И.А. Покровского, написанные в книге «Государство и человечество»: «...История не хочет остановиться. Она ставит на очередь вопрос о правовой организации всего человечества и общечеловеческого суда... Наступит момент, когда на этом форуме... сможет выступить в качестве истца против своего государства и отдельный человек... Через оболочку государства протянет свои руки личность ко всему человечеству, на государственную совесть будет апеллировать к совести общечеловеческой, и в этой апелляции неотъемлемые права личности найдут себе наивысшую санкцию, которая

только возможно для них здесь – на нашей грешной, но правды ищущей и по правде тоскующей земле».<sup>1</sup>

В заключение, хотелось бы отметить, что большая часть дел в Российской Федерации осуществляется не надлежащим образом, с многочисленными нарушениями ст. 6 ЕКПЗЧ: нарушается право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона и многое другое. Именно поэтому, подача жалоб со стороны граждан РФ становится все более актуальным, более того, число таких жалоб, безусловно, возрастает.

На основе проделанного нами анализа, статистически мы выявили, что в большинстве дел против Российской Федерации предметом нарушения статьи 6 ЕКЗПЧ является нарушение п. «а» ч. 3 ст. 6 ЕКЗПЧ. Уведомление о характере и основании предъявленного обвинения<sup>2</sup>, а также нарушение п. 1 ст. 6 ЕКЗПЧ.<sup>3</sup>

На наш взгляд, видится необходимость в должном проведении судебных разбирательств на основе справедливых требований, указанных в ЕКПЗЧ. Данные требования со стороны судебной власти РФ должны выполняться должным образом. Следовательно, соблюдение требований ЕСПЧ влияет на справедливость судебного разбирательства.

К тому же, необходимо внести четко сформулированные изменения в УПК РФ, касающиеся реализации права на справедливый суд, чтобы ни один судья не смог нарушить неотъемлемое право граждан на справедливое судебное разбирательство. Более того, очень важно, какой человек, будучи судьей, применяет нормы уголовно-процессуального закона, ведь судья, помимо нормы права руководствуется и внутренним убеждением, а значит должен иметь высокий уровень правосознания и уметь справедливо применять нормы права, которые своим содержанием должны базироваться на принципе справедливости.

Дабы создать условия для реализации права на справедливый суд в российском уголовном процессе предлагаем следующее.

Во-первых, видится необходимость расширить судейский состав, так как из-за загруженности судей по рассмотрению дел, у них отсутствует реальная возможность объективно рассматривать дела в разумные сроки и надлежащим образом.

Во-вторых, необходимо создать условия, при помощи которых судья будет не заинтересован в вынесении несправедливого и незаконного судебного решения. Такие условия возможно создать при соблюдении следующих составляющих:

А) Судья должен быть удовлетворен уровнем своей заработной платы.

Б) Судья должен нести потери за вынесение несправедливого, незаконного, неправосудного судебного решения.

---

<sup>1</sup> Цит. По книге Покровский И.А. «Основные проблемы гражданского права» М., 2003, стр. 29

<sup>2</sup> Дело Рябых против РФ от 24.07.2003г.

<sup>3</sup> Дело Бабуринов против РФ, дело Калашников против РФ и др.

В) Необходимо ужесточить меры за любые попытки воздействия на судью, с целью требований от последнего вынесения заведомо неправосудного решения.

В-третьих, все нормы права должны быть справедливыми, справедливость как принцип права должна быть основой справедливого правового регулирования отношений. Тем самым, стремление к справедливости - извечная цель человечества. Поэтому мы предлагаем внести четко сформулированные изменения в УПК РФ, касающиеся реализации права на справедливое судебное разбирательство.

Также мы полагаем, что, выявив требования справедливого судебного разбирательства, мы расширим возможности граждан для защиты их нарушенных прав. Более того, мы уверенно можем заявить, что судебный процесс зиждется на справедливости, тем самым мы со всеми основаниями можем полагать, что справедливость - основа основ.

## **Роль суда в доказывании по уголовному делу на стадии судебного разбирательства**

Дю Марина Александровна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Иванова Ольга Геннадьевна,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Говоря о роли суда в уголовно-процессуальном доказывании, различные авторы обычно для обоснования своей позиции используют два основания, на которых и строится их аргументация. Такими основаниями являются начало или, как часто его любят называть, принцип состязательности либо публичности, а так же указание на процессуальные функции суда в соотношении другими представителями государственных органов в уголовном процессе.

В данном исследовании рассматривается роль суда применительно к процессу доказывания на стадии судебного разбирательства по уголовному делу. Понятно, что без выяснения его содержания, невозможно будет определить функциональное место суда в нем. В юридической литературе существует множество точек зрения, различных подходов и концепций на понятие «доказывание», однако мы будем исходить из того, что уголовно-процессуальное доказывание – это познавательная деятельность, имеющая своих субъектов, свой специфический объект, цели и особую процессуальную форму, закрепленную в законе. Сущность его в единстве мыслительной и практической деятельности, а цель обозначена в ст.ст. 85 и 73 УПК РФ – установление обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Как мы уже упомянули, всякая деятельность осуществляется определёнными субъектами, в уголовно-процессуальной науке их принято именовать субъектами уголовного-процесса. В теории права «субъект» означает «лицо, организация и или иное образование, способное быть носителем субъективных прав и юридических обязанностей». Как было выше сказано, это общетеоретический подход. Однако применительно к уголовному процессу мы должны понимать, что в данном случае мы можем говорить о субъекте уголовно-процессуальной деятельности, как о лице, обладающем правами и обязанностями, которые составляют его полномочия, но этого мало. Это должно быть лицо, разумно реализующее данные ему законом полномочия, который начинает деятельность, отвечает за ее поступательное развитие, изменение, и, в конце концов, прекращение, т.е. за результат. Только тогда можно говорить об активном и заинтересованном в реализации публичного интереса субъекте уголовно-процессуальной деятельности.



Вместе с тем, элементами уголовно-процессуального доказывания являются собирание, проверка и оценка доказательств. Доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию - указывает ст.85 современного УПК РФ. Соответственно, тот, кого мы называем субъектом доказывания, должен иметь легальную возможность осуществлять все вышеназванные действия, причем эта возможность должна подкрепляться реальными, имеющимися в законе полномочиями. Стадия судебного разбирательства является центральной в уголовном процессе, и где, как не здесь, суду, как хозяину данной стадии, проявить свою активность в собирании, оценке и проверке доказательств?

Исходя из этого, мы и проанализируем правомочия суда и, основываясь на полученном результате анализа по каждому из элементов доказывания, сможем сделать вывод о характеристике роли суда в доказывании по уголовному делу.

Первое - **собирание доказательств**. Может ли суд собирать доказательства самостоятельно и по своей инициативе? Основанием различного рода точек зрения в литературе по этому вопросу является разное понимание природы российского уголовного процесса. Так, исследователи, придерживающиеся концепции состязательного уголовного процесса, пишут, что суд в условиях современного уголовного процесса не должен по своей инициативе собирать доказательства, рассматривая эту деятельность как восполнение пробелов предварительного расследования.<sup>1</sup> Другие же высказывают прямо противоположное мнение, указывая, что суд является субъектом собирания доказательств независимо от того, выполняет ли он определенные ходатайства сторон по получению информации или судебные действия, направленные на получение доказательств, осуществляемые им по собственной инициативе.<sup>2</sup>

Мы считаем, что более верной является вторая точка зрения, но, для того, чтобы полноценно оценить возможности суда по собиранию доказательств, необходимо, прежде всего, проанализировать действующее процессуальное законодательство. Формально общее процессуальное положение суда определено в ч.3 ст.15 УПК РФ, в соответствии с которой суд не выступает на стороне обвинения или защиты, а создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Однако законодатель, отнеся данное положение в статью о состязательности сторон, исходит из заявленной им состязательной природы уголовного процесса, хотя, по сути, предусмотренная обязанность создания равных условий для сторон – это не содержательная деятельность суда, а его полномочия по форме. И в научной литературе существует позиция, что суд лишь создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав, ведь стороны обвинения и защиты равноправны перед судом.<sup>3</sup> Мы предлагаем

1 Свиридов М.К. Состязательность и установление истины в уголовном судопроизводстве // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. научных статей. /Томск, 2002. С. 6.

2 Победкин А.В. Некоторые вопросы собирания доказательств // Государство и право. 2003. N 1. С. 61.

3 Леонова Т.В. Роль и полномочия суда в доказывании на стадии судебного разбирательства в условиях состязательности// Справочно-правовая система «Консультант +».

взглянуть на позицию законодателя системно. Известно, что согласно УУС 1864 г. и особенно УПК РСФСР суд самостоятельно определял и направлял ход исследования обстоятельств дела. Сегодня законодатель в ч.1 ст. 86 УПК РФ называет (*наряду с дознавателем, следователем и прокурором*) суд в качестве субъекта, обязанного собирать доказательства. В УПК нет легального определения «собрания доказательств», но прямо сказано, что «собрание доказательств осуществляется путем производства следственных действий и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК»<sup>1</sup>. В качестве "иных процессуальных действий" (а расшифровки этого понятия закон не даёт), могут выступать такие действия как: направление официальных запросов, истребование справок, характеристик и иных документов, поручение изготовления перевода и некоторые другие. Кроме того, ст.29 УПК содержит перечень полномочий, которыми судья обладает на стадии досудебного производства, а глава 37 УПК закрепляет полномочия суда по исследованию доказательств уже в рамках судебной стадии процесса.

Конституционный Суд РФ стоит на той позиции, что «собрание доказательств является не только прерогативой сторон, но и входит в число полномочий суда...»<sup>2</sup>. Конституционный Суд также указал, что ч. 1 ст. 86 УПК РФ как возлагающая на суд собирание доказательств не противоречит ст. 123 Конституции РФ. Вместе с тем по делам, находящимся в производстве суда, только *сам* суд, рассматривая дело в пределах, определенных обвинительным заключением, вправе решать, какие доказательства будут исследоваться в судебном заседании, а также какие меры являются необходимыми для обеспечения получения и исследования тех доказательств, об исследовании которых ходатайствуют участвующие в деле лица<sup>3</sup>. Действительно, нередко участники судебного разбирательства выбирают тактику выжидания или просто занимают в силу каких-либо причин пассивную позицию, однако, если суд, исследуя доказательства в судебном заседании, обнаруживает, что необходимо произвести то или иное процессуальное действие, то он не только это может сделать, но и обязан, потому как суд не может закрыть глаза на неполноту, недостаточность или необъективность доказательств.

В этой связи также показательным является Определение Конституционного Суда РФ от 20.11.2003 N 451-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Веккера Сергея Вадимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 86, 87, 235, 252, 253, 283 и 307 УПК Российской Федерации", в котором Конституционный суд указывает следующее: **"осуществление судом функции правосудия в публичном по своему характеру уголовном процессе (выделено авт.)** предполагает законодательное наделение его правом проверять и оценивать с точки зрения относимости, допустимости и достоверности, представленные сторонами обвинения и защиты доказательства как путем установления их источников и сопоставления с другими

1 Ч.1 ст.86 Уголовно-процессуального кодекса РФ: федер. закон от 18.12.2001 N 174-ФЗ.

2 Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. N 104-О О «Об отказе в принятии и рассмотрении запроса Бокситогорского городского суда Ленинградской области о проверке конституционности ч. 1 ст. 86 УПК РФ» // Справочно-правовая система «Гарант».

3 Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за II квартал 2004 года. С. 52// Справочно-правовая система «Консультант +».

доказательствами, имеющимися в уголовном деле либо представляемыми сторонами в судебном заседании, так и путем получения и исследования - в рамках обвинения, предъявленного подсудимому либо измененного в соответствии с уголовно-процессуальным законом, - иных доказательств, подтверждающих или опровергающих доказательство, проверяемое судом... Иное не позволяло бы суду при рассмотрении уголовных дел давать объективную оценку отстаиваемым сторонами позициям и устранять возникающие в ходе судебного разбирательства сомнения в их обоснованности, а, следовательно, не обеспечивало бы независимость и беспристрастность суда при отправлении правосудия. Принятие судом в целях осуществления правосудия решения о получении доказательств, предназначенных для проверки уже имеющихся в деле доказательств, не препятствует сторонам обвинения и защиты использовать на началах состязательности и равноправия любые предусмотренные законом средства отстаивания своих интересов в суде, включая возражение против получения и исследования таких доказательств в судебном следствии и оспаривание их допустимости и достоверности."

Таким образом, полномочие по собиранию доказательств судом – это его законная обязанность и своеобразная мера реагирования на недостаточно инициативное поведение участников.

**Проверка доказательств.** Частично мы уже затронули этот вопрос выше, говоря о получении судом новых, дополнительных доказательств, предназначенных для проверки уже имеющихся в деле доказательств. Особенностью в данном случае является то, что суд реализует свои права по исследованию доказательств последним, опираясь на уже имеющиеся материалы дела, и кроме того, в процессе судебного разбирательства суд доказательства исследует непосредственно, что дает ему реальную возможность сформировать свое внутреннее убеждение на основе предоставленного обвинением и защитой, а так же полученного самостоятельно, но в рамках законных полномочий. «Судья сам приходит к выводу о доказанности либо недоказанности обвинения, а не оценивает, насколько вероятны (либо сомнительны) те тезисы, которые были представлены сторонами»<sup>1</sup>. Еще Декарт разработал фундаментальный принцип рационального сомнения (*cogito*), состоит он в очищении знания от недостоверных положений и содействии движению к истине. Суд, оценивая исследуемые доказательства по уголовному делу, приходит к определенным выводам о согласованности фактов или их противоречивости. Разрешить выявленные противоречия либо утвердиться в правильности своих выводов суд может путем различных операций: сопоставления доказательств с нормативно закрепленными правилами получения доказательства, например, соблюдены ли правила допроса свидетеля; сопоставления доказательств между собой и со всей совокупностью доказательств, сравнение их с источником, из которого была получена информация, в последующем ставшая доказательством по делу, например, в порядке статьи 287 УПК РФ). В целом можно сказать, что только такой

---

<sup>1</sup> Суховерхова М.А. Роль судьи в процессе доказывания (на примере российского и английского уголовно-процессуального законодательства // Законодательство 2007 №7. С.23.

алгоритм планомерной мыслительной и практической деятельности суда через возникновения сомнения и его разрешения позволяет произвести всестороннее, полное и объективное исследование доказательств по уголовному делу.

Следующим элементом познавательной деятельности суда выступает **оценка доказательств**. Если обратиться к содержанию ст.17 УПК РФ, то при тщательном анализе можно сделать следующий вывод: данный принцип свободы оценки доказательств, как это определяет законодатель, уже предъявляет требование к субъектам уголовно-процессуальной деятельности, в числе которых назван суд, оценивать доказательства самостоятельно и независимо, руководствуясь при этом только правилами формальной и диалектической логики, а не определенной, сложившейся в ходе долгой профессиональной деятельности позицией к тем или иным категориям дел, ведь доказательства не имеют заранее установленной силы, но при этом не выходя за пределы, установленные законом. Законы логики и универсальны и объективны, только основываясь на них, полагаем, суд может дать адекватную, неангажированную ничем оценку доказательств по уголовному делу. Таким образом, оценка доказательств судом является важнейшим этапом познавательной деятельности, в ходе которого у судьи происходит формирование внутреннего убеждения, на основании которого он и должен будет вынести правосудный приговор.

Итак, мы приходим к выводу, что суд сегодня осуществляет собирание, проверку и оценку доказательств на стадии судебного разбирательства по уголовному делу; выполняет активную роль в доказывании по уголовному делу, а значит, является субъектом уголовно-процессуального доказывания на стадии судебного разбирательства. Этот вывод полностью согласуется с точкой зрения, что российский процесс имеет публичное начало и не противоречит действующему законодательству в его системном толковании.

## **Особенности методики расследования убийств совершенных с использованием ядов**

Евсеева Полина Александровна,  
студентка 4 курса юридического факультета  
Сибирского института бизнеса, управления и психологии;

Научный руководитель:  
Гузова Анастасия Степановна,  
старший преподаватель кафедры уголовного права и процесса Сибирского  
института бизнеса, управления и психологии

Смерть, вызванная действием ядовитых или сильнодействующих веществ, поступивших в организм извне, называется отравлением.

В токсикологии ядом называют такое вещество, которое при введении в организм человека извне в малых количествах способно при определенных условиях вызывать химическим или физико-химическим путем изменения, приводящие к болезни или смерти.

В настоящее время во всех отраслях народного хозяйства, медицине и в быту все шире используются химические соединения в виде удобрений, ядохимикатов, технических жидкостей, лекарственных препаратов. Такая широкая «химизация» различных сторон деятельности человека сопровождается увеличением количества тяжелых и смертельных отравлений. В связи с этим возникает необходимость в разработке методов диагностики отравлений новыми химическими веществами и мер по их профилактике.

Изучением отравлений занимается наука о ядах – токсикология. Она изучает физические и химические свойства ядов, вредное действие, пути проникновения, превращение ядов в организме, средства предупреждения и лечения отравлений и возможности использования действия ядов в медицине и промышленности.

Умышленные действия, направленные на причинение тяжкого вреда здоровью, путем использования ядовитых веществ повлекшего смерть человека имеет место быть в различных действиях и проявлениях, но необходимо учитывать ряд условия для наступления желаемых последствий.

Для наступления отравления необходим ряд условий. Одним из них является проникновение ядовитого вещества в кровь, а через нее в клетки органов и тканей. Это нарушает течение нормальных процессов, изменяет или разрушает структуру клеток и влечет за собой их гибель. Чтобы наступило отравление, необходимо ввести определенное количество яда. От количества введенного яда зависят симптомы, тяжесть, продолжительность течения и исход отравления.

Для всех сильнодействующих и ядовитых веществ Государственной фармакопеей установлены дозы, которыми руководствуются врачи в своей практике. Доза может быть терапевтической, токсической и смертельной.

Терапевтическая доза – это определенное минимальное количество сильнодействующего или ядовитого вещества, которое употребляется с лечебной целью; токсическая – вызывает расстройство здоровья, т. е. явления отравления; за смертельную дозу принимается то минимальное количество яда на килограмм веса, которое способно вызвать смерть.

При одной и той же дозе концентрация яда в организме неодинакова: чем больше вес тела, тем меньше концентрация яда и наоборот. На людей одна и та же доза действует по-разному. Введение определенного количества яда крупному, физически крепкому человеку может пройти без каких-либо осложнений, но та же доза, принятая худым и слабым субъектом, может оказаться токсичной. При увеличении дозы ядовитое действие возрастает непропорционально: увеличение дозы в 2 раза может усилить токсичность в 15 и более раз<sup>1</sup>.

Фармакопеей установлены различные дозы для взрослых и детей. Дети обладают повышенной чувствительностью к ядам, в частности к наркотикам. Повышенная чувствительность к ядам наблюдается у стариков, а также у женщин, особенно в период менструаций или беременности. Ухудшает течение и исход отравления наличие у потерпевшего различных заболеваний внутренних органов, особенно печени, почек, сердца. Таким образом, развитие, течение и исход отравления зависят не только от дозы яда, но и от состояния организма.

Одним из необходимых условий развития хронического отравления является так называемая кумуляция яда, т. е. постепенное накопление его в некоторых органах и тканях<sup>2</sup>. Это может иметь место в случаях, когда создаются условия для постоянного поступления в организм небольших доз яда. При этом немаловажную роль играет нарушение процессов выделения яда из организма, поскольку процесс накопления в основном выражается в соотношениях между поступлением ядовитого вещества и выведением его из организма.

Необходимым условием развития отравления является физическое состояние яда, что имеет большое значение в процессе его всасывания и усвоения. Нерастворимые в воде, в желудочно-кишечном тракте ядовитые вещества, как правило, безвредны для организма: они не всасываются или всасываются в кровь в незначительных количествах. Растворимые ядовитые вещества быстро всасываются и поэтому действуют значительно быстрее, например хлористая соль бария, легко растворимая в воде, очень токсична, а нерастворимый в воде и жидкостях организма сернокислый барий безвреден и широко используется в рентгенодиагностической практике. Сильный яд кураре, введенный через рот, не вызывает явлений отравления, поскольку всасывается очень медленно, а из организма выделяется значительно быстрее, но то же количество яда, введенное в кровь, ведет к смерти. Большое значение имеет концентрация яда. Так, сильно разбавленная соляная кислота почти безвредна для организма, а концентрированная является сильнейшим ядом. Особенно

<sup>1</sup> Судебная медицина, М., «Юридическая литература», 1999. 78 с.

<sup>2</sup> Криминалистика. Под ред. Яблокова Н.П. - М., 1999. 156 с.

быстро действуют газообразные яды; попадая через легкие в кровь, они немедленно разносятся по всему организму, проявляя присущие им свойства.

Одним из условий развития отравления является качество яда, т. е. его химическая чистота. Часто ядовитое вещество вводится в организм с различными примесями, которые могут усилить или ослабить действие яда, а иногда и нейтрализовать его.

Умышленные убийства посредством яда в большинстве случаев совершаются путем добавления его к продуктам питания, в кофе, чай или вино. В некоторых продуктах происходит связывание яда с образованием нерастворимых в соках организма соединений, с превращением их в менее ядовитые.

Основными путями введения яда являются желудочно-кишечный тракт, дыхательные пути и кожа.

Внезапная или скоропостижная смерть нередко вызывает подозрение на насильственную смерть, явившуюся результатом отравления. Доказать последнее часто бывает трудно. Поэтому по делам об отравлениях следователь всегда должен привлекать судебно-медицинского эксперта. Для установления или исключения отравления необходимо возможно полнее изучить обстоятельства смерти и картину заболевания, произвести полное судебно-медицинское исследование трупа и судебно-химическое исследование органов и тканей, а также выделений и испражнений пострадавшего, если они обнаружены на месте происшествия.

При исследовании трупа тщательно осматриваются места возможных уколов шприцем. На губах, вокруг рта, на коже щек и подбородка могут быть ожоги от действия едких веществ. Специфический запах изо рта указывает на принятие того или иного яда, например алкоголя, цианистого калия (запах горького миндаля).

Быстрое наступление резкого трупного окоченения может свидетельствовать об отравлении стрихнином и другими ядами, вызывающими судороги. При отравлении некоторыми ядами, изменяющими кровяной пигмент, трупные пятна принимают характерную окраску. Так, окись углерода и цианистый калий придают им розовую, пикриновая кислота – желтую, бертолетова соль – буроватую окраску. Следовательно, уже при внешнем осмотре в ряде случаев можно предположить, чем вызвано отравление и, таким образом, ориентироваться, в каком направлении вести следствие<sup>1</sup>.

Для доказательства бывшего отравления самым важным мероприятием является судебно-медицинское исследование трупа. В морге перед вскрытием трупа проводят наружный осмотр и в акте подробно описывают все видимые изменения. Необходимо предусмотреть, чтобы в труп со стороны случайно не попали какие-либо ядовитые вещества, а также обеспечить сохранность яда в трупе. Поэтому при вскрытии не рекомендуется пользоваться водой для промывания органов и категорически воспрещается применять какие-либо консервирующие средства.

---

<sup>1</sup>Криминалистика. Под ред. Белкина Р.С. – М.: НОРМА, 1999 34 с.

При внутреннем исследовании трупа особенно внимательно изучают пути возможного поступления яда. Важным моментом, является исследование содержимого желудка. При этом очень тщательно рекомендуется проверить, нет ли в содержимом или в складках желудка каких-либо крупинок, кристаллов, частей растений, которые могут являться остатками яда<sup>1</sup>.

Отравление – один из старейших способов убийства. Симптомы не всегда можно узнать. Конечно, внешние признаки воздействия вдыхаемых или принимаемых внутрь ядов известны, но некоторые из них (тошнота, рвота, судороги) могут иметь иную причину. К тому же существуют яды, не оставляющие практических следов, и не всякий яд удастся установить химическими исследованиями. Даже сегодня с помощью инсулина, которым пользуются диабетики, можно совершить убийство, которое никогда не будет раскрыто, так как этот препарат полностью растворяется в крови и установить его наличие невозможно.

И это при современном уровне токсикологии.

Раскрытие преступления с использованием ядовитых веществ даже с учетом современных технологий и уже наработанных методик очень проблематична, так как сам по себе способ убийства специфичен тем, что одновременно служит и способом сокрытия преступного характера наступления смерти, поскольку патологоанатомический анализ обычно называет лишь непосредственную причину смерти – обострение какого-либо соматического заболевания (приступ астмы, острая сердечная недостаточность или же, как в вышеупомянутом случае, «быстрое развитие отека головного мозга»). Необходимо в самые кратчайшие сроки развивать криминалистическую методику расследования подобных преступлений, а также повышать уровень научных знаний судебных – экспертов токсикологов.

---

<sup>1</sup> Судебная медицина, М., «Юридическая литература», 1999. 81 с.



## Причина неэффективности и несвоевременности прокурорского надзора – ч. 6 ст. 37 УПК РФ

Зайцев Василий Сергеевич  
студент 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Барабаш Анатолий Сергеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Прокуратура во взаимоотношениях с органом предварительного следствия большинством авторов рассматривается как субъект надзора. То, что Прокуратура – это именно субъект надзора следует и из закона. Согласно ч. 1 ст. 37 УПК РФ прокурор от имени государства осуществляет надзор за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия. Однако прокурорский надзор некоторые авторы понимают по-разному.

Разберемся в том, что же такое «прокурорский надзор».

Согласно словарю Ефремовой надзор – это наблюдение, присмотр за кем-либо, чем-либо с целью контроля, охраны и тому подобное<sup>1</sup>. Таким образом, в целом, надзор - это наблюдение с целью охраны.

Большинство ученых считают, что под прокурорским надзором нужно понимать проведение органами прокуратуры проверок точности соблюдения Конституции РФ и исполнения требований всех законов, действующих на территории РФ и любого из них в каждом конкретном случае, и требование от поднадзорных субъектов, нарушивших правовые нормы, устранения таких нарушений<sup>2</sup>. Таким образом, большинство авторов в понятие прокурорского надзора включают меры прокурорского реагирования. Правильно ли это?

Как было указано ранее, надзор - это наблюдение с целью охраны. «Охранять» значит защищать кого-либо или что-либо от враждебных посягательств<sup>3</sup>. Защита предполагает принятие каких-либо мер для нейтрализации таких посягательств, конкретно в нашем случае, эти посягательства выражаются в нарушении федерального законодательства. Принятие мер к восстановлению законности в случае ее нарушения – это и есть одно из составляющих осуществления наблюдения с целью охраны. Отсутствие таких мер позволяло бы говорить, что осуществляется просто наблюдение, а не наблюдение с целью охраны, то есть такая деятельность не носила бы надзорный характер.

1 Т.Ф.Ефремова "Новый словарь русского языка"//[<http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Ozhegov-term-16580.htm>].

2 См.: Коробейников Б.В., Басков В.И. Курс прокурорского надзора. М., 2000. С. 7-10; См.: Козлов А.Ф. Прокурорский надзор в РФ. Общая часть. Екатеринбург, 1999. С. 6-11; См.: Ласкина Н.В. Прокурорский надзор: учебное пособие для ВУЗов. М., 2006. С. 3-5; См.: Крюков В.Ф. Курс лекций по прокурорскому надзору: Учебное пособие для юридических вузов и факультетов. Курск, 2000. С. 27; См.: Крюков В.Ф. Прокурорский надзор: Учебник для вузов. М., 2006. С. 32 – 33; См.: Российский прокурорский надзор: учебник для ВУЗов под редакцией Сухарева А.Я. М., 2001. С. 4-9

3 Свободная интернет энциклопедия - Викисловарь//[<http://ru.wiktionary.org/wiki/охранять>]

В ч. 2 ст. 1 ФЗ «О прокуратуре» формулируются цели надзорной деятельности – обеспечение верховенства закона, единства и укрепления законности, защита прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства». В уголовном процессе эта цель конкретизируется через обстоятельства ст. 73 УПК РФ, в установлении которых обязан принимать участие прокурор. Устанавливая их, прокурор должен служить обществу и каждому участнику процесса.<sup>1</sup> Таким образом, можно сделать вывод, что прокурорский надзор за предварительным следствием – это: 1) проверка того, были ли установлены органами предварительного следствия все обстоятельства ст. 73 УПК РФ; 2) проверка того, соответствовала ли деятельность органов предварительного следствия при установлении этих обстоятельств требованиям законности; 3) в случае обнаружения нарушений, принимать меры к их устранению. Из этого нам важно то, что прокурор должен иметь средства реагирования на нарушение законности.

После вступления в силу ФЗ «О Следственном комитете» СК РФ полностью отделился от Прокуратуры. В ныне существующих реалиях прокурор является только субъектом надзора, каких-либо полномочий по процессуальному руководству за предварительным следствием у него теперь нет. Зато руководитель следственного органа имеет практически идентичную с надзором функцию - ведомственный контроль, а также он имеет полномочия по осуществлению процессуального руководства. Правильно ли это? На наш взгляд, нет, поскольку для того, чтобы контроль (надзор) за процессуальной деятельностью органов предварительного расследования стал до конца объективным и беспристрастным, а сам руководитель следственного органа не был связан ведомственной или процессуальной заинтересованностью в исходе дела, руководитель следственного органа должен быть организационно и функционально независим от этих органов. Такое невозможно, поскольку руководитель следственного органа является сотрудником этих органов, к тому же обладает весьма важными полномочиями по осуществлению процессуального руководства. Легко может сложиться следующая ситуация: руководитель следственного органа наделен функциями контроля (надзора) и руководства. Он дает указание подчиненному ему следователю о производстве конкретного следственного действия. После выясняется, что в силу каких-либо причин проведенное следственное действие было необоснованным и незаконным, нарушающим федеральное законодательство, права и свободы граждан. Руководитель следственного органа, обладая контролирующими (надзорными) обязанностями, должен разобраться, из-за чего и по чьей вине были нарушены нормы федерального законодательства. Скорее всего, руководитель следственного органа, если он, конечно, ни Жавер (герой романа Виктора Гюго «Отверженные»), зная, что в нарушении федерального законодательства велика степень и его вины, будет всеми силами стараться, чтобы нарушения федерального законодательства не были преданы огласке. Таким образом, велика вероятность того, что нарушения федерального

---

<sup>1</sup> Барабаш А.С. Прокурорский надзор за предварительным следствием: возвращение к основам // Законность, 2011, № 4. С. 5-10.

законодательства останутся не выявленными и виновные не понесут ответственность, а все из-за того, что человек, отвечающий за контроль (надзор), в своих же руках сосредоточил и функцию руководителя. Получается, что в такой ситуации руководитель следственного органа, обладающий функциями процессуального руководителя и надзора, не может всегда объективно и беспристрастно осуществлять контроль. Таким образом, руководитель следственного органа при расследовании уголовного дела его следователем зачастую может являться заинтересованным лицом.

Из анализа норм УПК следует, что у руководителя следственного органа большие контрольно-надзорные полномочия, которые ранее принадлежали прокурору. Он может отменить незаконные или необоснованные постановления следователя, вынесенные им при производстве предварительного следствия (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК РФ, ч. 4 ст. 39 УПК РФ), а также во время производства предварительного следствия обязать его устранить иные нарушения федерального законодательства. Прокурор же, согласно ч. 6 ст. 37 УПК РФ в случае несогласия руководителя следственного органа не может сделать ничего, кроме как требовать устранения нарушений от вышестоящих руководителей следственного органа и такие требования могут продолжаться вплоть до вынесения решения Генеральным прокурором. Правильно ли поступает законодатель? На наш взгляд, нет. Поясним почему.

Важнее вопроса соблюдения законодательства в ходе предварительного следствия в уголовном судопроизводстве быть не может, поскольку нарушения закона затрагивают важнейшие принципы уголовного процесса - законности, соблюдения прав и свобод человека и гражданина.<sup>1</sup> В итоге от вынесения следователем необоснованного и незаконного решения и других нарушений федерального законодательства страдают все: 1) власть сама себя дискредитирует; 2) граждане получают ущерб и (или) вред от таких решений следователя. Для предотвращения дискредитации властью самой себя и получения гражданами меньшего вреда и (или) ущерба, необоснованные и незаконные постановления следователя должны быть как можно скорее отменены. Возложение полномочий по такой отмене на руководителя следственного органа имеет один наисущественный минус - руководитель следственного органа, как уже было сказано ранее, являясь одновременно процессуальным руководителем и осуществляя ведомственный контроль (надзор), неминуемо становится заинтересованным лицом и поэтому отмена незаконного и необоснованного постановления следователя может затянуться на неопределенно длительный срок.

Выход видится в нахождении лица, которое, во-первых, не связано ведомственной или процессуальной заинтересованностью с органами предварительного следствия, а во-вторых, такое лицо должно при обнаружении незаконности и необоснованности постановления следователя, оперативно отменять их. За поиском такого лица далеко ходить не нужно, в настоящее время это может выполнять прокурор.

---

<sup>1</sup> Гатауллин З. Уголовное преследование как функция прокурора//Справочная правовая система «КонсультантПлюс»

Также стоит отметить, что нет надобности оставлять институт судебного контроля (надзора) при условии, что такие полномочия суда будут переданы прокурору, поскольку суд – орган, который занимается правосудием и просто ни к чему совмещение в его руках еще функции контроля (надзора). Как известно, разделение труда является причиной повышения общей производительности труда организованной группы специалистов, другими словами происходит синергетический эффект<sup>1</sup>. К тому же стоит отметить, что прокурор может быть более активным субъектом надзора при выявлении нарушений, нежели суд, поскольку он, занимаясь сугубо надзором, может сам непосредственно первым выявлять нарушения законности, а не ждать пока ему станет известно о таких нарушениях из жалобы от пострадавших лиц. Сейчас суд непосредственно первым выявлять какие-либо нарушения может только в рамках ч. 1 ст. 29 УПК РФ, в остальных же случаях он этого делать не может. К сожалению, в подобной ситуации сейчас находится и прокурор. Серьезным препятствием к выявлению на раннем этапе нарушений является ч. 2.1 ст. 37 УПК РФ. Она гласит, что прокурор по мотивированному письменному запросу может получить доступ к материалам находящегося в производстве уголовного дела. Но какой запрос является мотивированным? Законодатель не раскрывает, какие именно мотивы могут быть основанием для истребования материалов уголовного дела. В связи с чем единственным мотивом, признаваемым на практике, является наличие жалобы участника уголовного судопроизводства или иных заинтересованных лиц, что полностью исключает возможность проверки материалов уголовного дела по инициативе прокурора<sup>2</sup>. Если изложить эту часть в редакции, позволяющей прокурору знакомиться с материалами уголовного без какой-либо мотивировки, то это позволяло бы прокурору непосредственно первым выявлять нарушения законности, а не ждать пока ему станет известно о таких нарушениях из жалобы от пострадавших лиц.

Из всего вышесказанного приходим к выводу, что требования прокурора об устранении нарушений федерального законодательства должны быть обязательны для следователя независимо от согласия следователя или его руководителем с такими требованиями. В случае с незаконными и необоснованными постановлениями следователя прокурор должен иметь право самостоятельно отменять их своим решением. Не надзирающий должен обжаловать несогласие поднадзорного, а поднадзорный должен обжаловать в случае несогласия требования надзирающего. Поэтому предлагаем ч. 6 ст. 37 УПК исключить, а ч. 3 ст. 38 УПК изложить в следующей редакции:

«В случае несогласия с требованиями прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, следователь обязан представить свои письменные возражения прокурору или обжаловать такие действия вышестоящему прокурору. Такое обжалование не приостанавливает выполнения указанных требований прокурора».

1 Свободная интернет энциклопедия – Википедия// [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%E0%E7%E4%E5%EB%E5%ED%E8%E5\_%F2%F0%F3%E4%E0]

2 Дудин Н.П., Дытченко Г.В. Надзор за следствием органов прокуратуры//Законность, 2010, N 10; СПС «КонсультантПлюс»

Также считаем, что ч. 2.1 ст. 37 нужно изложить в следующей редакции: «По письменному запросу прокурора ему предоставляется возможность ознакомиться с материалами находящегося в производстве уголовного дела».

Также прокурору необходимо передать те полномочия, которые сейчас отнесены к судебному контролю (надзору).

## **О применении к результатам оперативно-розыскной деятельности положений ст. 75 УПК РФ**

Зейналов Илгар Зияддинович,  
аспирант кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Вопросы использования результатов ОРД в уголовном процессе представляли и представляют один из основных блоков проблем в теории смежных дисциплин уголовного процесса и ОРД. Актуальность этих проблем вызвана социальными потребностями защиты человека и общества от преступных посягательств в условиях недостаточно эффективного механизма правоприменения.

В соответствии со ст. 89 УПК РФ в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ.

Буквальный анализ ст. 89 УПК РФ позволяет сделать вывод, что в ней результаты ОРД приравниваются к доказательствам и поэтому должны отвечать предъявляемым к доказательствам требованиям.

Формирование доказательств связано с осуществлением следственных действий, поэтому результаты ОРД не могут быть непосредственно использованы в качестве доказательств, так как законодательно предусмотренная форма и порядок их получения отличаются от уголовно-процессуальных доказательств. Для вовлечения в уголовный процесс фактических данных, полученных непроцессуальным путем, необходимо дополнительно произвести следственные действия, которые позволят субъектам процессуальной деятельности воспринять факты и обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, и облечь их в определенную уголовно-процессуальным законодательством форму. Для этого результаты ОРД должны отвечать ряду требований.

Полученные оперативным путем сведения, материалы, предметы и документы, хотя и связаны с преступлением и являются его следами, сами по себе в качестве доказательств не используются ввиду отсутствия у них распространяющегося на все виды доказательств признака допустимости (п. 1 ст. 88 УПК РФ), «важным элементом которого является известность происхождения информации»<sup>1</sup>. Результаты же ОРД получены из источников, не указанных в законе, и они не названы в качестве доказательств в перечне,

---

<sup>1</sup> Варапаев А. В. О недопустимости доказательств в ракурсе оперативно-розыскной деятельности / А. В. Варапаев // Государство и право: теория и практика: материалы междунар. заоч. науч. конф. (г. Челябинск, апрель 2011 г.). — Челябинск: Два комсомольца, 2011. — С. 183-186.

данном ч. 2 ст. 74 УПК РФ. Это делает фактические данные, полученные в результате осуществления ОРД, сами по себе недопустимыми в качестве доказательств, с формированием которых тесно связана процессуальная форма. Согласно разъяснению Конституционного Суда Российской Федерации непосредственные результаты ОРД «являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований федерального закона от 12.08.1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее по тексту – ФЗ об ОРД), могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона».

Уголовно-процессуальная проверка результатов ОРД схожа с уголовно-процессуальной проверкой доказательств (ст. 87 УПК РФ), но имеет ряд особенностей. Под уголовно-процессуальной проверкой результатов ОРД понимается установление источников доказательств, сформированных на основе результатов ОРД, и исследование соответствия порядка получения и представления результатов ОРД оперативно-розыскным нормам, т.е. исследование оперативно-розыскной допустимости результатов ОРД<sup>1</sup>. В связи с чем полученные оперативные данные должны включать в себя «указания на источник получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством, а также данные, позволяющие проверить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на их основе<sup>2</sup>».

В частности, показания оперативного работника, проводившего данное мероприятие, зафиксированные в установленном законом порядке, отвечают требованиям допустимости доказательств.

Анализ оперативно-розыскного и уголовно-процессуального законодательства дает основания выделить следующие требования к допустимости результатов ОРД:

- наличие надлежащего субъекта, осуществляющего ОРД, действующего в пределах своей компетенции;
- использование предусмотренных законом способов получения сведений о фактах,
- обеспечение установленного законом, подзаконными и ведомственными актами порядка проведения ОРМ;
- соблюдение определенного законом, подзаконными и ведомственными актами порядка закрепления и предоставления для приобщения к делу полученной информации.

Нарушение какого-либо из этих требований влечет признание полученной информации недопустимой для использования в качестве доказательства.

Исключительная важность проблемы допустимости доказательств вытекает из положения ст. 50 Конституции РФ о том, что «при осуществлении

<sup>1</sup>Крапива И.И. К проблеме использования результатов ОРД в процессе доказывания// И.И.Крапива// Военно-юридический журнал. - 2007. – № 12.

<sup>2</sup> Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, утвержденная 17.04.2007 г. приказом МВД РФ № 368, ФСБ РФ № 185, ФСО РФ № 164, ФТС РФ № 481, СВР РФ № 32, ФСИН РФ № 184, ФСКН РФ № 97, Минобороны РФ № 147// СПС «Консультант Плюс».

правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона». Аналогичное, с небольшими отступлениями, положение закреплено в ч. 1 ст. 75 УПК РФ.

Однако есть обратить внимание в ч. 1 ст. 75 УПК говорится о недопустимости доказательств, полученных с нарушением требований УПК РФ, а не закона вообще.

Приведем пример из судебной практики.

Суд счел, что действия лица, осужденного по п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ, не образовывали состава преступления. По мнению суда, по данному делу сотрудник милиции, выполняя все действия, характерные для ОРМ «проверочная закупка», действовал вопреки требованиям ст. 8 ФЗ об ОРД, закрепляющей в качестве обязательного условия проведения «проверочной закупки» наличие соответствующего постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Такого постановления по делу не выносилось. Допрошенный сотрудник милиции показал, что ОРМ «проверочная закупка» не проводилось, провести ОРМ с составлением соответствующих документов сотрудникам милиции не позволили временные ограничения.

Следовательно, по мнению суда, в соответствии со ст. 8 ФЗ об ОРД доказательства признаны недопустимыми, действия сотрудника милиции по существу являлись провокацией преступления, а действия осужденного, совершенные в результате провокации преступления, не образовывали состава преступления.

Постановлением Президиума Ярославского областного суда отменен приговор в отношении П.В.Ю<sup>1</sup>.

Другой пример. Верховный суд Российской Федерации, оправдывая Тарасова в совершении преступления, сослался на недопустимость ряда доказательств, полученных в ходе проведения оперативного эксперимента.

В мотивировочной части определения ВС РФ указал, согласно ч. 7 ст. 8 ФЗ об ОРД, п. 11 Инструкции о порядке представления результатов ОРД оперативный эксперимент проводится на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД. Так как в материалах уголовного дела такое постановление отсутствует, и оно не представлено государственным обвинителем в судебном заседании, то в соответствии со ст. 89, ч. 1 ст. 75 УПК РФ следует признать недопустимыми все полученные доказательства в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия - оперативного эксперимента<sup>2</sup>.

Вышеуказанные примеры позволяют сделать вывод, что суды либо расширительно толкуют ст. 75 УПК РФ: доказательства, полученные с нарушением требований не только Уголовно-процессуального кодекса, но и других нормативно-правовых актов, не может использоваться в качестве

1 Постановление Президиума Ярославского областного суда от 28.09.2011 № 44-у-117// СПС «Консультант Плюс».

2 Определение Верховного Суда РФ от 22.09.2008 N 69-О08-37// СПС «Консультант Плюс».



доказательства; либо применяют данное положение по аналогии, что не допускается.

В самом деле, на сегодняшний день в УПК РФ отсутствует норма, регламентирующая недопустимость доказательств, полученных с нарушением требований ФЗ об ОРД. Суд, признает, что результаты ОРД не соответствуют требованиям, предъявляемым к ним в соответствии с ФЗ об ОРД, но признать их недопустимыми он не мог, т.к. ч. 2 ст. 75 УПК РФ дает исчерпывающий перечень по которым доказательство может быть признано недопустимым:

1) показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде;

2) показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности;

3) иные доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ.

Из приведенных примеров следует, что проведенные ОРМ не соответствуют требованиям, предъявляемым к ним не УПК РФ, а ФЗ об ОРД.

Последующая же проверка результатов ОРД, заключающаяся, например в допросе лица, проводившего ОРМ, приведет к получению нового доказательства – показания свидетеля, которое может быть допустимым, если его получение полностью соответствует УПК РФ.

Хотелось бы отметить, до принятия УПК РФ в уголовно-процессуальном законодательстве РСФСР не содержалось понятия «недопустимые доказательства». Также как не было и таких дефиниций, как относимость, достоверность, достаточность. Указанные категории использовались и исследовались в теории доказательственного права и достаточно широко применялись в правоприменительной практике. Следует одобрить позицию законодателя, решившего воспользоваться научными разработками, а также опытом судебной и прокурорско-следственной практики.

УПК РФ содержит отдельную статью, в которой говорится о том, какие доказательства должны признаваться недопустимыми, но ввиду ее не полноты, суды принимают незаконные решения.

Предлагаем дополнить ч. 1, п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, что бы норма имела следующий вид:

1. Доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, иных нормативно-правовых актов являются недопустимыми. ...

2. К недопустимым доказательствам относятся:

...

3) иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, иных нормативно-правовых актов.

## Пределы полномочий суда при избрании меры пресечения

Иванова Ольга Геннадьевна,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Озвученная в заглавии проблема связана с пониманием функции и полномочий суда при рассмотрении вопроса избрания меры пресечения. Какой альтернативой обладает суд: применить, предлагаемую следователем (дознавателем) меру пресечения или нет? Либо это альтернатива заключается в ответе на вопрос – применить предложенную следователем (дознавателем) меру пресечения (например, заключение под стражу) или иную меру пресечения? Должен ли суд, например, отказывая в избрании заключения под стражу в качестве меры пресечения, предложить иную меру пресечения?

В своих выводах мы исходим из того, что решение об избрании меры пресечения судом принимается в результате осуществления полномочий по судебному контролю за законностью и обоснованностью действий и решений органов следствия и дознания. Как пишет Ковтун Н.Н., задумывалось, что по нормам УПК РФ именно независимый и беспристрастный суд возьмет на себя обязанность объективной проверки и оценки действительного наличия юридических и фактических оснований для (возможного) ограничения прав и свобод личности по внесенному в суд требованию следственных органов. Декларировалось, что, являясь органом судебной власти, будучи априори исключенным из общей системы государственных органов, ориентированных на борьбу с преступностью, именно суд сможет стать надежным барьером на пути ведомственных интересов правоохранительных органов, будет в состоянии исключить массовое применение мер процессуального принуждения при отсутствии к тому оснований<sup>1</sup>.

Как известно, по общему правилу, в соответствии с ч. 1 ст. 108 УПК РФ заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. Но что это значит в действительности и как применить это положение на практике понимают далеко не все. Так, в Справке Кемеровского областного суда от 16.02.2010 N 01-26/137<sup>2</sup> указано, что Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Кемеровского областного суда от 15.10.2009 отменено постановление Центрального районного суда г. Кемерово от 03.10.2009 об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении В. Как указала судебная коллегия, судом были нарушены требования ст. 99 УПК РФ и при избрании меры пресечения не обсужден вопрос о возможности избрания иной меры пресечения, кроме содержания под стражей, с учетом данных о личности обвиняемого и иных обстоятельств,

<sup>1</sup> Ковтун Н.Н., Сулова Е.Н. Эффективность оперативного судебного контроля // Уголовное судопроизводство. 2010. N 3. С. 7 - 15.

<sup>2</sup> Справка о причинах отмены и изменения приговоров и других судебных решений по уголовным делам, постановленных районными (городскими) судами Кемеровской области в 2009 году // СПС КонсультантПлюс (по состоянию на 01.07.2011 г.).

заслуживающих внимания, при том, что из пояснений обвиняемого и адвоката в судебном заседании видно, что ими предлагалось избрать меру пресечения в виде залога. Вместе с тем, судом исследовались данные о личности обвиняемого В., о его семейном положении и состоянии здоровья, о них указано в постановлении, однако данные обстоятельства, как отметила коллегия, не оценены в свете ходатайства об избрании в отношении В. иной меры пресечения, кроме заключения под стражу. То есть, если есть встречное ходатайство со стороны обвиняемого (подозреваемого) или его защитника о применении иной, более мягкой меры пресечения, то оно должно быть рассмотрено в этом же судебном заседании. Суд должен дать оценку доводам, приведённым обеими сторонами и вынести мотивированное, законное и обоснованное решение. Вряд ли это спорное положение.

С другой стороны, должен ли суд самостоятельно избирать иную меру пресечения, если отказывает в удовлетворении ходатайства следователя (дознателя)? Разные мнения правоприменителей и ошибки встречаются и здесь. Например, в Бюллетене суда Еврейской автономной области за II полугодие 2009 года<sup>1</sup> говорится: «в связи с нарушением требований ст. 97 УПК РФ судебная коллегия отменила постановление Октябрьского районного суда в отношении Я. Следователь ОВД по Октябрьскому району ЕАО обратился в суд с ходатайством о продлении обвиняемому Я. срока содержания под стражей. Судья отказал в его удовлетворении, сославшись на то, что "в материалах отсутствуют достаточные данные, позволяющие суду согласиться с доводами следователя о том, что на свободе обвиняемый может угрожать потерпевшему и свидетелям, иным образом воспрепятствовать производству по делу, а также скрыться от следствия и суда либо продолжить заниматься преступной деятельностью". Вместе с тем при таких обстоятельствах судья избрал Я. меру пресечения в виде домашнего ареста на период предварительного следствия и судебного разбирательства. В данном случае суд не учел, что в ст. 97 УПК РФ перечислены основания не только для избрания заключения под стражу, но и для избрания всех иных мер пресечения, в том числе и домашнего ареста. Если суд пришел к выводу об отсутствии оснований для избрания меры пресечения, он не вправе был помещать Я. под домашний арест». Эта позиция представляется нам достаточно логичной. По нашему мнению, избрание меры пресечения происходит в два этапа – на первом выясняется наличие или отсутствие необходимости избрания какой-либо меры пресечения вообще. И только если такая необходимость есть, то на втором этапе из предложенного законодателем перечня компетентному органу следует выбрать конкретную, подлежащую применению в данном случае, меру пресечения. Получается, суд должен в своём решении обосновать либо отсутствие оснований для применения меры пресечения вообще, либо указать на недоказанность следователем (дознателем) необходимости применить именно конкретную меру пресечения.

---

<sup>1</sup> Информационный бюллетень судебной практики, N 2, 2009. Бюллетень суда Еврейской автономной области за II полугодие 2009 года. СПС КонсультантПлюс.

На практике же суду, рассмотревшему вопрос об избрании меры пресечения, иногда указывают на неприменение иной меры пресечения как на недоработку. Так, Ачинским горсудом удовлетворено ходатайство следователя и К., подозреваемому в совершении преступления, предусмотренного п. "б" ч. 2 ст. 158 УК РФ, избрана мера пресечения в виде заключения под стражу. Судом кассационной инстанции постановление суда отменено, К. из - под стражи освобожден, а материал направлен на новое рассмотрение. Суд кассационной инстанции указал, что избирая меру пресечения в виде заключения под стражу, суд оставил без должной оценки и внимания то, что он ранее не судим, подозревается в совершении преступления средней тяжести, имеет постоянное место жительства на территории Российской Федерации, проживает по месту регистрации в г. Назарово, положительно характеризуется по месту жительства и работы, является предпринимателем. Кроме того, данных в материале о том, что К. может продолжить заниматься преступной деятельностью, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по делу не имеется. Более того, в суд кассационной инстанции К. представлены копии документов, свидетельствующие о возмещении потерпевшему материального ущерба. Также судом никак не обсужден вопрос о возможности применения к К. иной меры пресечения, не связанной с заключением под стражу<sup>1</sup>.

И здесь появляется ещё ряд вопросов. Предположим, суд сделал вывод о том, что оснований для применения меры пресечения нет, и просто отказал в удовлетворении заявленного ходатайства. Может ли после этого следователь или дознаватель самостоятельно избрать для подозреваемого или обвиняемого меру пресечения, например, в виде подписки о невыезде, руководствуясь теми же доказательствами, что он представлял в суде? Видимо, нет. Решение суда должно быть преюдициально и если у следователя (дознавателя) не появилось иных доказательств по этому вопросу, подкрепляющих его позицию, то и принимать решение, противоречащее решению суда, он не вправе. Вторая ситуация: в своём Постановлении (Определении) суд указал на недоказанность следователем (дознавателем) необходимости применить именно конкретную меру пресечения, не отрицая наличия оснований для применения мер пресечения вообще. Например, суд посчитал предлагаемую следователем (дознавателем) меру пресечения чрезмерно строгой, но при этом ходатайств о применении иной меры пресечения со стороны защиты не поступило. Имеет ли право суд самостоятельно избрать иную меру пресечения? Мы полагаем, что нет, и вот почему: суд ведь, если толковать закон буквально, вправе выбирать лишь из трёх мер пресечения – залог, домашний арест или заключение под стражу. Например, как можно избрать такую меру пресечения как залог, если вопрос об этом вообще не поднимался и не исследовался в судебном заседании, никто о применении залога не ходатайствовал? По нашему мнению, в таких случаях суд должен указать в своём решении буквально следующее «несмотря на наличие доказательств, свидетельствующих о необходимости избрания обвиняемому (подозреваемому) меры пресечения, стороной обвинения не

---

<sup>1</sup> Обзор кассационной и надзорной практики судебной коллегии по уголовным делам Красноярского краевого суда за 2010 год // СПС КонсультантПлюс

доказано, что мера пресечения должна быть избрана в виде ... и не может быть достаточно применения иной, более мягкой меры пресечения. На основании вышеизложенного, в ходатайстве об избрании меры пресечения в виде ... отказать».

## **Проблемы производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц**

Ирбеткин Артем Евгеньевич,  
аспирант кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ  
Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Актуальность данной темы объясняется ее неисследованностью в той мере, насколько это необходимо для однозначного разрешения всех вопросов, связанных с производством по уголовным делам в отношении таких лиц.

Правоприменительная практика и реалии сегодняшнего дня показывают, что не исключены случаи возбуждения уголовных дел в отношении судей, прокуроров, руководителей следственных органов, следователей, адвокатов и других лиц, в отношении которых уголовно-процессуальным законом установлен особый порядок производства.

Значительность и актуальность вопросов, входящих в служебные обязанности данных лиц, способствовала созданию специального механизма, гарантирующего независимость их мнения при принятии решений, вытекающих из интересов их работы, чтобы исключить возможность оказания на них какого-либо внешнего воздействия.

Исследование теоретических проблем и практики применения уголовно-процессуального законодательства при производстве по уголовным делам в отношении отдельных категорий должностных лиц продолжает оставаться актуальным в современных условиях.

Председатель Следственного комитета Российской Федерации А. Бастрыкин в своем выступлении на расширенном заседании коллегии «Об итогах работы следственных органов Следственного комитета за 2010 год и задачах на 2011 год» отметил, что в 2010 г. к уголовной ответственности привлечены 120 следователей и руководителей различных следственных органов, 12 прокурорских работников, 48 адвокатов, 8 членов избирательных комиссий, 214 депутатов органов местного самоуправления, 310 выборных должностных лиц органов местного самоуправления, 11 депутатов органов законодательной власти, 1 депутат Государственной Думы и 3 судьи.

До настоящего времени производство по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц вызывает большое количество споров о целесообразности его существования в уголовном процессе и порядке реализации норм, регламентирующих его применение. С одной стороны, он призван обеспечить защиту независимости определенных групп должностных лиц в целях надлежащего и беспрепятственного выполнения ими тех или иных государственных функций, с другой стороны, специфическое правовое

положение некоторых категорий граждан, наделенных особым статусом, наличие несоразмерных привилегий затрудняют достижение целей уголовного процесса в том смысле, который придается им УПК РФ, что нарушает принцип равенства и социальной справедливости. Однако Конституционный Суд РФ, рассматривая неприкосновенность как элемент статуса, в своем Постановлении от 20 февраля 1996 г. N 5-П «По делу о проверке конституционности положений частей первой и второй статьи 18, статьи 19 и части второй статьи 20 Федерального закона от 8 мая 1994 года «О статусе депутата Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», разъяснил: «По своему содержанию это гарантия более высокого уровня по сравнению с общими конституционными гарантиями неприкосновенности личности. Она не является личной привилегией, а имеет публично-правовой характер, призвана служить публичным интересам, обеспечивая повышенную охрану законом личности парламентария в силу осуществляемых им государственных функций, ограждая его от необоснованных преследований, способствуя беспрепятственной деятельности парламентария и тем самым - парламента, их самостоятельности и независимости»<sup>1</sup>. Таким образом, можно сделать вывод, что неприкосновенность и усложненные правила и процедуры в отношении отдельных категорий лиц являются определенным исключением из принципа равенства всех перед законом и судом.

При этом нередко можно услышать, что в России эта привилегия распространяется на все более широкий круг субъектов и перерастает в непробиваемую корпоративную непогрешимость.

Вот результаты проведенного неизвестными активистами опроса. «Негативное отношение к иммунитетам сложилось и среди российских обывателей» – пишут они. Так, принимают неприкосновенность как неизбежное зло 43% опрошенных, 24% считают, что иммунитет подразумевает право безнаказанно красть и убивать<sup>2</sup>. Возможно, подобная ситуация обуславливается отсутствием доверия к самим носителям иммунитета. 46,5% граждан уверены, что судьи коррумпированы, 40,6% заявили, что судья сделает то, что скажет ему местная власть, 34,7% уверены, что судами управляют богатые. И только 16,2% убеждены, что в России судьи подчиняются закону<sup>3</sup>.

В рамках оптимизации уголовного судопроизводства в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации была включена глава 52, устанавливающая дополнительные гарантии и правила производства процессуальных действий и принятия процессуальных решений в отношении некоторых категорий лиц, занимающихся публичной деятельностью. Следует отметить, что в истории отечественного уголовно-процессуального законодательства такой шаг предпринят впервые.

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 9. С. 828.

<sup>2</sup> Зубакин В.Ю. Уголовно-правовые иммунитеты как элемент проявления неравенства перед законом в системе уголовной ответственности // Российский следователь. 2006. № 10. С. 24.

<sup>3</sup> Шабров О., Сащенко Н., Мизулин М. Для кого закон не писан // Российская газета. 2006.

Законодательные новации, регламентирующие порядок производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц, не принесли быстрого и эффективного решения практических проблем, круг вопросов, возникающих в связи с применением положений гл. 52 УПК РФ, не уменьшился, что вызвано недостаточным уровнем правового регулирования особенностей привлечения к уголовной ответственности лиц, обладающих особым правовым статусом<sup>1</sup>.

Следует отметить, что ст. 447 УПК РФ, которая определяет категории лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам, продолжает оставаться объектом рассмотрения в суде, ввиду неотнесения к этому перечню тех или иных категорий должностных лиц. Так, к их числу не относятся главы административной власти в субъектах Российской Федерации. По этому поводу Конституционный Суд РФ в своем Определении от 06.02.2004 № 26-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса губернатора Эвенкийского автономного округа о проверке конституционности положений статьи 447 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указал: «Конституция закрепляет неприкосновенность членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, Президента РФ и судей, неприкосновенность же каких бы то ни было иных лиц в Основном Законе не предусмотрена»<sup>2</sup>.

Анализ положений УПК РФ позволяет сделать вывод, что особенности производства по уголовным делам в отношении лиц, указанных в ч. 1 ст. 447 УПК РФ, касаются: возбуждения уголовного дела; применения мер уголовно-процессуального принуждения (задержание, заключение под стражу, домашний арест); производства отдельных следственных действий; привлечения лица в качестве обвиняемого; направления уголовного дела в суд и его рассмотрение.

Анализ федерального законодательства, регулирующего участие отдельных категорий лиц в уголовном процессе, показывает наличие значительного числа норм права, регулирующих данную тематику. Вместе с тем многие нормативные правовые предписания не всегда взаимоувязаны, зачастую имеют нереализуемый характер.

В этой связи можно говорить о формировании самостоятельного института исключительного права (иммунитетов) в уголовном процессе, который требует, прежде всего, детальной проработки теоретиками и постановки конкретных вопросов, требующих разрешения со стороны законодателя.

---

1 Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 280-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. 2008.

2 Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 5.



## **Познавательный характер российского уголовного процесса, его влияние на роль защитника**

Исаченков Семён Борисович,  
студент 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Барабаш Анатолий Сергеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Познавательный характер уголовного процесса, то есть схема установления обстоятельств преступления или их отсутствия, определяется формой уголовного процесса. Форма представляет собой внешнее проявление того или иного объекта в действительности<sup>1</sup>. И среди основных форм уголовного процесса в науке выделяются состязательная и публичная.

В состязательном процессе существуют противоборствующие стороны, одна из которых представляет обвинение, а другая – защиту. Каждая из сторон преследует цель донести свою позицию по уголовному делу до суда<sup>2</sup>. При таком раскладе роль защитника очевидна – защитить своего подзащитного от обвинения, оспорить позицию прокурора в суде, добиться вынесения судом оправдательного приговора. Цель публичного уголовного процесса – установление подлежащих доказыванию обстоятельств на основе реализации метода всесторонности, объективности и полноты. Органы предварительного расследования, прокуратуры, суда и их должностные лица (далее – властные субъекты) должны быть заинтересованы исключительно в достижении указанной цели, а не в обвинении лица, и рассматривать версии как о его виновности, так и о его невиновности<sup>3</sup>.

Российский уголовный процесс имеет публичную форму, и проявляется она в следующем. Во-первых, властные субъекты осуществляют познавательную деятельность с самого начала, не будучи знакомыми с картиной произошедшего, их цель – разобраться в произошедшем, объективно установить подлежащие доказыванию обстоятельства, а не собрать доказательства виновности лица. Хотя ст. 73 УПК РФ («Обстоятельства, подлежащие доказыванию») и говорит о том, что в ходе производства по уголовному делу подлежат доказыванию наличие события преступления, виновность лица в его совершении и иные обстоятельства, исключающие прекращение уголовного дела, уголовного преследования или вынесение оправдательного приговора по реабилитирующим основаниям, ч. 1 ст. 74 УПК

<sup>1</sup> Современный философский словарь. М., 2004. С. 652.

<sup>2</sup> Макаркин А.И. Состязательность сторон на предварительном следствии. СПб., 2004. С. 120-126; Шестакова С.Д. Проблемы состязательности в российском уголовном процессе. Дис. ... канд. юр. наук. СПб, 1998. С. 46-58; Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судостройства Франции, Англии, Германии, России. СПб., 1868. С. 5-6.; Бородинова Т.Г., Демидов И.Ф. Обвинение и защита: проблема равных возможностей // Журнал российского права. 2005. № 2. <http://lawlist.narod.ru>; Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А. Проблемы судебного права. М., 1983. С. 43.

<sup>3</sup> Смирнов А.В. Модели уголовного судопроизводства. СПб., 2000. С. 49.

РФ, закрепляющая легальное определение термина «доказательства», гласит, что на основе доказательств властные субъекты устанавливают как наличие, так и отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также иных имеющих значение для уголовного дела обстоятельств. Какой-либо спор между «сторонами», характерный для состязательного уголовного процесса, на данной стадии отсутствует. Во-вторых, прокурор, участвующий в рассмотрении уголовного дела судом, до начала стадии судебного разбирательства имеет возможность получить информацию по уголовному делу исключительно посредством изучения материалов дела, которые служат базой для оценки логичности выводов следователя (дознателя), однако без проверки достоверности доказательств по уголовному делу, без их непосредственного исследования. Без последнего установление подлежащих доказыванию обстоятельств невозможно, и необходимо непосредственное исследование доказательств в рамках судебного следствия. А значит, позиция прокурора по уголовному делу полностью складывается только по окончании судебного следствия, целью же его участия в суде является не донесение обвинительной позиции до суда, а познание при обеспечении всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела судом. В-третьих, УПК РФ не прописывает механизмов стопроцентной подготовки защитника к выступлению в суде с позицией в пользу обвиняемого. УПК РФ не предусмотрена обязанность защитника по проведению параллельного расследования. Ч. 3 ст. 86 УПК РФ уполномочивает его собирать информацию по уголовному делу, но не обязывает. А значит, ничто не гарантирует формирование у защитника позиции в пользу обвиняемого, которую он в силах подтвердить в ходе судебного разбирательства. Условий для спора между «сторонами» в ходе судебного следствия нет<sup>1</sup>.

Публичная форма российского уголовного процесса обуславливает организацию уголовно-процессуального познания. Познанием, как известно, именуется любой процесс получения знаний<sup>2</sup>. Властные субъекты, как мы выяснили, не знакомы с картиной произошедшего, их цель - установить её, осуществить переход от незнания к знанию. Кроме того, это познание справедливо именовать уголовно-процессуальным доказыванием, поскольку доказывание – это опосредованное познание<sup>3</sup>, в случае же с познанием в рамках уголовного процесса, как и в случае с любым другим познанием действительности, имеет место не непосредственное восприятие реальности, а принятие вторичных сигналов, преобразованных в определённой степени в связи с психофизиологическими особенностями познающего субъекта<sup>4</sup>.

В российском уголовном процессе подлежащие доказыванию обстоятельства названы в ст.ст. 73 и 74 УПК РФ. Схема же уголовно-процессуального доказывания состоит в следующем.

---

1 Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. Красноярск, 2006. Дисс. ... доктора юридических наук. С. 80-129

2 Современный философский словарь. М., 2004. С. 520.

3 Гегель Г.В.Ф. Наука логики. М., 1971. С. 113.

4 Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 122.

Властные субъекты изучают следы преступления, иные эмпирические объекты, являющиеся источниками или носителями сведений, имеющих значение для установления вышеприведённых обстоятельств. В ходе изучения данных объектов они получают эти сведения и сохраняют их в своём сознании. Ч. 1 ст. 74 УПК РФ называет такие сведения доказательствами. В рамках уголовного судопроизводства, где каждый элемент деятельности имеет строго определённую законом форму, эти сведения не могут быть любыми, а также должны иметь определённую форму. Так, ст. 75 УПК РФ запрещает использование в ходе уголовного судопроизводства доказательств, полученных с нарушением требований кодекса. Из этого следует, что доказательство представляет собой единство формы и содержания, причём сведения – это только содержательный компонент. Полученное сведение, наполнившее содержание сознания познающего субъекта, далеко не всегда позволяет получить знание об обстоятельстве преступления или его отсутствии. Для установления таких обстоятельств всегда требуется косвенный способ доказывания, то есть построение взаимосвязи между различными доказательствами, формирование многоуровневой логической цепочки, и промежуточные выводы в её составе будут являться логическими доказательствами. Лишь по завершении данной логической цепочки можно будет судить о том, имеет ли место подлежащее доказыванию фактическое обстоятельство. Логические цепочки в процессе доказывания включают в себя простые категорические силлогизмы. В качестве посылок в этих силлогизмах выступают любые ранее добытые доказательства, будь то логические или полученные путём исследования того или иного эмпирического объекта и не являющиеся продуктами логического анализа. В качестве выводов выступают новые логические доказательства или же окончательные утверждения о наличии или отсутствии того или иного обстоятельства преступления<sup>1</sup>. Все нелогические доказательства в теории уголовного процесса носят название информационных. Информационные доказательства делятся на прямые, то есть свидетельствующие о подлежащем доказыванию обстоятельстве напрямую, и на косвенные, которые напрямую не свидетельствуют о таких обстоятельствах и используются в вышеприведённом косвенном методе доказывания, то есть при построении логических схем<sup>2</sup>. Справедливая критика редакции ст. 74 УПК РФ приведена А.С. Барабашом в его работе «Публичное начало российского уголовного процесса». Им отмечено, что в ст. 74 УПК РФ речь идёт исключительно об информационных доказательствах, хотя только на основе них установить подлежащие доказыванию обстоятельства нельзя. Более того, в ст. 74 УПК РФ не определена форма доказательств, а установлено лишь их содержание (ч. 1) и их виды (ч. 2). Анализ содержания данных норм позволяет судить о том, что это действительно так. Исходя из этого, А.С. Барабашом предложена более уместная редакция ст. 74 УПК РФ: *«1. Доказательствами по уголовному делу являются показания подозреваемого, обвиняемого,*

1 См., например: Барабаш А.С. Указ. соч. С. 184-198; Белкин А.В. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 10-21. О структуре построения умозаключения в любых областях см., например: Ерышев А.А. и др. Логика: Курс лекций. <http://pravouch.com/page/logikakl/ist/ist-18--idz-ax300--nf-36.html>.

2 См., например: Уголовный процесс: учебник / Под ред. Смирнова А.В., Калиновского К.Б. М., 2008. С. 191-192.

*потерпевшего, свидетеля, эксперта, специалиста, заключения эксперта и специалиста, вещественные доказательства, протоколы следственных и судебных действий и иные документы, с помощью которых устанавливаются любые фактические данные или обстоятельства, подлежащие доказыванию. 2. С помощью любых фактических данных устанавливаются обстоятельства, подлежащие доказыванию, которые в свою очередь используются для получения знаний о совершенном преступлении.»<sup>1</sup>.*

Имеются в УПК РФ и нормы, регламентирующие процесс доказывания. Так, в соответствии со ст. 85 УПК РФ, доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ. Редакция данной статьи заслуживает критики, поскольку с помощью доказательств, как уже было выяснено, устанавливаются не только обстоятельства преступления, названные в ст. 73 УПК РФ, но и отсутствие таковых. И зависит это от того, к какому объективному выводу придёт познающий субъект, работая с доказательствами и применяя законы формальной логики. Ст. 86 УПК РФ посвящена собиранию доказательств. Среди субъектов уголовно-процессуальных отношений, уполномоченных на собирание доказательств, в частях 2 и 3 настоящей статьи указаны невластные субъекты (подозреваемый, обвиняемый, защитник и др.). Однако, как уже было установлено, доказательство имеет строго определённую форму и вид, допускаемый ч. 2 ст. 74 УПК РФ, и становится таковым только на основании решения органа государственной власти или в результате осуществления таким органом следственного или иного процессуального действия. А значит, все невластные субъекты собирают не доказательства, а всего лишь информацию. Ст. 88 УПК РФ вводит требование об оценке доказательств. Оценка представляет собой соотнесение оцениваемого доказательства с тем или иным критерием в целях определения его свойства или характеристики, то есть мыслительную деятельность, осуществляемую на основе законов формальной логики. Осуществляется оценка каждого доказательства на предмет относимости, то есть возможности использования того или иного доказательства для установления подлежащего доказыванию обстоятельства. При прямом способе доказывания оценка на относимость – это единичный акт, заключающийся в соотнесении содержания данного доказательства и соответствующего обстоятельства, подлежащего доказыванию. При косвенном способе доказывания, когда доказательства используются лишь как посылки в простом категорическом силлогизме для будущего вывода об установленности того или иного обстоятельства, изначально относимость доказательства предполагается, судить же о стопроцентной связи между доказательством и обстоятельством, подлежащим доказыванию, можно лишь по окончании процесса познания. Кроме того, каждое доказательство оценивается на предмет допустимости, то есть на соответствие уголовно-процессуальной форме, а совокупность доказательств – на предмет достаточности, то есть возможности на их основании сделать окончательный или промежуточный

---

<sup>1</sup> Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. Дисс. ... доктора юридических наук. Красноярск, 2006. С. 288-290.

вывод. Относительно оценки доказательств с точки зрения достоверности следует сказать, что для выявления достоверности доказательства зачастую необходим сбор новых доказательств, подтверждающих или опровергающих данное доказательство, установление их источников и носителей, то есть практическая деятельность. Поэтому для решения вопроса о достоверности того или иного доказательства требуется не только оценка, но и проверка доказательства в соответствии со ст. 87 УПК РФ. Кроме того, достоверность доказательств определяется в рамках всего процесса доказывания, и «решать вопрос о достоверности каждого отдельного доказательства, а равно делать окончательные вводы об искомых по делу обстоятельствах на основе изолированной оценки отдельных доказательств» недопустимо. При установлении связей между доказательствами делается вывод о достоверности доказательств, входящих в совокупность. Соответственно, достоверность – это, как и достаточность, характеристика совокупности доказательств<sup>1</sup>.

Из анализа схемы уголовно-процессуального доказывания следует, что доказывание в рамках российского процесса состоит из практического компонента (сбор доказательств посредством следственных или иных процессуальных действий) и мыслительной составляющей (оценка доказательств), а значит, представляет собой единство мыслительной и практической деятельности<sup>2</sup>. И очень важно отметить, что в качестве субъектов, осуществляющих проверку и оценку доказательств, влекущую за собой юридически значимые последствия, в ст.ст. 87 и 88 УПК РФ названы властные субъекты. Получается, именно они выполняют все элементы деятельности по доказыванию.

Итак, мы определили, что российский уголовный процесс публичен, и в рамках его публичной формы реализуется всестороннее, полное и объективное познание, которое чуждо состязательной форме и в которую никоим образом не может вписаться материально-правовой спор между субъектами уголовно-процессуальных правоотношений. Тем не менее, существует в российском уголовном процессе и защитник. Зачем же он нужен? Ведь нет никакого спора о виновности или невиновности лица, а освобождение лица от обвинения по реабилитирующим основаниям – это обязанность властных субъектов, исполнение которой ими же и обеспечивается.

На наш взгляд, существование защитника в российском уголовном процессе далеко не бессмысленно. Просто необходимо не противостояние, а взаимодействие между защитником и властными субъектами. Защитник в российском процессе в связи с его публичным началом должен обеспечивать реализацию властными субъектами их публичного предназначения, а не оказывать им противодействие.

Обоснование приведённого тезиса следующее.

Доказывание является стержнем уголовного процесса, соответственно, цели уголовно-процессуальной деятельности познавательные, и заключаются

---

<sup>1</sup> Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 202-215.

<sup>2</sup> Там же.

они в установлении подлежащих доказыванию обстоятельств<sup>1</sup>. Ввиду публичности российского уголовного процесса, установление всех этих обстоятельств – это обязанность органов государственной власти, осуществляющих производство по уголовному делу. Эти органы – субъекты уголовного процесса, «хозяева» уголовно-процессуальной деятельности, самостоятельные в отношении её элементов и имеющие обязанности по реализации её целей<sup>2</sup>. А значит, цель деятельности властных субъектов, осуществляющих разрешение уголовного дела, – это цель самого уголовного процесса.

Любая цель для её достижения требует определённых эффективных действий со стороны субъектов данной деятельности. И российский уголовный процесс не является исключением. В рамках него, как уже было выяснено, должны действовать органы предварительного расследования, собирающие доказательства как виновности, так и невиновности лица при наличии таковых, всесторонне, объективно и полно разрешающие уголовное дело, также органы прокуратуры, осуществляющие качественный надзор за вышеупомянутыми субъектами в ходе досудебного производства и обеспечивающие всестороннее, объективное и полное разрешение дела судом. Предположим, что данные властные субъекты добросовестно исполняют свои обязанности в области доказывания, осуществления контроля, надзора за производством по уголовному делу, в результате же всестороннего, объективного и полного познавательного процесса устанавливается виновность лица в инкриминируемом деянии, но им (властным субъектам) начинает противостоять защитник обвиняемого, цель которого – защитить своего подзащитного от обвинения в любом случае, даже в случае законности и обоснованности обвинения. При таком раскладе деятельность защитника будет помехой для работы субъектов уголовного процесса. Уголовный процесс, в свою очередь, является системой отношений, урегулированных нормами права. Нормы права должны создавать идеальную картину для реализации таких отношений, содержать обоснованные требования к их субъектам. И закрепление законодателем за одним из субъектов регулируемых отношений такого правового статуса, который будет мешать достижению целей этих отношений, будь то уголовно-процессуальные или иные правоотношения, неразумно. Поэтому единственная приемлемая роль защитника в любом публичном процессе – взаимодействие с властными субъектами, а не борьба. В чём же должно оно заключаться?

Для начала следует отметить, что само по себе название «защитник» предполагает осуществление субъектом, имеющим таковой статус, защиты. Поскольку деятельность защитника опосредована нормами уголовно-процессуального права, закрепляющими для неё строгую процессуальную форму, его защита должна соответствовать регулирующим её нормам права, то есть быть правовой. Правовая защита – это деятельность, направленная на

---

1 Барабаш А.С. Указ. соч. С. 169-171; Меликян М.Н. О специфике доказывания в ходе предварительной проверки информации о преступлениях // Государство и право. 1998. № 10. С. 76.

2 Барабаш А.С. Указ. соч. С. 215-233.

обеспечение реализации нарушенного права, свободы, законного интереса<sup>1</sup>. Как верно отмечает А.С. Барабаш, у властных субъектов российского процесса есть две группы обязанностей – по отношению к обществу и государству и по отношению к конкретному участнику процесса»<sup>2</sup>. К обязанностям по отношению к обществу и государству относятся обязанности по установлению обстоятельств преступления. Вместе с тем, лица, волей властных субъектов втянутые в систему процессуальных отношений (участники процесса), к коим относятся и подозреваемый, и обвиняемый<sup>3</sup>, также имеют ряд прав, свобод и законных интересов, как основных, предусмотренных конституцией страны и международными правовыми актами, так и прав, свобод и законных интересов сугубо процессуального характера. Как раз таким правам, свободам и законным интересам и корреспондируют обязанности государства по отношению к конкретным участникам процесса, в том числе подозреваемому и обвиняемому. Защитник в публичном процессе должен выполнять роль «ночного сторожа», следящего за соблюдением властными субъектами прав, свобод и законных интересов своего подзащитного. За ним должны быть закреплены полномочия реагировать на нарушения властными субъектами любых прав, свобод и законных интересов подзащитного и обеспечивать реализацию его нарушенного права, свободы или интереса, то есть осуществлять правовую защиту. Такие полномочия защитника должны быть эффективными, чётко определёнными законом и реализовываться всегда, когда есть на то основания. У подозреваемого и обвиняемого, в свою очередь, среди всех прав, свобод и законных интересов должно быть право на справедливое судебное разбирательство, одним из элементов которого будет право не быть признанным виновным в случае недоказанности виновности лица. Этому праву корреспондирует обязанность государства всесторонне, объективно и полно разрешить уголовное дело и при наличии сомнений в виновности лица реализовать презумпцию невиновности. И такое право закреплено в ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В соответствии с ч. 2 данной статьи, каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным, до тех пор пока его виновность не будет установлена законным порядком. Это право представляет наибольшую ценность для публичного уголовного процесса, поскольку его нарушение, выразившееся в незаконном и необоснованном признании лица виновным в совершении преступления, влечёт негативные последствия не только для обвиняемого, но и для общества и государства. Ведь признание виновным того, чья вина не доказана, означает недостижение познавательных целей уголовного процесса. Из этого следует, что защитник, реагируя в установленном законом порядке на такое нарушение (например, обжалуя незаконный и необоснованный обвинительный приговор в вышестоящую судебную инстанцию) и защищая тем

---

1 Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 131; Бутылин В.Н. Институт государственно-правовой охраны конституционных прав и свобод граждан // Журнал российского права. 2001. № 12. С. 87.

2 Барабаш А.С. Указ. соч. С. 221

3 К участникам той или иной деятельности целесообразно относить исключительно тех, кто включается в данную деятельность, причём на момент их включения деятельность уже осуществляется определёнными лицами, то есть её субъектами. Данное понимание следует из определения термина «участник», общепринятого в русском литературном языке. См.: Барабаш А.С. Указ. соч. С. 219-220; Словарь русского языка. М., 1961. С. 739.

самым указанное право обвиняемого, помогает не только обвиняемому, но и обществу и государству. Он способствует тому, чтобы властные субъекты, осуществляющие доказывание, достигли целей уголовного процесса и в дальнейшем установили действительно виновного. В органах публичной власти работают люди, человеческая же природа неидеальна, и никто не застрахован от ошибки. Во избежание таких ошибок введены механизмы ведомственного и судебного контроля, прокурорского надзора, участия прокурора в рассмотрении уголовных дел судами, к ним можно отнести и деятельность защитника, хоть его методы взаимодействия с субъектами доказывания и не связаны с осуществлением власти. Именно в этом заключается публичное предназначение защитника в рамках российского процесса. И осуществление им защиты от обвинения приемлемо только тогда, когда обвинение является незаконным и необоснованным, а не в любом случае.

Приведённая картина идеальна, продиктована она публичной формой российского процесса. И вышеописанная деятельность защитника должна находить максимальное отражение в законодательстве всех стран, чей уголовный процесс публичен.



## **Законность при производстве допроса**

Катушенко Михаил Николаевич,  
аспирант кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Допрос – самое распространенное следственное и судебное действие – это процессуальное действие получения и проверки доказательств. Допрос – одно из первых процессуальных действий, известных правосудию.

Правила, которые регулируют условия и процедуру получения показаний подозреваемого, закреплены в ч.2-4 ст.187. ч.1 ст.425 УПК РФ. Общие правила проведения допроса подозреваемого закреплены в ст. 189 УПК РФ.

В ст.189 УПК РФ закреплены и другие правила, которые должны соблюдаться при получении от подозреваемого показаний. Так, в ст. 75 приводится перечень оснований, по которым доказательство может быть признанным недопустимым.

Эффективность служебной деятельности полиции (и прежде всего подразделений уголовного розыска, службы участковых инспекторов, отделов по борьбе с организованной преступностью, экономическими преступлениями, незаконным оборотом наркотиков и др.) оценивается показателями выявленных и раскрытых преступлений. И для повышения этих показателей, от которых зависит материальное вознаграждение сотрудников, их служебный рост, ими используются все средства, в том числе не согласующиеся с требованиями закона.

Подозреваемый, обвиняемый в результате применения к нему со стороны работников милиции незаконных методов, будучи запуганным и психологически сломленным, на допросах у следователя "добровольно" дает признательные показания, которые могут быть как истинными (подозреваемый, обвиняемый действительно виновен, совершил преступление, но признательные показания дал лишь после применения к нему насилия и пыток), так и ложными, в том числе оговор, самооговор. С таких неправильных, неполных, неточных показаний и начинается цепь следственных ошибок.

Так в уголовном деле об изнасиловании фигурировали два подозреваемых, отрицавшие, однако, свое участие в совершении преступления. С целью изобличения виновных следователь сфальсифицировал протокол допроса одного из соучастников, занеся в него показания, в которых тот, якобы, признавался в совершении преступления, и вшил в материалы дела. Во время допроса второго соучастника следователь вышел из кабинета, "забыв" убрать со стола дело. Допрашиваемый же сразу воспользовался "оплошностью"

следователя и прежде всего стал читать показания своего соучастника и, увидев уличающие его показания, по возвращении следователя сознался ему в совершении преступления. Следователь же впоследствии уничтожил сфальсифицированный протокол.

В данном примере налицо ограничение свободы выбора поведения обвиняемого в результате оказания на него неправомерного психологического воздействия. Кроме того следователь действовал вне установленного УПК правового поля, регламентирующего производство следствия (фальсификация материалов дела, неотражение в протоколе фактического хода проведения допроса, введение в заблуждение допрашиваемого).

Убеждение или требование рассказать правду о личном участии в содеянном, какими бы простыми по форме они не казались, могут явиться и неправомерными, например, если они обращены к заведомо невиновному лицу или, если в отношении виновного не имеется данных, обосновывающих уверенность в тех или иных подозрениях. С нравственно-правовых позиций подобное воздействие независимо от формы общения с субъектом (в т.ч. и с обвиняемым) должно удовлетворять двум обязательным требованиям: 1) склонение к признанию не должно выражаться в домогательствах такового путем насилия, угроз и иных незаконных мер; 2) следователь должен быть твердо убежден в том, что обвиняемый совершил преступление, и это убеждение должно основываться на достаточной совокупности доказательств.

Подводя итог вышесказанному, хочется отметить, что по данному вопросу я придерживаюсь позиции, предложенной доктором юридических наук, профессором кафедры уголовного процесса Юридического института Сибирского федерального университета Барабаш А.С., что в п. 1 ч.2 ст. 74 УПК РФ требуется внести изменения:<sup>1</sup>

1) В качестве доказательств будут допускаться показания подозреваемого, обвиняемого, в которых они свидетельствуют о своей невиновности.

Данная норма будет обеспечивать защиту лиц, выступающих в ходе предварительного следствия в роли обвиняемого, подозреваемого, от психологического воздействия со стороны правоохранительных органов, с целью получения от них признательных показаний, которые в настоящее время во многих делах используется как основное доказательство.

---

<sup>1</sup> Барабаш А.С. Незаконное физическое и психическое насилие, применяемое сотрудниками милиции для получения признательных показаний, - одно из проявлений коррумпированности правоохранительных органов, 2007

## Значение адвокатской тайны

Кибус Артем Игоревич,  
студент 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Определяя значимость института адвокатской тайны необходимо обратиться к её источникам, а именно к эпохе Римской империи. Римские юристы предписывали председательствующим в судах, чтобы они не позволяли адвокатам принимать на себя роль свидетелей по делам, где они выступают защитниками.<sup>1</sup> Даже тогда адвокатская тайна определялась как крайне значимый элемент хрупкой системы доверия к адвокату, что в свою очередь включается в итог качества оказанных услуг адвокатом.

Адвокатская тайна предстает зачастую в виде неразрешимой проблемы, вызывая оживленные диспуты, острые споры. Это один из “вечных” вопросов адвокатской деятельности, объявляемый неразрешимым подобно квадратуре круга. Об адвокатской тайне высказывались такие известные мыслители как Бенгам, Миттермайер и Фридман; Эли, Молло и Пикар; Кони, Фойницкий, Владимиров, Арсеньев, Васьковский, Зарудный, Грузенберг, Кулишер.<sup>2</sup>

Не поставлена точка в этом споре и по сей день. Хотя ученые прошлого и настоящего пришли к обоснованному мнению, во всех странах и надгосударственных организациях законодательно пришли к какой-либо позиции относительно адвокатской тайны, эти позиции и мнения существенно различаются как по своему объему, так и по своему содержанию, однако прежде чем решать такие вопросы необходимо определиться с назначением адвокатской тайны и её ролью, как правового института.

Обязанность тайны установлена в общем интересе, писал Эли, указывая, что ее нарушение оскорбляет не только лицо, которое доверило тайну, но и все общество, так как оно лишает профессии, служащие опорой обществу, того доверия, которое должно окружать их<sup>3</sup>. Чтобы достойно выполнить то назначение, к которому призваны адвокаты, писал Молло, им прежде всего необходимо доверие клиента. *Его не может быть там, где нет уверенности в сохранении тайны*<sup>4</sup>. А.Ф.Кони писал: “Слепая Фемида должна быть и глухою”<sup>5</sup>. Профессор Фойницкий иначе ставил вопрос об адвокатской тайне. Признавая

1 Цыпкин А.Л. Адвокатская тайна. – Саратов: СГУ, 1947.

2 Там же.

3 Там же.

4 Молло. Правила профессии адвоката.

5 Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процесс // Журнал Министерства юстиции. 1902. – № 1. – С. 24.

профессиональную тайну, он указывал, что “закон поступается интересами правосудия” и ставит выше их этические интересы профессиональной тайны<sup>1</sup>.

Но нельзя сказать, что абсолютно все мыслители прошлого говорили о тайне как исключительно необходимом институте, например Иеримея Бентам высказывался против адвокатской тайны. В своем трактате “О судебных доказательствах” он ставил вопрос: можно ли требовать или допускать разоблачение адвокатом таких фактов, которых обнаружение будет вредно его клиенту, в деле уголовном или гражданском, – и на этот вопрос отвечал: да. Зачем он был бы освобожден от этой обязанности? Какой действительный вред может произойти от этого обязательства? Никакого, разве считать вредом наложение на известное лицо наказания, ему следующего. ...Кто от этого пострадает? Не честный ли и невинный его клиент? Конечно, нет: не совершивши никакого преступления, не имея в виду никакого, ему не предстоит признаваться ни в обмане, ни в преступлении”<sup>2</sup>.

Интерес к вопросу об адвокатской тайне в отдельные моменты особенно усиливался. Это объяснялось отдельными судебными процессами, либо особой политической обстановкой, при которой возникавшая дискуссия приобретала характер оживленного спора.

В России усиленное внимание к вопросу об адвокатской тайне было вызвано делом присяжного поверенного Патэка. При слушании в Варшаве уголовного дела, один из свидетелей, сам ранее осужденный, показал, что он на предварительном следствии по своему делу сознался, но на суде по совету своего защитника присяжного поверенного Патэка, – отказавшись от ранее данных показаний, отрицал свою виновность. Бартос добавил, что по подговору товарищей объяснил защитнику, что он вовсе не сознавался следователю, как то записано в протоколах следствия<sup>3</sup>. Тогда Патэк посоветовал ему на суде отказаться от признания. Патэк был привлечен к дисциплинарной ответственности. Он категорически отверг фактическую сторону дела, но отказался дать объяснения по существу, ибо объяснения с подсудимым происходили наедине и составляют профессиональную тайну. Варшавский Окружной суд признал правильными объяснения Патэка и освободил его от дисциплинарной ответственности, но прокурор принес протест, и Варшавская Судебная Палата исключила Патэка из сословия. Соединенное присутствие 1-го и кассационных департаментов Прав. Сената оставило жалобу Патэка без последствий.

В связи с этим делом Юридическое Общество при Петербургском Университете устроило заседание, посвятив его вопросу “О тайне совещания подсудимого с защитником”. Докладчиком выступил А.С.Зарудный. В прениях по докладу выступали К.К.Арсеньев, П.И.Люблинский, О.О.Грузенберг, Е.М.Кулишер, М.П.Чубинский, В.Д.Набоков<sup>4</sup>.

---

1 Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. – С. 245.

2 Бентам И. О судебных доказательствах. С. 272–273.

3 См.: История русской адвокатуры. Т. I. – С. 451.

4 Труды СПб Юридического Общества при СПб Университете. Т. VI. – 1912. – С. 116.

Как в докладе, так и в прениях признавалась правильной позиция присяжного поверенного Патэка и критиковались решения Судебной палаты и Сената. “Без сохранения абсолютной тайны совещания, – говорил докладчик, – когда защитник может откровенно выслушивать и откровенно высказываться, когда защитник уверен, что то, о чем он сегодня беседует со своим подзащитным, не станет завтра достоянием гласности, – нет той искренней глубокой защиты, которая является необходимым элементом состязательного процесса”.

Вопрос об адвокатской тайне оживленно обсуждался в 1924 году в Украинском Юридическом обществе. Там был заслушан доклад Владислава Скерст на тему “Границы профессиональной тайны защитника по духу советского законодательства”<sup>1</sup>. Докладчик указывал, что в условиях нашей советской действительности и ее идеологии исходить из “святости” профессиональной адвокатской тайны не приходится. Проблему эту, напротив, необходимо ставить вне плоскости какого бы то ни было фетишизма, исключительно в свете практической целесообразности и, в конце концов, приходил к выводу: “Адвокат, принципиально говоря, не имеет права разглашать вверенную ему тайну, и никто, следовательно, не имеет права домогаться от него такого разглашения”.

В прениях по этому докладу нашли свое выражение различные точки зрения. Одни решительно отрицали адвокатскую тайну, например Черлюнчакевич говорил, что “Нельзя конспирировать от советского государства”, в свою очередь Карашевич говорил, что “подзащитный или доверитель должен знать, что все, сообщенное им адвокату, должно быть известно и суду, потому что лгать вместе с клиентом адвокат не может, поскольку он является должностным лицом”. За признание адвокатской тайны выступал Мамутов: “Нельзя смешивать два понятия и говорить, что защитник обязан доносить, когда все граждане освобождены от этой обязанности. Эривман говорил о том, что совсем отказаться от адвокатской тайны можно будет тогда, когда не будет существовать суд. Уничтожение адвокатской тайны поведет к тому, что институт адвокатуры сделается ненужным. Без доверия со стороны подзащитного адвокат немислим. Не может защитник донести суду, что обвиняемый сознался ему в совершенном преступлении, если обвиняемый на суде свою вину отрицает.

Большой интерес вызвала к себе статья Т.Круглова, опубликованная в 1941 г. На вопрос: может ли быть адвокатская тайна, может ли адвокат при выполнении своих профессиональных обязанностей скрывать от суда то, что стало известным ему от клиента, – автор отвечает: “Конечно, нет. Такой адвокат никогда не мог бы стать помощником суда. Наоборот, он объективно осложнил бы судебный процесс, запутал бы ясное дело. Это было бы не только недобросовестным выполнением адвокатом своих профессиональных обязанностей, но и преступлением перед государством”<sup>2</sup>.

1 Скерст В. “Границы” профессиональной тайны защитника по духу советского законодательства // Вестник советской юстиции. – 1924. – № 11/21.

2 Круглов Т. Адвокатская этика // Советская юстиция. – 1941. – № 4. – С. 9-11.

Решительно выступил против положений Т.Круглова профессор М.С.Строгович, который писал: “Граждане должны быть уверены, что, обращаясь к помощи защитника, они найдут у него защиту своих законных прав. Гражданин, обращающийся к защитнику, ждет от него помощи, делится с ним своим горем, раскрывает ему свои мысли. Как же по мысли Т.Круглова, – спрашивает М.С. Строгович, – должен поступить защитник, который обязан сообщить суду обо всем том, что ему сообщил его подзащитный и что имеет значение для дела. Должен ли он, например, во время судебного следствия публично заявить, что на суде подсудимый говорил так-то, а когда он приходил в консультацию и беседовал с адвокатом, он говорил совсем иное. Легко себе представить, как будет в этом случае выглядеть судебный процесс, какова будет роль защитника, но очень трудно себе представить, как сможет суд проверить, правильно ли утверждение защитника, если подсудимый его опровергает. Вместо выяснения обстоятельств дела по существу, суд должен будет заняться очной ставкой между подсудимым и его защитником и выяснить, кто из них говорит правду, а кто лжет. Защитника у подсудимого в этом случае не будет – защитник превратится в обвинителя. А что будет делать в это время настоящий обвинитель-прокурор, каково будет его положение. И что останется от гарантированного Сталинской Конституцией СССР (ст. 111) права обвиняемого на защиту”.

Возможно ли было бы такое доверие, если не признавать тайны совещания. Разумеется, нет. Каждую беседу с обвиняемым защитник должен был бы начать с предупреждения: “Имейте в виду, что если Вы откроете мне что-либо новое, уличающее Вас, то я об этом молчать не буду”. Не трудно представить себе какое гнетущее впечатление такое предупреждение произведет на обвиняемого – даже на того обвиняемого, который никаких тайн не имеет. Установится ли после этого атмосфера доверия, столь необходимая для правильного проведения любой защиты. Сможет ли понять обвиняемый разницу между теми допросами, которые велись на следствии, и той беседой, которую он может вести со своим защитником. Ощутит ли обвиняемый, что перед ним лицо, на которое государство, организовав правосудие, возложило хотя и одностороннюю, но важную функцию защиты прав и законных интересов обвиняемого.

Или, может быть, нужно, чтобы адвокат такого предупреждения не делал. Адвокат молча выслушивает обвиняемого, когда тот рассказывает об обстоятельствах, не являющихся тайной, адвокат сохраняет молчание и не перебивает подсудимого и тогда, когда тот начинает излагать факты, уличающие его и не установленные по делу. Что должен делать адвокат в таком случае? Молча выслушивать и постараться все запомнить! Ведь это же придется передать! Или же, может быть, не ограничиваться молчаливым выслушиванием, а начать расспрашивать, узнавать детали, допытываться о мелочах! Ведь надо вооружиться достаточным количеством фактов на тот случай, если обвиняемый начнет отпираться, когда защитник будет его разоблачать! Но это, ведь, обман и предательство. Это неслыханное дискредитирование защиты в глазах всех тех,

кто в защите нуждается.<sup>1</sup> Более того встает логичный вопрос о функциях лежащих перед всеми участниками уголовного процесса, точнее о том, кто и конкретно какие функции должен при этом реализовывать. В свою очередь это определяет роли и необходимость наличия того или иного процессуального участника. Поэтому в настоящем уголовном процессе адвокат обязан иметь свидетельский иммунитет и обязанность молчать, иначе вся система рухнет, как стена если вытащить из нее блок.

Однако бытует мнение, что адвокат, при наличии такого иммунитета, узнает от подзащитного такие подробности его преступления, которые, видимо, работникам следственных органов даже и не снились. Вероятно, они сами, проработав много лет на службе у общества и государства, являясь самыми опытными гражданами государства, в области раскрытия преступления настолько беспомощны интеллектуально, крайне ограничены правами для расследования преступления и поэтому не способны сами собрать необходимую информацию и установить, что фактически произошло в прошлом, тем самым установив было ли преступление и кто его действительно совершил.

Тот, кто так рассуждает, недооценивает значение защиты, – с одной стороны, и, с другой стороны, недооценивает значение работы следствия и суда, недооценивает всю совокупность сил, средств и возможностей, которыми они располагают для разоблачения преступников, считая, что в работе по разоблачению преступников без такой “помощи” со стороны адвоката не обойтись.<sup>2</sup>

Если взглянуть с другой стороны. Что есть адвокатская тайна? Это право и обязанность адвоката на молчание. Если убрать тайну, тогда адвокат потеряет право и обязанность молчать, а в свою очередь это значит, что его можно допросить с одной стороны, и о его обязанности как законопослушного и сознательного гражданина сообщаться о всех обстоятельствах совершенного кем-либо преступления и в том числе подзащитным. При таком порядке вещей кем становится адвокат? Скорее доноситель или же информатором либо суда, либо прокурора. Некоторые скажут, что истинная обязанность адвоката заключается в том, что бы защищать права и интересы подзащитного, не противоречащие закону то есть, например следить за тем, что бы в процессе расследования преступления права подзащитного не нарушались, но зачем тогда нужен прокурор в процессе, который является гарантом законности, и в том числе на стадии следствия, не говоря уже о стадии судебного следствия. Встает логичный вопрос: «Зачем нужен адвокат?». Лишая адвоката адвокатской тайны мы лишаем смысла наличие адвоката в принципе. Будет практичнее убрать адвоката вообще из Российского уголовного процесса и создать «розыскной» процесс.

Другой русский дореволюционный юрист К.К. Арсеньев основывал наличие адвокатской тайны на существовании отношений защитника и подсудимого, которые «предполагают полную откровенность со стороны подсудимого,

---

<sup>1</sup> Цыпкин А.Л. Адвокатская тайна. – Саратов: СГУ, 1947.

<sup>2</sup> Там же.

правдивого сообщения всех обстоятельств дела... подобная откровенность не мыслима без уверенности, что все конфиденциально, в интересах защиты, сообщенное защитнику останется только одному ему известно и ни в каком случае обнаружено не будет». <sup>1</sup> Профессор Л.Е. Владимиров также подчеркивал доверие подзащитного к своему защитнику, «адвокатура, как сословие, основано на доверии, а потому все, что подрывает это доверие, должно быть устранено». <sup>2</sup>

Продолжая это суждение логически возникает, другое, не менее важное суждение, а именно то, что нам дает такое доверие к адвокату и возможность сообщить всю информацию. Как человек собирающий мозаику в цельную картину, так и адвокат старается собрать максимум информации, что бы узнать что же все таки произошло в прошлом, при каких обстоятельствах это происходило. Кто есть специалист если не человек максимально разобравшийся во всех тонкостях своей области, кто есть ученый, если не человек знающий все части известные части мозаики под названием наука. И специалист и ученый владеют всем объемом знаний в своей области и поэтому видят мозаику всю и могут делать правильные выводы и предположения. Без этих знаний нельзя сделать правильный вывод. Адвокат так же не имея всей информации не способен видеть всю картину события, произошедшего в прошлом, а следовательно и не может оценить ситуацию, тем самым принять более правильное решение или выбрать максимально эффективную тактику защиты. Другими словами не способен качественно выполнять свои функции защитника, оставляя лишь себе функции юриста консультанта, а это уже не адвокат.

Адвокатура имеет свое мнение в отношении этого вопроса. Существует дисциплинарная практика, в отношении адвокатов, нарушивших тайну. Однако занимательно то, какова она. Нет инцидентов, когда было бы доказано, что адвокат сообщил именно важную для судебного следствия информацию, ровно как нет и судебных решений в отношении адвокатов в части нарушения права, но для адвокатских палат, при вынесении решений и понимания была ли нарушения тайна достаточно самых незначительных моментов, и ярким примером является ситуация, когда адвоката в судебном следствии допросили, по вопросу того почему он опоздал на судебное следствие, и ни слова по существу дела, однако для адвокатского сообщества этого было достаточно для лишения статуса адвоката.

Однако проанализировав имеющуюся юридическую практику мы пришли к выводу, что практики, в которой сам адвокат нарушил бы тайну почти нет и существует она на высших уровнях судебной системы, таких как Верховный суд или Европейский суд по правам человека, что в свою очередь тоже показатель. За все существование адвокатской тайны таких официально зафиксированных случаев, по которым вынесено какое-либо решение судом или же адвокатским сообществом очень мало, это буквально единичные случаи. То же самое можно сказать и про ситуацию, когда тайна нарушается сотрудниками

---

<sup>1</sup> Арсеньев К.К. Заметки о русской адвокатуре – С. 20.

<sup>2</sup> Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 309.



правоохранительных органов, однако тут есть некое отличие, и заключается оно в том, что интерес к знаниям адвоката, помимо того, что он постоянно существует в меньшей степени для всех сотрудников правоохранительных органов, особо обостряется, когда речь идет о более громких и значимых делах, и чем известней процесс, тем больше этот интерес. Но и со стороны обвинения такой процесс ведут настоящие профессионалы своего дела, которые выполняют свою работу очень качественно, и если они захотят получить информацию, относящуюся к адвокатской тайне то сделают это так, что доказать нарушение будет почти невозможно. Однако при личной беседе многие адвокаты могут рассказать о таких попытках, со стороны правоохранительных органов, нарушения адвокатской тайны, что само по себе заставляет задуматься.

Адвокатуру, можно определить как независимый, самоуправляемый институт гражданского общества, публичная корпорация профессиональных юристов, призванная участвовать в отправлении правосудия и оказывать на профессиональной основе квалифицированную правовую помощь, выполняя возложенную на нее публично-правовую функцию.<sup>1</sup>

Назначение адвокатской тайны как правового института определяется через ее значимость для профессии адвоката, что в свою очередь определяет его роль и функциональное назначение в уголовном процессе. Весь российский уголовный процесс уже составляет единую систему, со своими нюансами и противоречиями, и сам собой определяет необходимость наличия абсолютной адвокатской тайны. Убрав тайну, либо один из её элементов, или же ограничив её мы изменим всю картину в целом, поставим под удар весь российский уголовный процесс таким каким мы знаем его сейчас и обозначим необходимость его полного реформирования с учетом того, что адвокату таким, каким мы знаем его сейчас в новом процессе места не будет. Оглянувшись назад и проанализировав процесс становления уголовного процесса настоящего времени можно увидеть множество эпизодов с отсутствием адвоката либо его аналога в процессе. На основе этого несложно представить каким может стать уголовный процесс будущего, если его менять именно этим путем.

Анализируя проблему адвокатской тайны, мы пришли к выводу, что она сама по себе необходима для адвокатуры как функционального института гражданского общества. Без адвокатской тайны права и обязанности адвоката в процессе кардинально меняются, а за ними и неизбежно меняются роль и функциональное значение адвоката. Лишившись адвокатской тайны, поверенный подсудимого станет его консультантом по правовым вопросам, дублируя прокурора, а так же доносителем, и как следствие участником процесса со стороны обвинения. Такое положение вещей лишает смысла в адвокате в принципе, что в последующем приведет к его устранению из уголовного процесса, а сам процесс превратит в инквизиционно-правовой. Адвокатская тайна является тем фундаментом адвокатской деятельности, который обеспечивает реализацию стоящих перед адвокатом функций,

---

<sup>1</sup> А. Д. Кучерена. Природа и основное назначение адвокатуры//Черные дыры в законодательстве. 2002г. №4

определяет его роль, и обеспечивает возможности практической реализации права на защиту, закрепленное как в ст. 48 Конституции РФ, в ст. 16 УПК РФ так и в иных нормативных актах. Резюмируя все вышесказанное стоит определить адвокатскую тайну как институт гражданского общества, позволяющий реализовать право каждого на квалифицированную юридическую помощь и качественную правовую защиту с одной стороны, и наиважнейший элемент системы адвокатуры, определяющий её такой, какая она есть сейчас и обеспечивающий эффективную реализацию функций и задач, стоящих перед адвокатским сообществом.

## **Проблемы разрешения конфликтов при взаимодействии адвоката и следователя**

Корниенко Светлана Ивановна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Барабаш Анатолий Сергеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В современном уголовном судопроизводстве расследование уголовных дел почти всегда связано с противодействием со стороны лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений, их родственников, друзей, знакомых. Поэтому, к сожалению, на данный момент необходимо констатировать, что помимо проведения качественного расследования перед субъектами стороны обвинения стоит задача преодоления такого противодействия и разрешения всевозможных конфликтных ситуаций.

Говоря о конфликтах и конфликтных ситуациях, возникающих в рамках уголовного судопроизводства, в первую очередь, следует рассмотреть взаимоотношения между такими участниками уголовного процесса, как адвокаты и следователи. И те и другие как полноправные участники процессуальных отношений обязаны способствовать всесторонности, полноте и объективности исследований обстоятельств уголовного дела и преследовать одну цель – установление истины в процессе.<sup>1</sup>

Ситуация осложняется тем, что адвокат в настоящее время ассоциируется в сознании обывателей как лицо, помогающее всеми возможными способами, используя достаточный багаж юридических знаний, пробелы в законодательстве и имея связи в правоохранительных органах, избежать уголовной ответственности за совершенное преступление. Согласно букве закона основная задача адвоката, который в уголовном судопроизводстве именуется защитником, - это защита прав и законных интересов подозреваемых и обвиняемых, а также оказание последним юридической помощи. На практике же получается, что в угоду своим клиентам некоторые адвокаты готовы пойти не только на нарушение норм адвокатской этики, но и на нарушение закона, тем более что благодарные клиенты готовы платить именно за такую работу достаточно большие гонорары. Поэтому когда лицо, расследующее уголовное дело, сталкивается с подобным поведением своего тактического соперника, несомненно, возникает конфликтная ситуация, что всегда негативно отражается на процессе расследования.

---

<sup>1</sup> Шефтер Э. Анатомия конфликта // Милиция. -2001.- №8. Ст. 40.

В этой связи представляется актуальным вопрос о способах и механизме разрешения возникающих конфликтов, о круге управомоченных на это субъектов. Данный вопрос не праздный. Здесь зачастую приходится разрешать конфликты межличностного уровня, давать оценку процессуальным действиям и решениям, которые с формальной стороны могут выглядеть законными и обоснованными, но по сути – недобросовестными.

Следователи постоянно высказывают нарекания в адрес адвокатов – защитников, с которыми контактируют в процессе расследования. Некоторые из них свою позицию выражают на страницах печати, а в науке развивается идея о существовании так называемых адвокатских преступлений, совершаемых в ходе производства по уголовному делу.<sup>1</sup>

Форма предъявления адвокатами претензий к действиям (бездействию), а также решениям следователей предусмотрена законом. Это – жалобы, которые могут быть направлены прокурору, руководителю следственного органа, а в ряде случаев – в суд (ст. 123-125 УПК РФ). В то же время уголовно-процессуальное законодательство следователя аналогичным правом не наделяет. Не имеет право следователь ни лично, ни через надзирающего за расследованием прокурора применить к адвокатам меры процессуального принуждения в связи с нарушением ими профессиональных обязанностей.

Причины кажутся очевидными: иное нарушало бы процессуальное равенство сторон, делало бы адвоката уязвимым перед недобросовестными следователем. Но возникает вопрос: как должен поступать следователь, если усмотрит ненадлежащее выполнение адвокатом профессиональных обязанностей или его неэтичное поведение. Вправе ли он обратиться в компетентный орган для решения вопроса о привлечении адвоката к ответственности, и к какой именно?

Кодекс профессиональной этики адвоката установил ограниченный перечень субъектов, инициатива которых является поводом для возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката (ч.1 ст.20 КПЭА). Жалобы и обращения лиц не указанных в Кодексе, не являются допустимым поводом для начала дисциплинарного производства (ч. 4 ст. 20 КПЭА).

Ни следователь, ни прокурор, ни дознаватель не названы в числе лиц, имеющих право обратиться в адвокатскую палату субъекта РФ с заявлениями, представлениями или с каким-либо другим образом оформленной инициативой привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности.

Как отметил Вице-президент Федеральной палаты адвокатов РФ Ю.Г. Сорокин, в КПЭА обращение следователя не предусмотрено в качестве основания для возбуждения дисциплинарного производства вполне сознательно, «поскольку он и адвокат являются равными, профессиональными участниками процесса и должны выступать в равных условиях»<sup>2</sup>.

Хотелось бы отметить, что признание представления следователя поводом к возбуждению дисциплинарного производства в отношении адвоката

1 См.: Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвоката в уголовном судопроизводстве: Учебник/Ю.П. Гармаев. М.: Издательство «Экзамен», 2005;Егорова Н. Если адвокат покидает зал судебного заседания... //Российская юстиция. 1998. №5. Ст. 53.

2 Адвокаты заживут по-новому. Интервью вице-президента Федеральной палаты адвокатов РФ Ю.Г. Сорокина //Юрист. 2005. №5 (539) Ст. 1.

поставило бы адвокатуру в целом в положение, поднадзорное органам предварительного расследования, и означало бы предоставление стороне обвинения достаточно мощного средства манипулирования адвокатами, расправы с неугодными из них. При этом не имеет значения, идет ли речь об участии адвоката в деле по соглашению или по назначению.

Надо сказать, что неугодный следователю или прокурору адвокат – далеко не всегда недобросовестный адвокат. Зачастую, наоборот, это активный и принципиальный представитель адвокатского сообщества.

«Л. обвинялся в умышленном причинении тяжкого вреда здоровью в отношении потерпевшего К. по п.п. «в», «д» ч. 2 ст. 111 УК РФ. Приговором от 06 сентября 2010 г. Л. был признан виновным в умышленном причинении тяжкого вреда здоровью, опасного для жизни человека, совершенного из хулиганских побуждений. Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам от 18 ноября 2010 г. данный приговор был отменен, в том числе в связи с тем, что обвинение содержало взаимоисключающие формулировки, что исключало принятие судом первой инстанции решения по делу. Уголовное дело со стадии кассации было возвращено прокурору района для устранения препятствий его рассмотрения судом.

В самом начале судебного разбирательства, адвокат Х. заявил ходатайство о возвращении уголовного дела прокурору, мотивируя это тем, что в обвинении не дана оценка конфликта с точки зрения наличия либо отсутствия повода для его возникновения, что является важным для квалификации деяния по признаку хулиганских побуждений.

Рассмотрев его трехстраничное ходатайство, судья отказала в его удовлетворении, применяя при этом на практике крылатое выражение «краткость – сестра таланта» и обосновав свое решение следующим образом:

*«Обвинительное заключение составлено с соблюдением формальных требований ст. 220 УПК РФ, каких либо неточностей или противоречий в описании умысла не имеется».*

Видя, что суд безразлично относиться к позиции защиты по предъявленному обвинению, и предполагая, что его устные высказывания и высказывания моего клиента останутся незамеченными для протокола судебного заседания, он в письменном виде выразил перед судом свое мнение и мнение своего подзащитного о невозможности в сложившейся ситуации реализовать свое право на защиту, в связи с тем, что подсудимому не понятно обвинение.

После чего игнорируя его возражения и категорический отказ подсудимого Л., мотивируя свое решение тем, что адвокат не может обеспечить защиту Л. в полном объеме, вынесла постановление о назначении Л. защитника в порядке ст. 50 УПК РФ. При этом судья не отвела его из дела, посчитав, что интересы одного подсудимого может защищать как адвокат по соглашению, так и адвокат по назначению.

На следующем судебном заседании государственный обвинитель заявил ходатайство, по результатам, которого суд вынес постановление об отводе адвоката и частное постановление в адрес Адвокатской палаты о привлечении

его к дисциплинарной ответственности. Судья расценила его заявление о невозможности в полной мере реализовать прав на защиту, как устранение от осуществления предусмотренных ч. 1 ст. 53 УПК РФ полномочий и лишение Л. права на защиту. Судья посчитала, что таким образом он нарушаю закон и действую вопреки интересов доверителя, а значит любое судебное решение, принятое с его участием, будет являться незаконным.

Основными доводами кассационных жалоб на принятые решения, послужило то, что устранившись от мотивировки отказа в удовлетворении ходатайства о возвращении уголовного дела прокурору по основаниям связанным с нарушениями при составлении обвинительного заключения, игнорируя мнение подсудимого о невозможности понять обвинение, председательствующая по делу судья не обеспечила условия состязательности сторон, не обязала государственного обвинителя разъяснить Л. суть предъявленного обвинения, что привело к тому, что сторона защиты в лице адвоката и подсудимого Л. не смогла в полной мере реализовать свое право на защиту. Таким образом, поданное в письменном виде в судебном заседании 10 августа 2011 г, заявление о невозможности в полной мере реализовать право на защиту не являлось отказом адвоката от принятой на себя защиты и не противоречило интересам Л. А являлось выражением позиции Л. сформировавшейся в результате «пороков» обвинительного заключения и нарушения судом первой инстанции принципа состязательности и равноправия сторон.

18 октября 2011 г., судебная коллегия по уголовным делам Красноярского краевого суда отменила постановления Железнодорожного районного суда г. Красноярска и направило дело на рассмотрение в тот же суд, но в ином составе суда. Кассационная инстанция среди прочего указала, что оценивать качество оказываемой адвокатом юридической помощи может доверитель, который отводов адвокату не заявлял, а с заявленным государственным обвинителем отводом согласен не был. При таких обстоятельствах принятое судом решение об отводе адвоката не может быть признано законным и обоснованным .

При таких обстоятельствах принятое судом решение об отводе адвоката не может быть признано законным обоснованным и мотивированным, подлежит отмене по основаниям, предусмотренным п.1, п.2 ч.1 ст. 379 УПК РФ; п.1 ст. 380 УПК РФ; п.1 ст. 381 УПК РФ <...>»<sup>1</sup>.

Данный пример, дает веру в то, что такие случаи грубого нарушения процедуры судопроизводства не получают широкого распространения в дальнейшем. И еще более хочется, надеется на то, что каждый адвокат, оказавшийся в ситуации нарушения фундаментальных основ права не позволит судебной системе формировать судебную практику в ущерб адвокатскому сообществу. Важно помнить, что являясь адвокатом, каждый из нас является участником корпорации, и каждый из нас должен в своей работе учитывать и интересы всего сообщества.

---

<sup>1</sup> Хорошев И.А. Как «устраняли» неудобного адвоката.// [http://www.krasadvpalata.ru ]

В этой связи продолжающаяся практика направления следователями в адрес адвокатских палат субъектов РФ представлений с требованием возбудить в отношении адвоката дисциплинарное производство, поощряемая соответствующими рекомендациями в литературе<sup>1</sup>, должна быть однозначно оценена как недопустимая. Вызывает недоумение решение суда об отказе в удовлетворении искового заявления адвоката А. Лемешко, в котором тот ставил вопрос о незаконности решения квалификационной комиссии Адвокатской палаты Вологодской области о возбуждении в отношении его дисциплинарного производства по представлению прокурора<sup>2</sup>. По результатам рассмотрения данного дисциплинарного производства решением Совета Адвокатской палаты Вологодской области статус адвоката А. Лемешко был прекращен.

Означает ли сказанное, что следователь лишен возможности представлять соответствующую информацию в орган адвокатского сообщества? Предполагаем, что необходимо четкое понимание того, что обращение следователя само по себе не является и не может являться основанием для возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката. Вместе с тем его инициатива может послужить поводом для проведения внутренней проверки, по результатам которой возможно возбуждение дисциплинарного производства против него уполномоченным на то субъектом.

Начав отказывать следователям в возбуждении дисциплинарного производства, президенты палат разъяснили им их право направления соответствующей информации в территориальное отделение (департамент) юстиции. В основе такой позиции находится положение п.3 ч.1 ст.20 КПЭА, упоминающее данный орган в числе субъектов, имеющих право инициировать возбуждение дисциплинарного производства в отношении адвоката. Основанная на предложении о том, что получая информацию от различных субъектов, не упомянутых в ст. 20 Кодекса, в том числе и от профессиональных участников уголовного процесса со стороны обвинения, этот орган юстиции вправе ставить вопрос о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности, если находит для этого соответствующее основания, данная практика привела к тому, что следователи начали направлять свои представления в территориальные управления юстиции. В палаты адвокатов они первоначально переправлялись с сопроводительными письмами, а затем управление юстиции стали направлять в палаты представления по результатам собственной проверки поступившей информации.

В то же время, если конфликт возник между следователем и адвокатом в связи с невыполнением или ненадлежащем, по мнению следователя, выполнении адвокатом своих профессиональных обязанностей, что препятствует расследованию, формы реагирования должны быть иными.

Представляется, что следователь, дознаватель и прокурор вправе направить свои претензии к адвокату вице-президенту региональной палаты адвокатов, который вправе инициировать возбуждение дисциплинарного

---

<sup>1</sup>См.: Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвоката в уголовном судопроизводстве: Учебник/Ю.П. Гармаев. М.: Издательство «Экзамен», 2005;Егорова Н. Если адвокат покидает зал судебного заседания... //Российская юстиция. 1998. №5. Ст. 471.

<sup>2</sup> См.: Калатвин В. Комиссии набираются опыта. Обобщение дисциплинарной практики адвокатских палат//Российский адвокат. 2004. №3. Ст. 10.

производства, если усмотрит в этих претензиях неисполнение адвокатом положений закона об обязательном участии защитника в уголовном судопроизводстве (ст.7 ФЗ об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ). Вряд ли адвокатское сообщество вправе и действительно хочет закрывать глаза на грубые нарушения адвокатами своих профессиональных обязанностей только потому, что об этом заявляет следователь или прокурор. Кроме того, даже отказав в возбуждении дисциплинарного производства, органы адвокатского сообщества могут найти иные адекватные формы реагирования на недостойное поведение адвоката.

Мы показали только некоторые процедурные вопросы, связанные с конфликтами между должностными лицами, осуществляющими производство предварительного расследования, и адвокатами, защищающими обвиняемых. Очевидно, что проблема выработки наиболее оптимальных путей разрешения возникающих в ходе уголовного судопроизводства конфликтов между его профессиональными участниками достаточно актуальна и требует дальнейшего исследования.



## **Признание права на частичную реабилитацию в уголовном процессе**

Краснова Влада Юрьевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В соответствии со ст. 2 Конституции Российской Федерации человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. В соответствии со ст. 53 Конституции Российской Федерации государство гарантирует своим гражданам право на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц.<sup>1</sup> В развитие указанного конституционного принципа в современном уголовно-процессуальном законодательстве с 2002 года появился институт реабилитации.

Вместе с тем следует отметить, что современное российское законодательство в сфере реабилитации лиц, незаконно привлеченных к уголовной ответственности, подвергнутых незаконному осуждению, все еще остается слабо разработанным, что порождает множество проблем в судебной практике. В связи с этим большое значение для формирования единообразной судебной практики и снятия части противоречий имеет недавно принятое постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 29 ноября 2011 года № 17 «О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном процессе».

Согласно пункта 1 указанного Постановления Пленума ВС РФ "под реабилитацией в уголовном процессе следует понимать порядок восстановления прав и свобод лица, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, и возмещения ему причиненного вреда".

Однако поистине новеллой можно признать тот факт, что Пленум ВС РФ в своем постановлении впервые обратил внимание на возможность признания права на частичную реабилитацию за лицами, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию по одному или нескольким преступлениям. До недавнего времени российская уголовно-процессуальная доктрина отрицала саму возможность частичной реабилитации, вместе с тем,

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок) // СЗ РФ. 2009. №4. Ст. 445.

порочность данной концепции более чем очевидна. А как показывает судебная практика во многих регионах, подобные случаи в отечественном уголовном судопроизводстве совсем не редкость.

Так, по приговору Московского областного суда от 12.03.2004 Т. была осуждена по п.п. ж, к ч.2 ст.105, ст.115 УК РФ к 14 годам лишения свободы. По ч.1 ст.112 УК РФ Т. была оправдана за непричастностью к совершению преступления, в связи, с чем за ней было признано право на частичную реабилитацию.

В кассационном представлении прокурор поставил вопрос об исключении из приговора указания на признание за осужденной права на частичную реабилитацию.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, удовлетворив представление прокурора, указала, что реабилитация возможна только, когда подсудимый был полностью оправдан по предъявленному обвинению, а не осужден к лишению свободы по другому составу.<sup>1</sup>

Данное судебное решение было расценено как исключительно правильное, в связи с чем Президиум Верховного Суда РФ постановлением от 06.10.2004 возвел его в ранг прецедента и опубликовал в качестве образца в Обзоре судебной практики за II квартал 2004 г.

По смыслу рассматриваемого нами постановления Пленума ВС РФ теперь такой случай может рассматриваться как частичная реабилитация. Иными словами реабилитация может признаваться частичной - например, если снята только часть обвинений. Допустим, человека обвиняли в краже и убийстве. Обвинение в убийстве не подтвердилось, гражданина оправдали, а за кражу назначили наказание. В таком случае человек вправе требовать реабилитации, как оправданный в убийстве.

Исходя из положений Конституции Российской Федерации о праве каждого на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, и пункта 4 части 2 статьи 133 УПК РФ право на реабилитацию имеет не только лицо, уголовное преследование в отношении которого прекращено по основаниям, предусмотренным частью 2 статьи 133 УПК РФ, по делу в целом, но и лицо, уголовное преследование в отношении которого прекращено по указанным основаниям по части предъявленного ему самостоятельного обвинения (например, при прекращении уголовного дела за отсутствием состава преступления, предусмотренного статьей 105 УК РФ, при обвинении в убийстве и краже)<sup>2</sup>.

При этом Пленум ВС РФ разъяснил, что к лицам, имеющим право на реабилитацию, указанным в части 2 статьи 133 УПК РФ, не относятся, в частности, подозреваемый, обвиняемый, осужденный, преступные действия которых переqualифицированы или из обвинения которых исключены квалифицирующие признаки, ошибочно вмененные статьи при отсутствии

---

1 Обзор судебной практики за II квартал 2004 г.: Пост. ПВС РФ от 9 февр. 2005 г. №8 // БВС РФ. 2005. №7

2 О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном процессе: Пост. ПВС РФ от 29 нояб. 2011 г. №17 // БВС РФ. 2011. №12

идеальной совокупности преступлений либо в отношении которых приняты иные решения, уменьшающие объем обвинения, но не исключаящие его (например, осужденный при переквалификации содеянного со статьи 105 УК РФ на часть 4 статьи 111 УК РФ), а также осужденные, мера наказания которым снижена вышестоящим судом до предела ниже отбытого.

Надо отдать должное, что еще задолго до принятия постановления Пленумом ВС РФ 29 ноября г. 2011 Конституционный Суд Российской Федерации, также выражал свою правовую позицию по этому вопросу в определении от 18 июля 2006 г. № 279-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Рысовой Нины Николаевны на нарушение ее конституционных прав статьей 133 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». В частности, он указал, что ни в данной статье, ни в других законодательных нормах, регламентирующих возмещение ущерба, причиненного гражданину незаконным уголовным преследованием, не содержится положений, исключающих возможность возмещения вреда лицу, в отношении которого было вынесено постановление (определение) о прекращении уголовного преследования по реабилитирующему основанию, по той лишь причине, что одновременно в другой части обвинения это лицо было признано виновным в совершении преступления либо уголовное преследование в отношении него было прекращено по основанию, не указанному в п. 2 и 3 ч. 2 ст. 133 УПК РФ, – в таких ситуациях с учетом обстоятельств конкретного уголовного дела и в соответствии с принципами справедливости и приоритета прав и свобод человека и гражданина суд вправе принять решение о частичном возмещении реабилитированному лицу вреда, если таковой был причинен в результате уголовного преследования по обвинению, не нашедшему подтверждения в ходе судебного разбирательства<sup>1</sup>.

Таким образом, с учетом правовой позиции Конституционного Суда РФ частичная реабилитация возможна и в тех случаях, когда лицо было оправдано приговором суда по предъявленному обвинению частично, т. е. в отношении некоторых преступлений при одновременном признании лица виновным в совершении какого-либо преступления. В случае частичного оправдания лица в соответствии с ч. 1 ст. 134 УПК РФ за ним признается право на частичную реабилитацию.

Следует отметить, что после принятия нового Уголовного процессуального кодекса РФ 2002 г. в теории уголовного процесса возникали споры, касающиеся вопроса права на реабилитацию в порядке главы 18 УПК РФ лиц, в отношении которых вынесены процессуальные решения о частичном прекращении уголовного преследования по реабилитирующим основаниям, об оправдании в части вмененных им органами следствия преступлений. Чтобы разобраться в проблеме, достаточно поставить себя на место лица, в отношении которого стороной обвинения выдвинут длинный перечень тяжких обвинений (например, в совершении череды убийств и грабежей), однако в результате судебного разбирательства устояло лишь одно-единственное обвинение в

---

<sup>1</sup>Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Рысовой Нины Николаевны на нарушение ее конституционных прав статьей 133 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Опр. КС РФ от 18 июля 2006 г. №279-О // СПС КонсультантПлюс.

совершении преступления небольшой тяжести (скажем, в подделке документа). Различные видения данного вопроса юристами – практиками в некоторой степени связано с неоднозначным толкованием термина «частичной реабилитации» в юридической литературе теоретиками правовой мысли, ограничительным толкованием права на частичную реабилитацию.

Частичная реабилитация часто трактуется более узко, чем это прописано в законе. Так, И. Л. Трунов полагает, что частичная отмена приговора по реабилитирующим основаниям дает право на реабилитацию не во всех случаях, а лишь когда лицо находилось под стражей или подвергалось наказанию любого вида свыше срока или размера, назначенного по оставленному без изменения обвинительному приговору. По его мнению, «требуется законодательно определить перечень случаев ответственности государства при частичной отмене вступившего в законную силу обвинительного приговора».<sup>1</sup>

И. Л. Петрухин в обоснование высказываемой им аналогичной позиции приводит следующий пример. Осужденный полностью отбыл срок лишения свободы, назначенный судом первой инстанции. В порядке надзора совершенное им деяние переквалифицировано по другой статье УК РФ, предусматривающей более мягкое наказание, мера ответственности изменена (снижено наказание). Допустим, осужденный отбыл назначенные ему 10 лет лишения свободы, а надзорная инстанция снизила наказание до 5 лет. Как отмечает И. Л. Петрухин, «в такого рода случаях осужденный подлежит частичной реабилитации: ему должен быть возмещен ущерб за излишние годы лишения свободы»<sup>2</sup>.

Представляется более правильный подход к понятию частичной реабилитации выработан у А. А. Подопригоры. Автор предлагает под частичной реабилитацией считать «признание незаконной или необоснованной части подозрения, предъявленного обвинения, либо осуждения лица, с последующим восстановлением его прав и свобод, ограниченных в данной части уголовного преследования, либо осуждения, а также возмещение вреда в той мере, в какой он был при этом незаконно или необоснованно причинен, при наличии требования данного лица о таком возмещении»<sup>3</sup>.

Полагаю, стоит согласиться с приведенной автором классификацией обстоятельств, влекущих частичную реабилитацию лиц:

- частичное прекращение уголовного преследования в отношении подозреваемого, обвиняемого, по реабилитирующим основаниям;
- признание в приговоре части обвинения необоснованной;
- частичная отмена вступившего в законную силу обвинительного приговора суда при наличии реабилитирующих оснований.<sup>4</sup>

Таким образом, реабилитация может быть не только полной, но и частичной. Признание права на частичную реабилитацию имеет эпохальное значение для российского уголовного судопроизводства. Очевидно также и то,

1 См.: Трунов И. Л. Возмещение вреда и восстановление прав лиц, незаконно или необоснованно подвергнутых уголовному преследованию // Право и политика. 2004. № 7.

2 См.: Петрухин И. Л. Реабилитация // Законодательство. 2004. № 3.

3 Подопригора А. А. Реабилитация в уголовном процессе России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2004. С. 8.

4 Подопригора А. А. Реабилитация в уголовном процессе России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2004. С. 9.

что частичная реабилитация - не обязательное следствие прекращения уголовного дела в части, а мера, адекватная необоснованной уголовной репрессии. Полагаю, дальнейшая работа ученых – теоретиков в области признания права на частичную реабилитацию позволит придти к принятию правильных, взвешенных и единообразных решений судебными органами во всех инстанциях уголовного и гражданского судопроизводства.

## Официальные извинения прокурора: нравственный аспект

Ларкина Наталья Сергеевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Брестер Александр Александрович,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

*«Прокурор должен служить обществу. Но это служение только тогда будет полезно, когда в него будет включена строгая нравственная дисциплина, и когда интерес общества и человеческое достоинство будут ограждаться с одинаковой чуткостью и усердием».*  
А.Ф.Кони

Прокуроры не извиняются! По крайней мере, работая с делами по реабилитации, нами было отмечено, что государство не без труда готово компенсировать моральный и материальный вред, восстановить в трудовых, жилищных и иных правах пострадавшего. Но приносить официальные извинения от имени государства прокуроры не желают.

Стоит отметить, что для уголовно-процессуальной науки выбранная тема в рамках реабилитации является как минимум нестандартной. Нестандартной именно потому, что нравственному аспекту официальных извинений прокурора не уделялось должного внимания в исследованиях ученых-процессуалистов с момента закрепления этого положения в уголовно-процессуальном законе. Между тем, для лиц, получивших право на реабилитацию, и адвокатов, занимающихся этой категорией дел, тема официальных извинений прокурора от имени государства является весьма актуальной, ввиду возникновения ряда проблем на практике.

Так, нравственная позиция общества в сфере уголовного судопроизводства заключается в том, что оно заинтересовано не только в том, чтобы преступник был привлечен к уголовной ответственности и осужден, но и в том, чтобы невиновный не стал жертвой незаконного уголовного преследования.<sup>1</sup> Свидетельствует о сказанном ст. 6 УПК РФ, гласящая: "Уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, **реабилитация** каждого, кто необоснованно подвергся уголовному

---

<sup>1</sup> Подопригора А.А. Реабилитация в уголовном процессе: Дисс. канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. 2004.

преследованию".<sup>1</sup> Таким образом, государство берет на себя ответственность за вред, причиненный гражданину неправильными действиями (или бездействиями) органами дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда. Продиктовано это тем, что уголовно-процессуальная деятельность как любая другая деятельность человека, не застрахована от ошибок и злоупотреблений. Поэтому если в конкретном случае ошибка допущена, то необходимо рассматривать ее как чрезвычайное происшествие, публично признать ошибку и **незамедлительно** предпринять все меры для реабилитации невиновного, и в процессе ее осуществления загладить материальный вред, причиненный незаконным или необоснованным уголовным преследованием или осуждением. Кроме того, существует необходимость компенсации морального вреда. Однако зачастую процесс реабилитации превращается в отчаянную и затяжную борьбу пострадавшего с государством, которая сводит на нет смысл, заложенный в нем, делает его безрезультатным.

Итак, нет никаких оснований отрицать, что значимость реабилитации огромна. Ошибки при осуществлении уголовного преследования и правосудия дорого обходятся как отдельной личности, так и обществу в целом. Ибо, нарушение справедливости в той сфере, где она должна быть в первую очередь, негативно влияет на душевное состояние человека, порождает неуважение к закону, государственным органам, чиновникам, в конце концов, является причиной материальных лишений. Более того, незаконное и необоснованное уголовное преследование и правосудие оборачиваются для человека огромной трагедией, ломают ему жизнь. В связи с чем, **основное назначение реабилитации видится в исправлении последствий следственных и судебных ошибок, восстановлении граждан, признанных невиновными, в прежнем статусе, возмещении им причиненного материального и морального вреда, с целью стабилизации их душевного состояния и возвращения к нормальной жизнедеятельности, которую они вели прежде.**

Так, анализ положений о реабилитации, закрепленных в уголовно-процессуальном законе, позволяет сделать вывод о том, что реабилитация представляет собой комплексный процесс, направленный на восстановление в прежнее положение гражданина, незаконно подвергшегося уголовному преследованию, в рамках которого могут быть выделены несколько аспектов. В основу выделения нами положен критерий, отражающий характер мер реабилитации, имеющих своеобразную направленность. В теории же в качестве критерия традиционно определяют характер вреда, подлежащего возмещению.<sup>2</sup>

Необоснованное и незаконное привлечение к уголовной ответственности может оказаться причиной сильных душевных мук, страданий, нравственных переживаний. Такие последствия названы моральным вредом, загладить который исключительно денежной компенсацией невозможно. Ошибка правоохранительных и судебных органов влечет также и неблагоприятные экономические последствия для пострадавших. Выражаются они в умалении

---

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 18.12.2001 N 174-ФЗ (с послед. изм. от 7.11.2011 г. N 420-ФЗ) // СЗ РФ. 2001. N 52 (часть I). ст. 4921.

<sup>2</sup> Корнеев О. А. Институт реабилитации в уголовно-процессуальном праве России: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Челябинск, 2005.

наличного имущества, его уничтожении или повреждении либо в неполучении материальных благ, которые лицо получило бы при нормальном, законном развитии событий. Другими словами, это материальный вред и этот вред подлежит возмещению государством, путем выплаты компенсации.

В связи с чем, на наш взгляд, прослеживаются два аспекта реабилитации: имущественный, направленный на возмещение сугубо материальных последствий, и нравственный, предназначение которого прямо противоположно первому. Имущественный аспект, включает в себя меры, имеющие денежный характер и направлен на возмещение имущественного вреда. Стоит отметить, что восстановление в жилищных, пенсионных, трудовых и иных правах реабилитируемого, так или иначе имеют материальный характер и так же могут быть отнесены к имущественному аспекту реабилитации. В содержание этого аспекта входит, в том числе, и возмещение морального вреда по средствам выплат компенсаций, постольку поскольку имеет также лишь денежный характер. Отмеченные меры объединены общей целью - исправления пошатнувшегося материального положения реабилитированного. Эта ответственность безлика, ибо за результаты неправомерной деятельности государственных органов ответственность перед потерпевшим возместить вред возникает не у конкретного лица, а у государства в целом за счет средств казны.

Нравственный же аспект реабилитации, основной и единственной мерой в рамках которого является принесение официальных извинений прокурором от имени государства, имеет несколько другое предназначение, нежели меры имущественного характера, направленные на восстановление лишь экономического положения индивида, случившегося с ним по причине его незаконного уголовного преследования. Считаем, что извинения прокурора от имени государства в большинстве своих случаев оказывают положительное влияние на сознание человека. Другими словами, целью нравственного аспекта реабилитации является моральное оздоровление личности и искоренения отрицательных последствий перенесенных нравственных страданий и переживаний.

Безусловно, основным содержанием официального извинения является признание ошибки, допущенной органами расследования и судом, объявление о том, что ранее оглашенные данные о подозрении, обвинении или объявлении о виновности человека в совершении преступления, порочащие его честь и достоинство, не соответствуют действительности. Таким образом, одно из назначений моральной реабилитации заключается в устранении образовавшегося в результате незаконного уголовного преследования негативного общественного мнения о пострадавшем. Это позволяет восстановить его честь, доброе имя и репутацию. Однако это всего лишь внешние результаты, на фоне которых можно обнаружить более глубокое воздействие официальных извинений прокурора от имени государства на пострадавшего. А именно, с помощью официальных извинений прокурора человек не только реабилитируется в глазах окружающих, но и получает моральное оздоровление. Т.е. достигает такого состояния, когда понимает, что о его беде помнит государство, ему искренне сочувствуют и сопереживают,



готовы помочь в преодолении негативных последствий случившихся в результате злополучной ошибки государственных органов. Возникает некое чувство защищенности со стороны государства. Кроме того, человек осознает, что его уважают как личность, его права и законные интересы обладают ценностью.

Мера реабилитации в форме официальных извинений прокурора от имени государства в отличие от мер, относящихся к имущественному аспекту, не является обезличенной, так как закон возлагает обязанность принести извинения именно на прокуроров. В связи с этим, на практике возникает вопрос: почему во всех случаях за ошибки публичное извинение должен приносить именно прокурор, а не дознаватель, следователь, или судья? Вероятно, здесь следует согласиться с мнением Ю. Синельщикова о том, что публичное извинение – обязанность прокурора в связи с тем, что оно должно носить официальный характер и приноситься не от имени своего ведомства, т.е. прокуратуры, а от имени государства.<sup>1</sup> Также необходимо учитывать, что именно прокурор уполномочен осуществлять от имени государства надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия (ст. 30 Федерального закона “О прокуратуре Российской Федерации”<sup>2</sup>; ч. 1 ст. 37 УПК РФ). Иначе, прокурор - гарант законности деятельности правоохранительной системы. И если была допущена ошибка или нарушение закона, и уголовное преследование осуществлялось в отношении невиновного, а прокурор в процессе надзора не выявил этого, то кто, как не он, должен принести от имени государства извинение реабилитируемому.

Свидетельствует о конкретизации такой формы реабилитации пример из судебной практики<sup>3</sup>, когда прокурор Омской области Маслов А.М. вообще просил суд обязать принести официальное письменное извинение Ф. прокуратуру Омской области вместо прокурора Омской области. Суд постановил, что доводы представленные прокурором о том, что извинение Ф. должен приносить не прокурор, а прокуратура, не основаны на законе и противоречат ч.1 ст. 136 УПК РФ. Кроме того, поскольку постановление судьи должно быть конкретным и не порождать неясностей при его исполнении, указание в постановлении судьи, на какого прокурора он возложил исполнение такой обязанности (с учетом мнения реабилитированного), не противоречит закону.

Принесение извинений — довольно простой, но действенный ход в межличностных, да и любых других отношениях. Казалось бы, высокая нравственная значимость такого поведения государства по отношению к реабилитируемому очевидна, сложностей никаких возникнуть не может: признали право за лицом на реабилитацию – принесите официальные извинения. Но, к сожалению, данная обязанность прокурорскими работниками выполняется добровольно отнюдь не всегда, и получить официальные извинения от прокурора не так уж просто. Нередко официальных извинений

1 Синельщиков Ю. Полномочия прокурора в досудебном производстве по новому УПК // Законность. 2006.- № 3.- С. 6

2 “О прокуратуре Российской Федерации”: ФЗ РФ от 17.01.1992 N 2202-1 // “Собрание законодательства РФ”. 20.11.1995. N 47. ст. 4472

3 Определение Судебной Коллегии по уголовным делам ВС РФ по Делу № КА-А40/2385-01 от 28.10. 2004г. N 50-004-48 // БВС. 2003. № 10

приходиться добиваться через суд годами. А если все-таки и извиняются прокуроры, то извинения их настолько сухи и формальны, что вряд ли их можно назвать таковыми. Такое положение дел недопустимо, так как ожидать положительных нравственных отмеченных выше результатов от подобного рода извинений уже не приходится.

В связи с вышесказанным, необъяснима логика Пленума Верховного Суда РФ, закрепившего в п. 19 Постановления № 17 от 29.11.2011г. «О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве»<sup>1</sup> положение, согласно которому впредь суд возлагает исполнение обязанности в виде принесения официальных извинений на прокурора соответствующего уровня, если вопрос о принесении извинений прокурором поставлен реабилитированным перед судом. На наш взгляд, закрепив подобного рода позицию, Пленум ВС РФ практически освободил прокуроров от обязанности приносить извинения самостоятельно и добровольно. Отсюда напрашивается справедливый вывод, если такой вопрос реабилитируемым не поставлен, т.е. он не пожелал обращаться к суду по каким-либо причинам, то такой обязанности ни у одного прокурора не возникает и извиняться перед реабилитируемым некому. Такой вывод справедлив и если обратится к уголовно-процессуальному закону, который, не указывая, какой именно прокурор должен от имени государства принести извинение. Получается, отсутствие обращения лица, имеющего право на реабилитацию, к суду приводит к невозможности реализации им своего права, так как в этом случае никто: не законодатель, не суд не возложил данную обязанность на конкретное лицо, и юридическая обязанность, закрепленная законом, не исполняется.

Между тем, формулировка ч.1 ст. 136 УПК РФ, в соответствии с которой от имени государства прокурор приносит извинения за причиненный лицу вред,<sup>2</sup> позволяет сделать вывод о том, что официальное опровержение причастности реабилитированного к преступлению – это именно юридическая обязанность, возложенная законом на прокурора. Обязанность есть обеспеченная законом мера должного поведения, которой следует обязанное лицо.<sup>3</sup> В теории отмечают безусловный характер обязанности, который означает невозможность отказаться от ее исполнения. Юридическая обязанность предполагает также наличие ответственности, наступающей за ее неисполнение. Представляется, что отмеченные признаки обязанности, как юридической категории, присущи и обязанности прокурора, закрепленной ч.1 ст. 136 УПК РФ.

Чем обусловлена любая обязанность? В юриспруденции господствует тезис о том, что всякая юридическая обязанность находится в неразрывной связи с субъективным правом. Существование и реализация прав и свобод

<sup>1</sup> «О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве»: Постановления Пленума Верховного Суда № 17 от 29.11.2011г. //

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 18.12.2001 N 174-ФЗ (с послед. изм. от 7.11.2011 г. N 420-ФЗ ) // СЗ РФ. 2001. N 52 (часть 1). ст. 4921.

<sup>3</sup> О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права. М.: Юр. Литература. 1961. стр. 223—224.

неразрывно связаны с определенными обязанностями, которые выступают их оборотной стороной. Обязанности призваны обеспечивать баланс, устойчивость и динамизм правового регулирования.<sup>1</sup> Вероятно, именно эта связь, между таким субъективным правом человека, как право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействиями) органов государственной власти или их должностных лиц<sup>2</sup>, обуславливает наличие обязанности со стороны государства заглаживать моральный вред, причиненный, в том числе, незаконным уголовным преследованием, путем принесения официальных извинений от имени государства прокурором. Однако полагаем, не стоит усматривать появление отмеченной обязанности в российском уголовно-процессуальном законодательстве лишь чисто формальные аспекты правового регулирования. Полагаем, что закрепление положения в УПК РФ, обязывающего прокурора принести официальные извинения, вызвано осознанием законодателя того, что извинения прокурора — важнейший нравственный шаг государства на пути реабилитации человека, незаконно и необоснованно подвергнувшегося моральным страданиям.

Стоит отметить, что рассматриваемое нами положение не является примером, отвечающим всем признакам юридической обязанности, ибо не предполагает такого необходимого элемента обязанности как ответственность за неисполнение. И в правду, изученные нами нормативные акты, в том числе внутренние, устанавливающие правила прохождения службы работниками прокуратуры, подтверждают это. Не один из действующих актов, так или иначе адресованный прокурорам, не предусматривает положения, закрепляющего ответственности прокурора за не принесение им официальных извинений лицу, за которым признано право на реабилитацию. В том числе отсутствует и дисциплинарная ответственность, предусмотреть которую, на наш взгляд, все-таки нужно. Ибо это более дисциплинирует прокурорских работников в выполнении возложенных на них законом обязанностей, если нравственной дисциплины в этом деле прокурорам не достаёт. Невозможно, конечно, ввести ответственность за каждый случай не извинения, но по итогам определенного периода, если есть реабилитированные и перед ними никто и никогда не извинялся, можно подумать о привлечении прокурора к дисциплинарной ответственности, к примеру, в виде выговора.

Кроме того, уголовно-процессуальный закон, закрепляя обязанность прокуроров приносить официальные извинения от имени государства, не предусматривает, во-первых, форму такого извинения, во-вторых, процедуру их принесения, и, в-третьих, не указывает, какому именно прокурору извинятся. В связи с чем, возникает мысль о несовершенстве такой нормы, в силу отсутствия ее конкретизации (неконкретная норма). Однако, на наш взгляд, правильнее следует говорить об ее особом характере. Ведь извинения, как истинное проявление нравственности не могут протекать в строго формальных рамках, очерченных законом. А искренними и действенными официальными извинения могут быть только в случае их добровольного принесения лицом, осознающим,

---

<sup>1</sup> См., напр.: Теория государства и права. Учебник под ред. проф. С.С. Алексеева. М.: 2009. стр.687.

<sup>2</sup> Ст. 53 Конституции Российской Федерации от 25 декабря 1993 года, (с изм. от 30.11.2008 г. N 6-ФКЗ и N 7-ФКЗ) // РГ. 2009. № 4831.

что весь груз ответственности за вред, причиненный пострадавшему от необоснованного и незаконного уголовного преследования, лежит на государстве, от имени которого, прокурор как гарант законности приносит официальные извинения. Есть предположение, что это и стало причинами закрепления обязанности прокурора принести официальные извинения реабилитированному не так строго, как этого требует правило формальной определенности закона. Более того, считаем, что в государстве с высоким уровне культуры и нравственности, данная норма вообще не появилась бы. Но отсутствие ее законодательного закрепления не означало бы отсутствие извинений на практике. Прокуроры извинялись бы только в силу существующего в обществе закона нравственности. Именно поэтому, полагаем, что менять закон в сторону конкретизации положения ч.1 ст.136 УПК РФ не стоит.

Так, необоснованно и незаконно привлеченный к уголовному преследованию человек, испытавший острые нравственные страдания, глубокие переживания и лишения озлоблен, потерян, разочарован в справедливости судебной и правоохранительной систем. И извинения, если к ним не обязали, если они принесены самостоятельно, да еще и не в сухой форме канцелярского письма способны посеять зерно надежды и веры в справедливость, вернуть в таком человеке уважение к закону, чиновникам и т.п. Поэтому важной и наиболее действенной формой возмещения морального вреда с точки зрения достижения целей нравственной реабилитации невиновного является нематериальная форма, предусматривающая официальное принесение извинений прокурором. Как показывают результаты интервьюирования пострадавших от ошибок и злоупотреблений со стороны правоохранительных органов и суда, несмотря на то, что юридических последствий такие извинения не несут, реабилитируемые ждут их. Более того, их сильно задевает, что спустя месяцы и даже годы незаконного содержания под стражей, к примеру, им выдают постановление о прекращении дела или оправдательный приговор, с намеком на то, что и так хорошо отделался. Это еще больше подрывает в таком человеке веру в силу закона, вызывает чувство обиды за запятнанную репутацию, увеличивает моральные переживания. К тому же, отсутствие извинений увеличивает размер морального вреда, подлежащего выплате государством в рамках реабилитации. По крайней мере, по этому пути идет современная судебная практика по делам о реабилитации.

Но, стоит отметить и тот факт, что безусловную важность официальные извинения прокурора составляют не для всех пострадавших. Но почему? Для некоторых, потому что они считают, что извинения прокурора настолько пусты, что не несут никакого смысла, и пострадавшие изначально не верят в их искренность. Для других просто потому, что им важны только деньги.

Таким образом, принесение официальных извинений от имени государства прокурором имеет важнейшее нравственное значение для возмещения морального вреда в рамках уголовно-правовой реабилитации. Поэтому с большой долей уверенности можно утверждать, что допустить того, чтобы гражданин добивался извинений от государства в лице прокуратуры в

случае признания государством своей ошибки в судебном или ином порядке, нельзя. Ведь добиваться извинений через суд также глупо как учить нравственному поведению силой. Полное же их отсутствие не только отрицательно сказывается на психике человека, но и увеличивает размер морального вреда, подлежащий выплате государством в рамках реабилитации.

## **Исторический очерк и практика применения специальных психологических знаний в уголовном процессе**

Лопатин Андрей Александрович,  
аспирант кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Стойко Николай Геннадьевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса  
юридического факультета СПбГУ

В последнее время использованию специальных психологических знаний при раскрытии преступлений уделяется особое значение. Отчасти это обусловлено интересом и популяризацией психологии в общественном сознании, отчасти действительными потребностями работников следственных органов.

Так или иначе, но нельзя не отметить начало процесса взаимодействия двух профессиональных областей. В процессе такого взаимодействия возникает множество неразрешенных на сегодняшний день проблем, среди которых особо выделяется проблема соотношения профессиональной компетенции и границ профессионального действия. И психология и право самостоятельные, достаточные и независимые друг от друга науки, и возможность их взаимодействия в уголовном процессе особо интересна и полезна, однако в настоящее время отсутствует четкий механизм применения психологических знаний в уголовном судопроизводстве.

Конечно, уголовное судопроизводство представляет собой сложный механизм взаимодействующих элементов. Он возник в глубокой древности как обеспеченная государственным аппаратом форма восполнения нарушенных прав и наказания преступника, а затем преобразовался в огромную систему взаимозависимых элементов.

Современный российский уголовный процесс включает как нормы международного права, так и специфические для российской правоприменительной деятельности нормы.

Расследование и раскрытие преступлений в настоящий момент является важной задачей компетентных государственных органов. Ее реализация осложняется многообразием форм человеческой деятельности. Понимание возникающих ситуаций и рассмотрение уголовных дел в настоящее время невозможно без специальной подготовки и определенных квалификаций специалистов.

Мы считаем, что привлечение психолога в уголовный процесс это форма использования специальных знаний. Сама идея использования специальных знаний в судопроизводстве возникла очень давно. В той или иной форме эта идея реализуется уже в первых исторических типах уголовного процесса.

Как отмечает А.А. Эксархопуло, в Уставе уголовного судопроизводства 1864 года уже содержалась норма, согласно которой по нарушениям, для исследования коих необходимы специальные знания, следователь требует сведущих лиц, из числа служащих в казенном управлении.

В настоящее время следователи, прокуроры и судьи часто нуждаются в разъяснении им специальных знаний в различных областях. Данные навыки выходят за пределы профессиональной компетентности юристов и доступны зачастую ограниченному кругу лиц.

Применительно к использованию психологических знаний определить с началом их использования не представляется возможным. Первые упоминания о необходимости учета психологических особенностей в юридических практиках появляются уже в 17-18 веках<sup>1</sup>. Авторы данных работ полагают, что психологические знания помогают судебным работникам в проведении технико-юридических мероприятий, например, допроса, очной ставки, и т.д.

Интересным представляется вопрос о том, когда психологические знания впервые были использованы не судебным работником, а специалистом (экспертом) психологом, но в рамках юридического процесса.

И.И.Аминов считает, что первое использование психологических знаний и проведение судебно-психологической экспертизы в уголовном процессе относится к 1883 году.<sup>2</sup>

Мы полагаем, что развитие и распространение практики привлечения психолога в уголовный процесс необходимо рассматривать лишь совместно с историей развития психологии и юриспруденции как самостоятельных наук, так как лишь достаточный уровень научной разработанности методического аппарата и теоретических исследований служит основным условием признания соответствующей области научной, а следовательно и применимости данных знаний.

Проблема заключается в том, что на данном этапе, границы того, что мы сегодня называем науками психологии, психиатрии и судебной медицины были очень размыты и не удерживались субъектами их привлечения в юридическую деятельность. Именно поэтому в материалах доступных нам экспертиз 19-начала 20 веков мы видим что экспертам – психологам ставились вопросы, на которые необходимо было ответить суду.

Как справедливо отмечает А.Е.Брусиловский, как бы ни был квалифицирован эксперт, какие бы решающие вопросы для процесса он ни рассматривал, его работа не может заменить собой работу суда.<sup>3</sup>

Следует отметить, что большая работа по изучению возможностей и применению психологических знаний в судебном процессе проводилась в Европе и Америке.

Многие исследователи отмечают неизмеримый вклад В.Штерна в развитие судебной психологии. В 1903 году вышла его работа «*Beitraege zur psychologie der Aussage I – II*», в которой впервые создаются теоретические

1 Посошков И.Т. Книга о скудности и богатстве и другие сочинения / И.Т. Посошков. – М., 1951.

2См. например И.И.Аминов. Юридическая психология. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. с-250-251, всего 415 с.

3 Брусиловский А.Е. Судебно-психологическая экспертиза стр 1.

основ судебной психологии. Сам В.Штерн привлекался в качестве эксперта психолога в судебные процессы.

Следует также отметить работы Гуго Мюнстерберга, первым рекомендовавшим использовать специальные психологические познания в правоприменительной практике. Как отмечает М.Хант<sup>1</sup> в своей книге «На месте свидетеля» он суммировал существовавшие к тому времени психологические знания факторов, влияющих на свидетельские показания, и утверждал, что прикладная психология могла бы помочь судьям, адвокатам, присяжным — всех их он упрекал в том, что они «полагают, будто их юридический инстинкт и их здравый смысл дают им все необходимое и даже сверх того».

Отметим, что круг вопросов, решаемых с помощью психолога в начале 20 века сводился к проверке правдивости тех или иных показаний: показаний свидетеля, подозреваемого, обвиняемого, и т.д.

Со временем этот круг значительно расширился. Однако следует отметить, что развитие «судебной психологии» в СССР происходило циклично, и настоящий рост накопленных знаний приходится на 80-90 годы 20 века.

Мы разделяем точку зрения А.А. Дулова, согласно которой, применительно к судебной психологии в самом общем виде можно сказать, что задачами ее являются такие проблемы осуществления правосудия, которые не могут быть разрешены без познания специфических психических закономерностей.<sup>2</sup>

Действующее законодательство Российской Федерации предусматривает возможность участия в судопроизводстве лица, обладающего специальными знаниями. Процессуальный статус таких лиц – эксперт или специалист.

Несмотря на то, что нормы о возможности участия эксперта в том или ином виде включались в законодательство СССР и РСФСР и применялись на практике, оптимальная модель использования специальных знаний в судопроизводстве в настоящий момент отсутствует.

В настоящее время разрыв между профессиональными областями, как минимум затрудняет получение объективного и мотивированного решения по делу, а во многих случаях приводит к незаконным судебным решениям.<sup>3</sup>

Подводя итог, отметим, что в настоящий момент деятельность психолога в процессе нуждается как в правовом, так и в методическом обеспечении. В противном случае негативные ситуации в межпрофессиональном взаимодействии будут продолжаться, в связи с чем деятельность психолога в судопроизводстве будет носить формальный, бессодержательный характер.

---

1 Мортон Хант История психологии М.АКТ 2009 с 822-823.

2 Дулов А.А. Введение в судебную психологию, М, «Юридическая литература», 1969, стр.65 всего 158.

3 Экспертное заключение согласно п.3 ч.2 ст. 74 УПК РФ является доказательством (аналогичные нормы содержатся и в других процессуальных кодексах, например ч.1 ст. 55 ГПК РФ, ч.2 ст. 26.2 КоАП РФ и ч.2 ст. 64 АПК РФ).



## Функция прокурора в российском уголовном процессе

Максимова Анна Александровна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Барабаш Анатолий Сергеевич,  
д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса Юридического института  
СФУ

Термин функция постоянно используется в науке уголовного процесса. Существует несколько подходов к данному понятию:

1. Функция – направление уголовно-процессуальной деятельности<sup>1</sup>. На мой взгляд, такое определение вряд ли оправданно, так как направление зависит от целей стоящих перед органами. В данном случае происходит смешение понятий функция и цель, и самостоятельного наполнения понятия функция не происходит, следовательно, невозможно согласиться с данным утверждением.

2. Сама деятельность<sup>2</sup>. Любая деятельность состоит из комплекса выполняемых действий, если функцию определять через деятельность, то любое действие есть функция. Данная позиция не представляется корректной.

3. Функция – определяемые нормами права и выраженные в соответствующих направлениях уголовно-процессуальной деятельности специальное назначение и роль ее участников<sup>3</sup>. В уголовно-процессуальном законодательстве достаточно лиц наделенных правами и обязанностями. Если каждого обозначать как носителя какой-либо процессуальной функции, то никакого отличия в содержании термина функция от прав и обязанностей не обнаруживается.

Было приведено несколько позиций относительно понимания функции в уголовном процессе, не одна из них не наполнена самостоятельным содержанием, раскрывающим специфику уголовно-процессуальной деятельности, поэтому считаю необходимым выработать свое понимание функции в уголовном процессе.

Понятие функция используется в различных областях научных знаний. **ФУНКЦИЯ** — (от латинского *functio* исполнение, осуществление). В математике термин функция используется для обозначения зависимости между величинами, при которой если одна величина задана, то другая может быть найдена<sup>4</sup>. Часто вместо определения функции даётся её интуитивное описание; то есть понятие функции переводится на обычный язык, используя слова «закон», «правило» или «соответствие»<sup>5</sup>. В социальных науках в недавнем

1 Тушев А.А. Прокурор в уголовном процессе Российской Федерации. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2005. 325 с.

2 Прокуратура Российской Федерации (Концепция развития на переходный период). М., 1994. С. 27.

3 Элькин П.С. К вопросу о функции обвинения в советском уголовном процессе // Вопросы теории и практики прокурорского надзора. Саратов. Саратовский ун-т, 1974. С. 459.

4 Функция. Математический энциклопедический словарь. — Гл. ред. Ю. В. Прохоров. — М.: «Большая российская энциклопедия», 1995.

5 Ильин В.А., Садовничий В.А., Сендов Бл.Х. (1985) Математический анализ. Т.1. Начальный курс.

прошлом термин функция стал активно использоваться для объяснения социальных феноменов. Дюркгейм считал функциональный анализ необходимым компонентом социологического исследования и трактовал функцию как объективную связь между явлением и определенным состоянием общества как целого<sup>1</sup>. На мой взгляд в этом утверждении содержится смысл, который возможно перенести в сферу уголовного процесса. Состояние общества на его взгляд выступает некой константой, которая позволяет характеризовать какое-либо явление при исследовании. Что же выступает константой в уголовном процессе? На мой взгляд, константой выступает результат, которого должен достичь субъект уголовного процесса, в своей деятельности, а именно установить обстоятельства подлежащие доказыванию, регламентированные статьей 73 УПК РФ. Т.е. организующим понятием выступает цель, исходя из которой и возможно будет определить функцию того или иного органа. Но цель она в голове, а функция вовне. Реализация ее во многом зависит от того как орган понимает свою цель. И наблюдая за его деятельностью со стороны, оценивая ее, например, применительно к прокурору, мы можем сказать, что прокурор реализует в своей деятельности или функцию обвинения или надзора. Иными словами, функция – это цель положенная в деятельность, ее реализация. В этом проявляется связь между явлением и его определением. Функция отвечает на вопрос, что делает данный орган.

Правильное понимание функции позволяет сделать вывод о том, какой метод должен использовать субъект для реализации своих целей. Чтобы установить обстоятельства подлежащие доказыванию исследователь должен всесторонне, полно и объективно подходить к исследованию. Только такой подход способен обеспечить достижение целей, регламентированных статьей 73 УПК РФ. Если перед субъектом стоит цель установить обстоятельства подлежащие доказыванию путем всестороннего, полного и объективного исследования разве есть основания говорить о прокуроре в целом как об обвинителе, на мой взгляд, нет, так как любая односторонность препятствует объективности исследования.

Поэтому считаю, что прокурор в российском уголовном процессе не осуществляет функцию обвинения, главное его предназначение - это надзор, как в рамках предварительного расследования, так и в судебном разбирательстве. Даже выступая с обвинительной речью, прокурор выступает как орган надзора, так как к выводу о виновности обвиняемого он пришел путем всестороннего, полного и объективного исследования доказательств.

Для подтверждения своего утверждения, давайте обратимся к истории создания данного органа.

Создание любого органа обусловлено наличием определенной проблемы, в какой-либо сфере общественных отношений. Если такая проблема возникла, значит, механизм дает сбой, мы должны выяснить причины этого сбоя и посредством чего они может быть устранены. Если существующие механизмы не позволяют устранить поломку или их попросту не было, можно создать

---

1 С. Левит. Культурология. XX век. Энциклопедия., 1998 г.

новый. Этим механизмом может быть орган государства призванный решить проблему в какой-либо области отношений.

Петр I основал прокуратуру как орган надзора за соблюдением законности, распространяющийся на все сферы общества. Назначение созданных Петром I органов прокуратуры явилось подавление скрытого и открытого сопротивления местных властей, необходимое для осуществления экономических, социальных и политических реформ царя<sup>1</sup>. Ему было необходимо, чтобы новые законы и порядки соблюдались. Средства прокурорского реагирования носили чисто надзорный характер, в основном это был протест, который приносился в орган нарушивший закон, или в вышестоящий орган. Генерал-прокурор надзирал за судебной деятельностью Сената, а губернские прокуроры осуществляли «надзор по суду»<sup>2</sup>.

В эпоху Екатерины II компетенция прокурора расширяется надзор стал также осуществляться за местами лишения свободы, фактически прокуроры занимались борьбой за права человека и чиновничьим беспределом.

Надзор за следствием стал осуществляться во время правления Александра I. Процессуальное руководство дознанием стало осуществляться прокурорами в ходе реформы уголовного судопроизводства 1864 года. В отношении судебных следователей учрежденных данной реформой прокуроры осуществляли надзор за их деятельности, при этом прокурорский надзор был установлен в виде постоянного наблюдения за следствием на месте его производства и в виде предложений, обязательных для исполнения (ст. ст. 263, 278 УУС). Судебные следователи обязаны были выполнять законные требования прокурора, относительно собирания доказательств, но могли и отклонять их. В этом случае прокурор мог обжаловать данные решения. В ходе судебного разбирательства по Уставу уголовного судопроизводства прокурор стал рассматриваться как сторона обвинения. В соответствии со статьей 630 УУС прокурор или частный обвинитель, с одной стороны, а подсудимый или его защитник – с другой пользуются в судебном состязании одинаковыми правами. Однако, исходя из других положений Устава, в рамках судебного следствия прокурора нельзя было назвать обвинителем, в силу того что ему запрещалось представлять дело в одностороннем виде, извлекая из него только обстоятельства, уличающие подсудимого, ни преувеличивать значение имеющихся в деле доказательств и улики или важности рассматриваемого преступления (ст. 739 УУС).

А.Ф. Кони, в своих произведениях предостерегал против слепого подражания русских обвинителей западным образцам, против перенесения «на русскую почву страстных и трескучих приемов французских обвинителей, столь часто обращающих свое участие в судебных прениях в запальчивую травлю подсудимого». Он желал видеть в слагающемся после судебной реформы 1864 года русском типе обвинителя черты спокойствия, отсутствия личного озлобления против подсудимого, опрятности приемов обвинения, чуждых к возбуждению страстей и искажению данных дела, объективности и

---

1 М. Кирсанов Прокуратура как орган государственного обвинения: исторический и сравнительно-правовой аспекты. Труды российских ученых. 2008. № 2. С. 22-26.

2 И.Л. Петрухин. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Часть I. -М.: ТК Велби, 2004. С. 78.

беспристрастности<sup>1</sup>. Исходя из того, что прокурор должен служить обществу, он подчеркивал, что «это служение только тогда будет полезно, когда в него будет внесена строгая нравственная дисциплина и когда интерес общества и человеческое достоинство личности будут ограждаться с одинаковой чуткостью и усердием...»<sup>2</sup>. В своей работе «Нравственные начала в уголовном процессе», он говорит то, что прокурор по своей сути «Публично говорящий судья»<sup>3</sup>. Он должен вызывать у слушателей уважение к закону становясь примером объективности и беспристрастности. Может ли судья быть обвинителем?

Из данных исторических положений можно сделать вывод: предназначение прокурора заключалось в осуществлении надзора за законностью, который является его единственной функцией осуществляемой в уголовном процессе.

---

1 Кони А.Ф. Собрание сочинений в 8 томах. Юрид. лит.; 1967 г Том 4. С.11

2 Кони А.Ф. Избранные произведения. М.: Юрид. лит., 1956. С. 51.

3 Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе // Собр. соч. в 8 т. Т. 4. М., 1967.

**Проблемы осуществления прокурорского надзора за разрешением  
сообщений о преступлениях, переданных в следственные органы в порядке  
п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ**

Мартынюк Михаил Викторович,  
аспирант 1 курса кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Майорова Людмила Викторовна,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Стадия возбуждения уголовного дела является одной из основных и наиболее значимых в уголовном процессе, так как на данной стадии решается вопрос о том, будет ли в дальнейшем запущен механизм уголовного преследования, понесет ли виновное лицо справедливое наказание, будут ли восстановлены права лица, пострадавшего от преступления. Кроме того, остается немаловажным и то, будет ли все это сделано своевременно.

В соответствии с кардинальными изменениями уголовно-процессуального законодательства РФ, произошедшими в 2007 году, прокурор лишен предусмотренных п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ прежней редакции УПК РФ, полномочий возбуждать уголовное дело, поручать следователю, нижестоящему прокурору расследование уголовного дела, принимать такое дело к своему производству.

Вместо этого новой редакцией п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ прокурору при выявлении фактов нарушения уголовного законодательства предписывается мотивированным постановлением направлять соответствующие материалы в следственный орган или орган дознания для решения вопроса об уголовном преследовании.

Таким образом, в настоящее время прокурор в российском уголовном процессе полностью освобожден от ответственности за руководство предварительным следствием, более того, данного руководства в настоящее время он лишен. Теперь функция уголовного преследования осуществляется прокурором на предварительном следствии в основном лишь постольку, поскольку он участвует в подготовке и формировании будущего государственного обвинения в суде. Теоретически прокурор свободен для осуществления более объективного надзора в стадии возбуждения уголовного дела и на ранних этапах предварительного следствия, но на наш взгляд это лишь теоретически. Однако открытым остается вопрос относительно того, являются ли в настоящее время достаточными полномочия прокурора, которыми его наделил УПК РФ, позволят ли данные полномочия обеспечить прокурору объективный и действенный надзор за органами предварительного расследования при осуществлении уголовно-процессуальной деятельности.

Решение вопроса о возбуждении или об отказе в возбуждении уголовного преследования по материалам, направленным прокурором в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, в настоящее время возлагается на орган предварительного расследования, который может как согласиться с позицией прокурора и возбудить уголовное дело по поступившему к нему материалу, так и наоборот посчитать, что в действиях лица отсутствует состав преступления и принять по результатам доследственной проверки решение об отказе в возбуждении уголовного дела.

Вместе с тем, как показывает практика, качество проведения органами предварительного расследования доследственных проверок не всегда отвечает требованиям уголовно-процессуального законодательства, принятые по результатам доследственных проверок процессуальные решения не всегда являются мотивированными, не отвечают принципу законности, в связи с чем, эффективность осуществления прокурором полномочия, предусмотренного п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, резко снижается, уголовное преследование, для осуществления которого прокурором направлены соответствующие материалы, своих целей не достигает, что в свою очередь ставит под сомнение целесообразность изменений в уголовно-процессуальном законодательстве РФ, внесенных ФЗ от 05.06.2007 N 87-ФЗ.

Так, прокуратурой Красноярского края проанализировано состояние прокурорского надзора за разрешением сообщений о преступлениях, переданных в Главное следственное управление Следственного комитета РФ по Красноярскому краю в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ для решения вопроса об уголовном преследовании за период 2011 года.

Всего в 2011 году, согласно данных прокуратуры Красноярского края, органами прокуратуры края в органы Следственного комитета РФ в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ направлено 103 материала с постановлениями для решения вопроса об уголовном преследовании.

По результатам рассмотрения следственными органами Следственного комитета РФ по краю материалов, направленных прокурором в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, в 2011 году возбуждено 40 уголовных дел. В 2011 году возбуждено на 18 уголовных дел больше, чем в аналогичном периоде прошлого года, что хотя и указывает на некие положительные тенденции в реализации прокурором полномочия, предусмотренного п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, однако, все же свидетельствует о том, что данное средство привлечения к уголовной ответственности является неэффективным, так как более чем по половине направленных прокурором материалов для решения вопроса об уголовном преследовании органами Следственного комитета приняты решения об отказе в возбуждении уголовного дела, не смотря на то, что прокурорами в данных случаях в действиях конкретных лиц усмотрен состав преступления.

Безусловно, среди многочисленных материалов, по которым приняты решения об отказе в возбуждении уголовного дела, некоторые материалы прокурорами в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ направлены преждевременно, без детального выяснения всех обстоятельств произошедшего, в связи с чем, следственными органами Следственного комитета РФ по краю в последствии и

приняты решения об отказе в возбуждении уголовного дела, так как в данных случаях следственными органами действительно выяснялось отсутствие составов преступлений, и с принятыми решениями об отказе в возбуждении уголовного дела прокуратура соглашалась. Но это лишь единичные случаи, так как основная масса направленных прокурорами материалов содержала в себе признаки составов преступлений.

Вместе с тем, в ряде случаев, как показала практика, принятые органами Следственного комитета РФ по краю решения об отказе в возбуждении уголовного дела являлись незаконными. 44 незаконных решения об отказе в возбуждении уголовного дела в 2011 году руководителями следственных органов Следственного комитета РФ отменены самостоятельно, 19 незаконных решений выявлены и отменены прокурорами различного уровня. И, хотя, по материалам, направленным прокурорами в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, органами Следственного комитета РФ по краю после отмены принятого решения об отказе в возбуждении уголовного дела уголовные дела не возбуждались, в органах внутренних дел такие факты имеются, то есть выявленные прокурорами преступления были укрыты путем необоснованного принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела, что прямо указывает на недостаточность имеющихся у прокурора полномочий, которыми его наделила ст. 37 УПК РФ действующей редакции.

Таким образом, правоприменительная деятельность прокуратуры Красноярского края показала, что полномочия прокурора, предусмотренные п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, не всегда являются эффективными, в условиях современного законодательства РФ не всегда позволяют прокурору своевременно реагировать на выявленные им нарушения законодательства, и обнаруженные в связи с этим в действиях конкретных лиц признаки составов преступления.

В связи с изложенным, остается констатировать, что реализация прокурором функции надзора в рассматриваемой стадии затруднена. Эффективность производства на стадии возбуждения уголовного дела действительно может повыситься, но при условии как правильно организованного прокурорского надзора, который способен исключить факты необоснованного уголовного преследования по материалам, направленным прокурором в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, так и наделяния прокурора на данной стадии более широким объемом процессуальных полномочий, позволяющих ему более эффективно и своевременно добиваться привлечения лиц, виновных в совершении преступлений, к уголовной ответственности.

В настоящее время уголовно-процессуальное законодательство РФ идет по обратному пути, возвращая прокурору часть ранее изъятых у него полномочий, таких например как отмена незаконных решений об отказе в возбуждении уголовного дела, приостановлении, прекращении предварительного следствия, убедившись, что внесенные в 2007 году в УПК РФ изменения являются преждевременными, и не отвечают целям и задачам уголовного-судопроизводства. Однако, полагаю, что внесенных изменений явно

недостаточно, и у прокурора в настоящее время отсутствуют такие жизненно важные полномочия, ранее изъятые, как возбуждение уголовного дела.

Такое полномочие прокурора, как возбуждение уголовного дела, несомненно вновь позволит добиваться поставленных перед прокурором ФЗ “О прокуратуре РФ” и УПК РФ задач. В случае безусловного выявления преступления возбуждение прокурором уголовного дела позволит обеспечить своевременность привлечения лица к уголовной ответственности, исключит факты необоснованного вынесения решений об отказе в возбуждении уголовного дела, обеспечит на начальном этапе соблюдение требований ст. 6.1 УПК РФ о разумных сроках уголовного судопроизводства.

Подводя итог вышесказанному следует сделать обоснованный вывод о том, что для действительного обеспечения прокурором законности при приеме и разрешении заявлений и сообщений о преступлениях необходимо внести в УПК РФ соответствующие изменения в ст. 37 УПК РФ и наделить прокурора в уголовном процессе в случае безусловного выявления преступления полномочием по возбуждению уголовного дела и дальнейшей передаче уголовного дела для расследования в орган предварительного расследования в соответствии с правилами подследственности, установленными УПК РФ.



## **Практические проблемы реализации доктрины плодов отравленного дерева в уголовном судопроизводстве**

Меркушев Сергей Евгеньевич,  
аспирант кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Одним из наиболее спорных вопросов уголовно-процессуального права является вопрос о правовых последствиях нарушения процессуальной формы при получении доказательств. Этот вопрос в сущности может быть сведен к следующему: каждое ли отступление от формы закона влечет безусловную недопустимость доказательства, полученного таким путем? Данная проблема занимает одно из центральных мест в теории доказательств.

Концепция «плодов отравленного дерева» существует уже около восьмидесяти лет. Своим существованием она обязана учению о «беспощадном исключении доказательств», являющимся учением о процессуальных ошибках и нарушениях. Имея американские корни, эта концепция получила широкое признание среди ученых правоведов в советский период.

Плодами отравленного дерева данная концепция называет любые доказательства, полученные с нарушением закона. Сторонники концепции «плодов отравленного дерева» настаивают на безусловном признании доказательств недопустимыми при любом отступлении от нормы уголовно-процессуального закона. При этом не учитывается ни характер, ни степень нарушения. Таким образом, мы имеем дело с абсолютной недопустимостью доказательств, это означает, что допущенные нарушения закона являются существенными, невосполнимыми, свидетельствующими о невозможности сохранения, реабилитации или восстановления доказательств. Исключение из дела абсолютно недопустимых доказательств является категоричным требованием, не допускающим двойственной трактовки.

Многим ученым, как зарубежным, так и российским свойственно называть доктрину плодов отравленного дерева постулатом доказательственного права: «отравленное дерево дает ядовитые плоды». Этот постулат означает: «Если доказательство получено незаконным способом и вследствие этого вызывает сомнение в своей достоверности, сомнительными, а значит, недопустимыми, станут и другие доказательства, полученные в результате исследования первого». Исходя из этой позиции, мы видим, что исключений в данной доктрине быть не может.

Однако существует противоположная этой позиция: Авторы «Теории доказательств в советском уголовном процессе» по этому поводу говорили:

«Информация, которая, как оказалось, была почерпнута из ненадлежащего источника (например, получена от лица, которое не могло выступать в качестве свидетеля; от эксперта, подлежащего отводу) и по указанной причине была признана недопустимой, может в некоторых случаях использоваться (подобно оперативной информации) в качестве своего рода «указателя» направления расследования и местонахождения доказательств». То есть ученые, фактически, допускали использование «плодов отравленного дерева».

В свою очередь Верховный суд США выработал свою позицию по данному вопросу, исходя из которой, можно сказать, что судом должна признаваться данная доктрина, однако с рядом исключений:

1. Если связь между незаконными действиями полиции и обнаружением и изъятием доказательств «настолько слаба, что пятно противоправности на них незаметно», то оспариваемое доказательство будет допущено к рассмотрению.

2. Если прокурор в состоянии доказать, что оспариваемое доказательство в конечном счете было бы неизбежно обнаружено законными способами, тогда такое доказательство является допустимым.

3. Если государственное обвинение сможет продемонстрировать суду, что производное доказательство получено из источника иного, чем процессуально запятанный источник, то обвинению так же будет разрешено использовать его на процессе.

Российскому уголовному процессу так же приходится сталкиваться с вопросом исключения доказательств, касающегося производных доказательств:

Так, при рассмотрении дела по обвинению С и Б, которые обвинялись в терроризме – организация взрыва в одной из школ города Красноярск. Для исполнения заказа о взрыве школы была создана группа, которая была оснащена оружием. Одним из мест дислокации указанной группы являлась база отдыха. После осуществления взрыва в качестве одного из мест происшествия была осмотрена указанная база отдыха. В ходе осмотра были обнаружены 2 спортивные сумки, принадлежащие участникам преступной группы, в которых находились: оружие, записные книжки и вещи принадлежащие участникам группы. При этом по содержимому сумок были проведены многочисленные экспертизы – почерковедческая, баллистическая и другие. Защитниками было заявлено ходатайство об исключении из числа доказательств: протокола осмотра места происшествия данной Базы отдыха, его видеозаписи, заключения фоноскопической экспертизы этой видеозаписи, а так же протокола осмотра двух спортивных сумок, изъятых с этого места происшествия, многочисленных заключений экспертиз – почерковедческой, баллистической по изъятым предметам, ссылаясь на то, что указанные доказательства добыты с нарушением требований закона. Если сопоставить указанное с доктриной отравленного дерева, то протокол осмотра места происшествия – Базы отдыха «Дом рыбака», его видеозапись и заключение фоноскопической экспертизы можно назвать отравленным деревом, а все остальные доказательства – протокол осмотра сумок, изъятых в ходе осмотра места происшествия, заключения экспертиз по предметам изъятых из этих сумок, – являются плодами отравленного дерева. Протокол осмотра места происшествия, его

видеозапись, заключение фоноскопической экспертизы судом были признаны недопустимыми доказательствами, поскольку осмотр производился без участия понятых. Что же касается ходатайств об исключении из перечня доказательств протокола осмотра этих двух сумок, изъятых в ходе указанного осмотра и их содержимого, протоколов их приобщения в качестве вещественных доказательств, заключений экспертиз в отношении предметов обнаруженных в указанных сумках, то первоначально судом ходатайство о признании этих доказательств недопустимыми были отклонены. При этом суд указал, что, несмотря на то, что они получены в ходе осмотра места происшествия, протокол которого признается недопустимым доказательством, однако эти процессуальные действия могут быть производны не только от протокола осмотра места происшествия, но и от других доказательств. Сами по себе они соответствуют требованиям закона, а обстоятельства и законность их получения возможно исследовать с помощью других доказательств.

Так, сумки осмотрены с участием понятых, все процессуальные требования выполнены, изъятые из сумок предметы надлежащим образом упакованы, направлены на экспертизу, по ним проведены соответствующие экспертизы, заключения по которым основанием признавать недопустимыми у суда не было.

В судебном заседании суд исследовал вопрос допустимости этих «плодов отравленного дерева». При этом суд допросил свидетелей, которые находились на базе в ходе осмотра места происшествия – работников базы, оперативных работников. Все они поясняли, что комната осматривалась тщательно, сотрудники милиции заглядывали под кровати, но никаких сумок обнаружено не было. Таким образом, доказательств того, что во время осмотра места происшествия сумки находились на базе, представлено не было. Одной из версий была, та, что эту сумку подбросили с целью повлиять на следствие и увести его в ложном направлении. По этой причине были признаны недопустимыми доказательствами эти «плоды отравленного дерева».

Противоположный пример: судом рассмотрено дело по обвинению Н и В. Они обвинялись в том, что совершили убийство Е, после чего вывезли на кладбище и закопали его труп. В ходе следствия они показали место захоронения. Протокол осмотра этого места захоронения судом признан недопустимым доказательством, так как не присутствовали понятые. Но при этом этот труп был эксгумирован, по нему проведена судебно-медицинская экспертиза, которая установила причины смерти. По теории плодов отравленного дерева протокол осмотра трупа и заключения экспертиз, являются именно этими плодами, поскольку протокол осмотра места происшествия является отравленным деревом.

Однако суд допросил водителя автомашины, который привозил следственную группу на место захоронения и рабочих которые откапывали труп. При этом все они подтвердили факт того что труп Е, был извлечен, осмотрен и отправлен на экспертизу. Никаких процессуальных нарушений при осмотре трупа и его экспертизе допущено не было, а поскольку обстоятельства, связанные с обнаружением трупа были установлены с помощью показаний

свидетелей, то несмотря на то, что протокол осмотра места происшествия был признан недопустимым доказательством, протокол осмотра трупа Е и заключение судебно-медицинской экспертизы о причине его смерти, признаны допустимыми доказательствами.

Таким образом сам факт признания недопустимым доказательством протокола осмотра места происшествия, не влечет автоматически признание недопустимыми доказательствами протоколов осмотра предметов, изъятых с места происшествия, заключений экспертиз по ним, и других доказательств.

Так же интересен следующий пример:

Очень спорно складывается судебная практика по вопросу разграничения фактических и юридических обстоятельств при рассмотрении дел судами присяжных.

Так, согласно сложившейся практики версия о том, что наркотики которые изъяли у лица не подлежит исследованию в присутствии присяжных заседателей. Принято считать, что это вопрос допустимости доказательств.

В результате, например, подсудимый не отрицает, что у него изъяты наркотики, однако утверждает, что их ему подбросили.

Представляется, что обсуждение вопроса допустимости доказательств в отсутствие присяжных не способствует вынесению объективного вердикта.

Но этот вопрос не подлежит исследованию в присутствии присяжных. В результате у присяжных не может не возникнуть вопрос по поводу версии подсудимого о том, что наркотики ему подбросили, и именно на этот самый главный вопрос они не получают ответа и им предлагается не обращать внимания на эту версию подсудимого. Присяжные сбиты с толку, поскольку ответить на этот вопрос о виновности могут только располагая ответом на версию подсудимого, однако именно на нее их просят не обращать внимания.

Другой пример: подсудимый поясняет, что потерпевший его оговаривает, так как имеет к нему неприязненные отношения, вызванные большим конфликтом во время их совместной службы в армии. А этот вопрос исследованию в присутствии присяжных не подлежит. Суд может в отсутствие присяжных проверить версию совместной службы в армии и даже имевшегося конфликта, однако оценить достоверность показаний потерпевшего не вправе, поскольку это возможно при оценке всей совокупности доказательств. Присяжные также не могут оценить указанное доказательство в совокупности с другими, поскольку оно может быть им предъявлено без указания версии и причин оговора подсудимого или не предъявлено вообще.

Исходя из вышеприведенных примеров, мы можем сделать вывод о том, что рассматриваемая доктрина не является исключительно теоретической моделью. Она фактически признана судами России и должна применяться по всем уголовным делам. Безусловно, принятие и закрепление в УПК РФ доктрины «плодов отравленного дерева» требует детальной проработки и тщательного подхода к формулированию соответствующих норм.

## **Некоторые вопросы правового регулирования участия в уголовном судопроизводстве обвиняемых, страдающих тяжелыми заболеваниями**

Пашковский Александр Дмитриевич,  
Семёнов Виктор Валерьевич,  
студенты 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Александр Дмитриевич Назаров  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

Президент РФ Дмитрий Анатольевич Медведев в одном из своих выступлений отмечал, "что наш уголовный закон, наше уголовное законодательство, процедуры применения закона и уголовный процесс должны быть эффективными, должны соединять в себе два элемента: с одной стороны, репрессию, а с другой стороны – давать людям возможность исправиться"<sup>1</sup>.

Учитывая актуальность проблем, связанных с избранием меры пресечения в виде заключения под стражу, а также освобождения осужденных от отбывания наказания в связи с болезнью, мы предлагаем рассмотреть некоторые вопросы правового регулирования участия в уголовном судопроизводстве подозреваемых и обвиняемых, имеющих тяжелые заболевания.

Ст. 2 Конституции РФ определяет, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью. В ст. 22 Конституции РФ прямо закреплено, что каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Наряду с этим и Конституция РФ, и международные акты указывают, что такое право не является безграничным. В данном случае речь идет о применении мер процессуального принуждения.

Поскольку меры уголовно-процессуального принуждения ограничивают конституционные права и свободы граждан, нужны надежные процессуально-правовые гарантии, которые бы обеспечивали законность и обоснованность их применения. В правовом государстве имеет важное значение, насколько применение мер процессуального принуждения вызвано действительной необходимостью ограничения прав граждан<sup>2</sup>.

Заключение под стражу наиболее существенно, по сравнению со всеми иными мерами пресечения, ограничивает конституционные права и свободы человека, который до обвинительного приговора в силу презумпции невиновности считается невиновным<sup>3</sup>.

1 Совещание по вопросам совершенствования судебной системы // Официальный сайт Президента России - <http://news.kremlin.ru/news/10667>.

2 Мельников В.Ю. Некоторые вопросы совершенствования института судебного контроля / В.Ю. Мельников // Администратор суда. – 2007. - N 1. – С. 35-36.

3 Скобинский А.В. "Избрание меры пресечения в виде заключения под стражу" // [http://www.prokuror.rostov.ru/ne\\_4126583](http://www.prokuror.rostov.ru/ne_4126583).

По мнению известных юристов (Михаил Барщевский, Герман Лукьянов, Максим Кошкин, Эдуард Буданов) Российская судебная система в области применения меры пресечения в виде заключения под стражу подозреваемых и обвиняемых в совершении уголовных преступлений демонстрирует положительную тенденцию, которая, однако, является недостаточной для коренного разрешения застарелых проблем.

Продолжая эволюцию в российском законодательстве президент России Дмитрий Медведев в ноябре 2011 года на встрече с руководством Совета Федерации подверг критике эффективность применения уголовного законодательства в России. "Считаю, что это набор неких стереотипов, которые присутствуют в уголовной практике, когда судьи боятся применять альтернативные меры пресечения, полагая, что нужно действовать, исходя из прежних жестких консервативных правил", - подчеркнул Медведев.

Статистика показывает, что в Российской Федерации в 2011 году судами было рассмотрено 253 112 ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Из них удовлетворено 91,3%.

Так, по целому ряду дел Европейский суд по правам человека обращал внимание на то, что очень часто российские суды в качестве основного довода при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу указывают лишь тяжесть преступления, в совершении которого подозревается лицо. На этом основании, далее утверждается, что оно может скрыться от следствия и суда. Подобная практика, по мнению судей ЕСПЧ, недопустима, поскольку опасность (побега) должна оцениваться не только в свете тяжести наказания, так как последняя может как существовать, так и быть сведена до такого минимума, что предварительное заключение окажется неоправданным<sup>1</sup>.

В последнее время, особенно после смерти С. Магнитского, который после жалоб на усиление болей в животе в течение пяти дней провёл последние часы своей жизни в московской тюремной камере только потому, что тюремный хирург предписал психиатрическую экспертизу, а не врачебный уход, и А. Кудоярова в следственном изоляторе Москвы, проблема необходимости освобождения из-под стражи людей, страдающих тяжелыми заболеваниями, находится в центре общественного внимания.

До определенного времени, пока не появилось на свет Постановление Правительства от 14 января 2011 г. N 3, как известно, такие тяжелобольные, на стадии предварительного следствия, были полностью лишены прав на избрание иной меры пресечения на основании медицинского заключения, нежели заключение под стражу. Судьи боялись применять по аналогии существовавшее на тот период Постановление Правительства от 6 февраля 2004 г. N 54, в котором говорилось о порядке медицинского освидетельствования осужденных, представляемых к освобождению от отбывания наказания в связи с возникновением (обострением) психического расстройства или иной тяжелой болезнью.

---

<sup>1</sup> Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный / Под общ. ред. А. В. Смирнова. 5-е изд., доп. и перераб. М.: Проспект, 2009.

14 января 2011 года было принято Постановление Правительства Российской Федерации № 3, согласно которому подозреваемый или обвиняемый в совершении преступления получил право на изменение меры пресечения в виде заключения под стражу на более мягкую при выявлении тяжелого заболевания, препятствующего содержанию под стражей и удостоверенного медицинским заключением, вынесенным по результатам медицинского освидетельствования. Для определения процедуры вынесения медицинского заключения потребовалось еще несколько месяцев – форма направления на медицинское освидетельствование была утверждена приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ 16 марта 2011, а перечни учреждений здравоохранения в Субъектах РФ, проводящих медицинское освидетельствование, были подписаны в мае 2011 года.

Таким образом, к июню 2011 года возникли все необходимые правовые условия для решения вопроса о целесообразности дальнейшего пребывания под стражей людей, страдающих тяжелыми заболеваниями.

Однако, несмотря на принятое Постановление Правительства РФ №3, практика применения ст.ст. 97, 98, 99 УПК РФ об избрании меры пресечения в отношении тяжелобольного подозреваемого (обвиняемого) остается стабильно неизменной. Так, в 2009 году в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы умер 401 человек. В связи с улучшением уровня оказания медицинской помощи в 2010 году количество таких случаев сократилось на 12,5 процента и составило 351. В настоящее время положительная динамика сохраняется и за 2011 год в СИЗО умерли 258 человек.

Известно, что процедура медицинского освидетельствования подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений от появления одного из оснований предусмотренных Постановлением Правительства №3, необходимого для рассмотрения вопроса о направлении подозреваемого или обвиняемого на медицинское освидетельствование до вынесения медицинского заключения о наличии или об отсутствии у подозреваемого или обвиняемого тяжелого заболевания, включенного в перечень, и до того как материалы дела и результаты медицинского освидетельствования поступают в суд, для избрания иной меры пресечения, проходит длительное время, что зачастую непопустительный срок для смертельно больного.

Как итог, в процесс изменения меры пресечения по заболеванию вовлечено много инстанций – это и администрация следственного изолятора, и медицинское учреждение, и, конечно же, суд. Тем не менее, даже соблюдение процедуры, установленной Постановлением Правительства РФ №3, не означает, что, в конце концов, судом будет принято решение, позволяющее тяжелобольному человеку провести свои последние дни в иной обстановке, нежели тюремная камера<sup>1</sup>.

**Для гуманизации механизма изменения меры пресечения для подозреваемых или обвиняемых, болеющих тяжелыми заболеваниями, в**

---

<sup>1</sup> А.Д.Назаров // "Ошибочное заключение под стражу как разновидность фундаментальной ошибки в уголовном судопроизводстве" // Серия «Гуманитарные науки». Март 2012 (том 5, номер 3).

**отношении которых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, предлагаем:**

Во-первых, срок рассмотрения ходатайства, в соответствии со статьей 121 УПК РФ, составляет не более 3-х суток, однако судебная практика свидетельствует о том, что такие ходатайства рассматриваются судами в более длительные сроки. Учитывая особый характер данных правоотношений, предлагаем суду рассматривать поступивший материал в максимально короткие сроки и в приоритетном порядке.

Во-вторых, предлагаем внести изменения в УПК в сторону введения более четких указаний на возможные причины избрания меры пресечения в виде содержания под стражей;

В-третьих, если суд счел невозможным избрать иную меру пресечения, нежели заключение под стражу, то предлагаем суду в постановлении об избрании меры пресечения заключения под стражу, указывать о необходимости немедленного помещения обвиняемого в КТБ.

В-четвёртых, предлагаем разрешить вопрос об ответственности за случаи смерти тяжелобольных подследственных. Конечно, соответствующую правовую и моральную ответственность несут все — следователи, ходатайствующие об избрании меры пресечения в виде содержания под стражу; прокуроры, поддержавшие следователей; администрации изоляторов и медики ФСИН, бестрепетно дающие заключения о возможности пребывания тяжело больных в условиях заключения и не обеспечивающие доступ к полноценному лечению. Отдельно мы можем говорить о вине каждого, но самая большая ответственность лежит именно на судьях, принимающих решение о помещении тяжелобольного человека под стражу или продляющих его пребывание там.

Не лучшим образом обстоит ситуация с процедурой освобождения тяжелобольных осужденных от отбывания наказания, предусмотренной Постановлением Правительства №54.

Так, наглядным примером может служить статистика по Красноярскому краю, предоставленная ФБУ ГУФСИН по Красноярскому краю, согласно которой в течении 2011 года в суд было направлено 87 представлений об освобождении от отбывания наказания по болезни. После рассмотрения материалов суд вынес решение об освобождении лишь в отношении 29 больных осужденных, 15 осужденных умерли, не дождавсь решения суда, еще 15 осужденных умерли в течении трех месяцев после отказа судом в освобождении.

Считаем, что процедуру медицинского освидетельствования представляемых к освобождению от отбывания наказания необходимо адаптировать, а именно ускорить этот процесс.

Известно, что в процесс освобождения от отбывания наказания вовлечено много инстанций — это и администрация следственного изолятора, и медицинское учреждение, и, конечно же, суд. Тем не менее, даже соблюдение процедуры, установленной Постановлением Правительства РФ №54, не означает, что, в конце концов, судом будет принято решение, позволяющее



тяжелобольному человеку провести свои последние дни в иной обстановке, нежели тюремная камера.

**Для наиболее эффективной реализации механизма освобождения тяжелобольных осужденных от отбывания наказания, предлагаем:**

Во-первых, учитывая необходимость принятия безотлагательного решения, предлагаем рассматривать поступивший материал в кратчайшие сроки, а также приоритетном порядке.

Во-вторых, в контексте ст. 401 УПК РФ, в случае удовлетворения ходатайства об освобождении от отбывания наказания в связи с болезнью лица, заболевшего после совершения преступления тяжелой болезнью, препятствующей отбыванию наказания, предлагаем освобождать его из мест лишения свободы немедленно, в день вынесения постановления.

В-третьих, предлагаем поднять вопрос о создании хосписов, для тяжелобольных осужденных, которые по решению суда были освобождены от отбывания наказания.

Подводя черту, хочется заметить, что в большинстве случаев, отказывая в освобождении лица в виду тяжелой болезни, суды ссылаются на тяжесть совершенного лицом преступления и на его общественную опасность.

Вместе с этим, в соответствии с п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2009 г. N 8 "О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания", судам при рассмотрении вопроса об освобождении от отбывания наказания в связи с болезнью следует учитывать: поведение осужденного в период отбывания наказания, его отношение к проводимому лечению, соблюдение им медицинских рекомендаций, режимных требований учреждения, исполняющего наказание, по состоянию здоровья, а также данные о личности осужденного, наличие у него постоянного места жительства, родственников или близких ему лиц, которые могут и согласны осуществлять уход за ним.

Как итог, постановление суда должно быть мотивированным и содержать конкретные основания принятого решения.

## **Понятие и значение звуковых следов и их использование в криминалистических исследованиях звуковой среды**

Перевалова Юлия Владиславовна,  
студентка 4 курса юридического факультета НОУ  
Сибирского института бизнеса, управления и психологии

Научный руководитель:  
Гузова Анастасия Степановна,  
старший преподаватель кафедры уголовного права и процесса НОУ  
Сибирского института бизнеса, управления и психологии

Повсюду нас окружают звуки и на месте совершения преступления они, как правило, тоже возможны. Звук может исходить как от человека, так и являться результатом какой-либо деятельности (шум двигателя машины, звон бьющегося стекла и т.п.). Тогда звуковая среда события преступления – это единая система звуковых следов природных и искусственных источников, предметно-коммуникативной деятельности преступника, применяемых им орудий, инструментов и технических средств, объединенная единством цели.

Таким образом, возникает вопрос: возможно ли использовать указанные звуки в процессе раскрытия и расследования преступлений?

О том, что данная задача исследования для криминалистики является традиционной, можно найти свидетельство в работе Ганса Гросса, который еще в 1905 году указывал на необходимость использования звуковой информации в ходе проведения следственных действий и писал, что, нет основания, считать «виденное» надежнее и ценнее, чем «слышанное»<sup>1</sup>.

По мнению Р.С. Белкина, событие преступления как материальный процесс действительности находится в закономерной связи и взаимообусловленности с другими процессами, событиями и явлениями, составляющими среду, в которой совершаются противоправные действия. Как всякий материальный процесс, преступление взаимодействует со средой, и одной из сторон такого взаимодействия служит отражение преступления в окружающей среде, выражающееся в ее изменениях, адекватно отражающих процесс преступной деятельности<sup>2</sup>.

Е.П. Ищенко, к таким следам, относит образные следы, запечатлеваемые следящими теле- и видеосистемами наблюдения, способными фиксировать и звуковую картину совершения преступления<sup>3</sup>. Следовательно, звуковой фон преступной деятельности, взаимодействуя со звуковым фоном окружающего мира, отражается в виде изменений в материальной среде, которые принято называть звуковыми следами.

---

1 Gross H. Kriminalpsychologie. Leipzig, 1905.

2 Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. М.: Издательство НОРМА, 2001. С. 52 - 53.

3 Ищенко Е.П. О современном состоянии российской криминалистики // Труды. Т. II. С. 219.

Звук обладает специфическими свойствами, которые имеют в основном физическую природу<sup>1</sup>. К ним относятся:

а) динамичность (это свойство может быть применимо в криминалистических целях, поскольку, зная скорость распространения звука, можно определить расстояние до источника звука; кроме того, человек обладает высокой способностью определять направление звука с точностью до одного градуса);

б) рассеиваемость (это свойство необходимо учитывать при использовании приемника звуковой информации, например диктофона, применяемого для запечатления разговора интересующих следствие лиц, поскольку на определенном расстоянии от источника звук практически не поддается фиксации);

в) делимость звука (указанное свойство позволяет получить несколько одинаковых по информационному значению отображений звука в разных точках пространства, что в процессе расследования преступлений может способствовать установлению местонахождения конкретного источника звука в определенный, зафиксированный на материальном носителе промежуток времени);

г) дифракция (это свойство заключается в способности звуковой волны огибать препятствия и позволяет, в частности, слышать шум улицы, доносящийся через открытое окно, и т.д.);

д) отражение (указанное свойство состоит в способности звуковых волн отражаться от твердой поверхности и дает возможность передавать звук из одного места в другое с сохранением его информационной сущности; если отражение звука происходит в закрытых помещениях, то в этом случае следует говорить о реверберации; учет данного свойства в процессе расследования преступлений может способствовать установлению обстоятельств события, например, доносившийся из соседней квартиры шум борьбы может свидетельствовать о предполагаемом времени преступного посягательства, возможных свидетелях происшествия и т.п.<sup>2</sup>).

Итак, рассмотрев свойства звука, обратимся к понятию «звуковой след». В криминалистической науке данному вопросу не уделялось большого внимания, поэтому на сегодняшний день общепризнанного понятия в теории не существует.

Коллектив авторов учебника по криминалистике предложил следующее определение: звуковые следы – это изменения, оставляемые в материальной среде устной речью человека<sup>3</sup>.

В данном понятии в качестве следообразующего объекта называется устная речь человека, но, данное определение неполное, поскольку, источниками звука могут быть различные механизмы (например, огнестрельное оружие) и другие объекты.

1 Морозов И.М. Занимательная биоакустика М.,1983; Плужников М.С., Рязанцев С.В. Среди запахов и звуков. М.: Молодая гвардия, 1991.

2 Костикова Н.А. Звуковые следы и их криминалистическое значение // Эксперт-криминалист. 2011. N 2.

3 Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. Р.С. Белкина. М., 2005. С. 363.

Довольно сходное понятие звукового следа преступной деятельности приводит Д.А. Турчин: « это зафиксированное в идеальной и материальной форме изменение звуковой среды, возникшее в результате воздействия на нее преступной деятельности и информационно с этой деятельностью связанное»<sup>1</sup>. Думается, что определение вышеназванного автора наиболее точно отражает сущность и основные характеристики звуковых следов.

Но следует учитывать, что фиксация изменений звуковой среды, может носить как целенаправленный, так и случайный характер.

Например, потерпевший производит аудиозапись телефонного разговора с лицом, угрожающим расправой. В данном случае фиксация изменений звуковой среды (звукозапись) осуществляется с заранее установленной целью – получить объективное подтверждение противоправных действий со стороны преступника.

Рассмотрим иную ситуацию, когда бытовая фонограмма, изготовленная вне связи с преступлением, но содержащая информацию о противоправном поведении иных лиц. Например, на аудиокассете, содержащей поздравления юбиляру, оказался зафиксированным звук выстрела и шум двигателя автомобиля. Здесь отражение изменений звуковой среды на материальном носителе носило случайный характер.

На основе вышеизложенного представляется возможным предложить следующее понятие звукового следа.

Звуковой след – это целенаправленно или случайно запечатленное в определенной форме (идеальной или материальной) изменение звуковой среды, обусловленное противоправной деятельностью, содержащее информацию о механизме преступления.

Звуковые следы, как и следы в целом, содержат информацию о механизме преступления, поэтому их значение для процесса раскрытия, расследования и предупреждения преступлений трудно переоценить.

Как справедливо отметил в свое время А.А. Леви, в результате исследования звуковых следов может быть получена значительно большая информация, чем при изучении иных следов, например следов рук, ног, орудий взлома и т.п. Объясняется это тем, что следы такого рода носят статический характер, в них отображается только окончательный результат следообразования, в то время как звуковые следы отражают динамику вызвавшего их явления<sup>2</sup>. Они позволяют воссоздать акустическое состояние места происшествия, создавшуюся атмосферу и эмоциональное состояние участников, их число, установить, кто, что сказал, и т.п.

Подводя итог всему вышесказанному, можно утверждать, что значение звуковых следов при раскрытии и расследовании преступлений велико, так как, они являются важным источником информации о способах и средствах совершения преступления, о виновных лицах, мотивах и целях содеянного, позволяют мысленно реконструировать событие преступления, создать

---

1 Турчин Д.А. О закономерностях развития учения о материальных следах в криминалистике // Актуальные проблемы криминалистики и уголовного процесса на современном этапе: Материалы науч.-практ. конф. Владивосток: Медицина ДВ, 2004. С. 14.

2 Леви А.А. Звукозапись в уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1974. С. 99.

информационную модель преступника, на основе которой возможно выдвижение следственных версий о виновном субъекте.

Вследствие значимости информации, содержащейся в звуковых следах, считаю, необходимо использования звуковую информацию в ходе расследования преступлений. Звуковые следы могут быть зафиксированы органолептически и технически. Органолептически звуковые следы фиксируются с помощью органов слуха. Благодаря индивидуальным характеристикам физических параметров и психологическим свойствам устной речи, а также способности человека воспринимать, запоминать и сравнивать слуховые образцы, возможно опознание личности по устной речи.

Технически звуковые следы фиксируются путем записи их на звуконоситель. Запись осуществляется на различной звукозаписывающей аппаратуре. Материалы видео- и звукозаписи, полученных гражданами, полезны, так как позволяют запечатлевать сведения, представляющие интерес для расследования. Подобные записи, не имеющие прямой причинной связи с событием преступления, бывают чисто «бытового» свойства, другие же могут содержать сведения о сговоре соучастников преступления, фиксировать угрозы вымогателя, требования взяточполучателя и т.п. Хотя бывают и минусы подобной информации по причине так называемого «редактирования», фальсификации зафиксированных сведений с помощью компьютерной обработки цифровой записи. Поэтому крайне важно применять для криминалистических целей такие методы цифровой записи, которые надежно фиксируют информационные данные, исключают техническую возможность их изменения.

**Законодательное закрепление признаков справедливости,  
законности, обоснованности и мотивированности приговора, на примере  
ст. 297 УПК РФ**

Писаревский Илья Игоревич,  
студент 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шевченко Илья Александрович,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В условиях современной российской правовой системы в соответствии с уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации, приговор является итоговым актом суда, посредством которого происходит разрешение уголовного дела по существу, именно приговором оформляется итоговое решение суда о важнейших вопросах уголовного процесса – виновности или невиновности лица, необходимых мерах воздействия на подсудимого и другие вопросы. В связи с этим, применительно к приговору, справедливы слова И.Я. Фойницкого о том, что: «К постановке судебного решения направляются все процессуальные меры, все действия суда и сторон, оно есть заключительное звено процесса, та цель, к которой стремится все судебное разбирательство»<sup>1</sup>.

Важность приговора подчеркивается не только на уровне федерального законодательства, но и непосредственно в Конституции РФ. В частности для обеспечения права на судебную защиту, закрепленного в части 1 ст. 46 Конституции РФ<sup>2</sup>, часть 1 ст. 49 устанавливает, что каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда.

Таким образом определяется первоочередное значение приговора в системе судебных актов.

Развивая положения Конституции, Уголовно-процессуальный кодекс РФ (далее – УПК РФ) определяет необходимые признаки, которыми должен обладать любой приговор – это признаки законности обоснованности и справедливости.

Дополнительно, путем анализа норм УПК РФ, в частности п. 4 ст. 7, ст. 307 УПК РФ<sup>3</sup>, возможно вывести такой признак приговора, как его мотивированность.

---

<sup>1</sup> Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2 т. Т. 1. / под. ред. А.В. Смирнова, СПб.: Альфа, 1996, С. 340.

<sup>2</sup> Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.)

(с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. - 2009. - № 4. - Ст. 445.

<sup>3</sup> Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями от 19 мая 2010 г.) // Собрание законодательства РФ. - 2001. - № 52 (ч. 1). - Ст. 4921.

При этом указанные признаки всегда должны присутствовать в неразрывном единстве, иначе в противном случае приговор не должен влечь никаких правовых последствий и должен быть отменен вышестоящей судебной инстанцией.

Нельзя согласиться с И.А. Остапенко в чьей работе говорится о том, что категории законности, обоснованности и справедливости приговора не могут быть отнесены к его свойствам, а являются требованиями, предъявляемыми законом<sup>1</sup>.

В обоснование своих доводов автор в частности говорит о том, что требование - это обязанность судов применить все законные средства и способы для того, чтобы приговор был правосудным. При этом требования эти являются относительно постоянными (с учетом изменений в уголовно-процессуальном законодательстве), а их исполнение происходит не всегда. То есть предполагается, что, несмотря на незаконность, необоснованность и несправедливость итогового решения суда по уголовному делу, оно все же не перестает быть приговором. Подобное понимание является спорным. В частности, указанная позиция вступает в противоречие с презумпцией истинности приговора, которая вступает в силу с момента его провозглашения. Сущность данной презумпции заключается в том, что приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он не был обжалован, и опровержение презумпции происходит как раз путем опровержения одной (или нескольких) из указанных характеристик.

Таким образом, характеристики законности, обоснованности и справедливости приговора должны быть перманентно присущи ему, либо фактически, либо в силу действия соответствующей презумпции, что является характерной чертой признака.

Предположение, что вступивший в законную силу и приведенный в исполнение приговор незаконен, не обоснован, не справедлив, подрывает основы не только судебной системы, но и институт государственности в целом.

Вместе с тем при определении содержания указанных признаков, в частности обоснованности и мотивированности возникают существенные трудности.

Так ст. 297 УПК РФ, говорит лишь о том, что приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он постановлен в соответствии с требованиями УПК РФ и основан на правильном применении уголовного закона. При этом мотивированность, как обязательный признак приговора в целом, не упоминается вообще<sup>2</sup>. И если признак законности, так или иначе, раскрывается законодателем, в частности в ст. 7 УПК РФ, закрепляющей принцип законности всего уголовного процесса, то понимание обоснованности

---

1 Остапенко И.А. Соответствие приговора суда критериям законности, обоснованности и справедливости / И.А. Остапенко // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление, – 2007. – № 5. С. 22-25.

2 Вместе с тем на необходимость суда мотивировать достаточным образом свои решения неоднократно указывает в том числе Европейский суд по правам человека, см. например: Постановление ЕСПЧ от 18.03.2010 по делу "Максимов (Maksimov) против Российской Федерации" (жалоба № 43233/02) // "Бюллетень Европейского Суда по правам человека" – 2010. – № 8; Постановлении ЕСПЧ от 16.11.2010 по делу "Таске (Tahquet) против Бельгии" (жалоба № 926/05) // "Бюллетень Европейского Суда по правам человека", – 2011. – № 5.

и мотивированности возможно сформировать только при комплексном анализе норм УПК РФ и детальном изучении вышеназванных явлений.

В рамках настоящей статьи внимание будет уделено рассмотрению некоторых положительных и отрицательных сторон закрепленного законодателем понимания основных признаков приговора, а именно, справедливости, законности, обоснованности и мотивированности.

В силу формулировки ч. 2 ст. 297 УПК РФ, приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он постановлен в соответствии с требованиями УПК РФ и основан на правильном применении уголовного закона, более того, анализ УПК РФ, позволяет сделать вывод, что данное требование также распространяется на признак мотивированности приговора, так как определенные аспекты мотивированности также раскрываются законодателем в рамках отдельных статей УПК РФ, например, в вышеприведенной ч. 4 ст. 7 и ст. 307 УПК РФ.

Правильной представляется позиция, согласно которой, для того чтобы выступать организующим началом, цель любой деятельности должна быть максимально конкретна и иметь свои определенные границы, она не может представляться в виде туманного ориентира находящегося на неопределенно далеком расстоянии от субъекта деятельности<sup>1</sup>.

В этой связи привязка законодателя не к пространственным формулировкам и таким понятиям высокой степени абстракции как принципы, имеет положительное влияние на правоприменительную практику. Так как это с одной стороны в значительной мере упрощает порядок принятия решения правоприменителем в первой инстанции, и в то же время упрощает проверку приговора с точки зрения его законности, обоснованности и справедливости в апелляционной, кассационной и надзорной инстанции. Фактически при указанных условиях, процесс проверки сводится к сопоставлению той или иной части приговора с конкретной нормой, устанавливающей конкретное правило поведения, что является простейшей логической операцией.

В частности в отношении законности, от правоприменителя требуется неукоснительное соблюдения всех норм УПК РФ, а также Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ).

Вышеуказанное условие в равной мере применимо и к признакам обоснованности, мотивированности и справедливости. Однако при этом в рамках УПК РФ можно выделить и специальные нормы, в наибольшей степени посвященные описанию и закреплению последних трех признаков.

Например, при разрешении вопросов обоснованности и мотивированности приговора, судам в первую очередь необходимо руководствоваться требованиями, установленным в ст. 307 УПК РФ, в соответствии с которыми, помимо прочего, в приговоре должно отражаться:

1) описание преступного деяния, признанного судом доказанным, с указанием места, времени, способа его совершения, формы вины, мотивов, целей и последствий преступления;

---

<sup>1</sup> См. например: Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса: дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.09 . защищена 09.06.2006. Красноярск, 2006. 414 с.



2) доказательства, на которых основаны выводы суда в отношении подсудимого, и мотивы, по которым суд отверг другие доказательства;

3) указание на обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а в случае признания обвинения в какой-либо части необоснованным или установления неправильной квалификации преступления - основания и мотивы изменения обвинения;

4) мотивы решения всех вопросов, относящихся к назначению уголовного наказания, освобождению от него или его отбывания, применению иных мер воздействия;

5) обоснование принятых решений по другим вопросам, указанным в статье 299 настоящего Кодекса.

Однако можно ли говорить, что формулировка ч. 2 ст. 297 УПК РФ является достаточной для понимания законности, обоснованности, мотивированности и справедливости приговора?

Ограничиваясь подобным пониманием основополагающих признаков приговора, перед нами возникает ряд существенных проблем. Так как по сути, вышеуказанные понятия теряют свой собственный глубинный смысл, что ведет к невозможности познания их сущности. Фактически ч. 2 ст. 297 не содержит в себе ни одного сущностного признака рассматриваемых явлений<sup>1</sup> и отождествляет их между собой.

Представление о законности, обоснованности, мотивированности и справедливости приговора лишь как о предъявляемых ч. 2 ст. 297 УПК РФ требованиях, на практике может привести к неверным процессуальным решениям, в том числе и по причине несовершенства самого уголовно-процессуального закона.

Например, принцип законности, закрепленный в УПК РФ, при его буквальном толковании ограничивается необходимостью правильного применения лишь самого УПК РФ и УК РФ.

Вместе с тем, наиболее верной является позиция о том, что в понятие законности включается необходимость соблюдения всей совокупности нормативно-правовых актов – материальных и процессуальных, регулирующих рассматриваемые правоотношения<sup>2</sup>.

Однако, исходя из понятия законности, изложенного в УПК РФ, этого не следует. В то время как в том же УК РФ содержится множество отсылочных норм, отсылающих к специальному законодательству, например, к Федеральному закону от 26.10.2002

№ 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)", Федеральному закону от 08.08.2001 № 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" и т.д.

Буквальное понимание законности, изложенное в ст. 7 и ч. 2 ст. 297 УПК РФ, привело бы к тому, что даже постановленный с нарушением вышеуказанных специальных норм, приговор признавался бы законным, что является недопустимым.

<sup>1</sup> Исключение составляет лишь признак законности.

<sup>2</sup> См. например: Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров / М.С. Строгович, М.: Изд-во АН СССР, 1956. С. 20.

Применительно к закреплённому в ст. 297 и 307 УПК РФ пониманию обоснованности и мотивированности одной из существенных проблем является недостаточное внимание действующего УПК РФ к вопросам толкования права.

Вместе с тем проблема толкования права во многом является ключевой проблемой юриспруденции<sup>1</sup> и применительно к вопросам вынесения приговора приобретает особую значимость, так как от верного уяснения правых норм судом во многом зависит, будут ли достигнуты цели уголовного и уголовно-процессуального законодательства, будет ли осужден невиновный, или же лицо понесет заслуженное наказание<sup>2</sup>.

Из вышеуказанного следует, что выводы суда касательно вопросов толкования норм, применяемых в ходе уголовного процесса, в частности, использование толкования, предложенного одной из сторон, должны в равной степени обосновываться и мотивироваться наряду с выводами суда касательно фактических обстоятельств дела. Суды должны приводить веские причины, почему не может быть применено толкование используемое стороной и почему следует исходить из иного понимания смысла нормы.

Однако из анализа ст. ст. 297, 299, 307 УПК РФ затруднительно вычленив необходимость суда мотивировать и обосновывать вопросы, связанные с толкованием норм. При этом необходимо отметить, что в правоприменительной практике данной проблеме уделяется определенное внимание и суды стараются обосновывать причины непринятия или наоборот применения тех или иных толкований<sup>3</sup>.

Таким образом, мы видим, что стремление законодателя максимальным образом облегчить работу правоприменителя и совершенный в результате этого отказ от описания существенных признаков обоснованности, мотивированности и справедливости приговора, влечет за собой ряд серьезных проблем.

Данные понятия обладают своим уникальным внутренним содержанием. Отсылка в целом ко всем нормам УПК при их определении с одной стороны размывает это внутреннее содержание, а с другой влечет вышеуказанные проблемы, связанные с постоянной изменчивостью норм УПК РФ<sup>4</sup> и их несовершенством.

Исходя из вышеизложенного, в отношении вопроса определения законности, обоснованности, мотивированности и справедливости приговора, полагается более правильным пойти по пути законодательного закрепления ряда их основополагающих признаков, наряду с конкретными требованиями подлежащими исполнению при вынесении приговора.

---

1 Толстик В.А., Дворников, Н.Л., Каргин, К.В. Системное толкование норм права / В.А. Толстик, Н.Л. Дворников, К.В. Каргин – М.: Юриспруденция, 2010. С. 1.

2 Например, некоторые авторы, рассматривая истину как конечную цель уголовного процесса, включают в ее содержание правовую квалификацию, находящую свое отражение в приговоре,

см. например: Маликов М.Ф. Эффективность приговора в советском уголовном процессе. Вопросы теории и практики / под ред. М.С. Брайнина, Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1982. С. 43.

3 См. например: Определение Санкт-Петербургского городского суда от 18 мая 2010 г. № 22-3322/10 // СИС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 17 декабря 2003 г.

№ 804п-2003пр // СИС «Консультант Плюс»; Определение Верховного Суда РФ от 03 октября 2002 г.

№ КАС02-526 // СИС «Консультант Плюс»; Определение Верховного Суда РФ от 04 апреля 2002 г.

№ 81-Д02пр2 // СИС «Консультант Плюс»

4 С момента принятия – 22.11.2001 и по состоянию на 17.02.2012 УПК РФ претерпел более 90 редакций.

## Правосудие и судебный контроль в уголовном процессе

Рудых Александра Игоревна,  
студентка 3 курса Восточно-Сибирского филиала  
Российской академии правосудия

Научный руководитель:  
Днепровская Марина Анатольевна,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права Восточно-  
Сибирского филиала Российской академии правосудия

В уголовно - процессуальной доктрине судебного контроля в досудебном производстве одной из центральных является проблема соотношения его с правосудием. Несмотря на значимость контрольной деятельности суда в деле защиты прав и законных интересов личности, в науке уголовного судопроизводства вопрос о том, как соотносятся между собой понятия «судебный контроль» и «правосудие», продолжает оставаться одним из наиболее дискуссионных.

Ученые, занимающиеся вопросами уголовно - процессуального права, предлагают разные варианты решения этой в теоретическом и практическом плане проблемы. В некоторых научных работах контрольная деятельность суда на предварительном расследовании связывается с правосудием, однако мнения разделяются, когда речь заходит о том, что представляет собой судебный контроль по отношению к правосудию. В связи с тем, что нет единства мнений в отношении таких необходимых составляющих судебной власти, как судебный контроль и правосудие, то возникла необходимость в определении соотношения этих понятий.

По мнению Н.А. Колоколова, судебный контроль правосудием не является<sup>1</sup>. С ним солидарен В.Н. Галузо, который указывает на самостоятельную функцию судебного контроля<sup>2</sup>. В.А. Азаров пишет о феномене судебного контроля как самостоятельного направления судебной деятельности, о его нарождающейся уголовно – процессуальной функции<sup>3</sup>. Особую позицию, в плане ограничения функциональной дееспособности судебного контроля, занял М.К. Свиридов, считающий, что у суда должна быть одна функция – функция разрешения уголовного дела по существу, что обосновано, на его взгляд, различием предмета и процессуальной формы судебного контроля и уголовного судопроизводства<sup>4</sup>. Свою точку зрения высказывает А.П. Гуськова, делая вывод о том, что «судебная власть в уголовном процессе реализуется в форме правосудия в обычном понимании и в

1 Колоколов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы // Государство и право. 1998. №11. С.31-39.

2 Галузо В.Н. Судебный контроль за законностью и обоснованностью содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых на стадии предварительного расследования. Автореф. Дис. ... канд.юрид. наук. М.,1995. С.21.

3 Азаров В.А. Сущность российского уголовного процесса и судебный контроль. Томск, 2002. С.23.

4 Свиридов М.К. Соотношение функций разрешения уголовных дел и судебного контроля в деятельности суда // Правовые проблемы укрепления российской государственности : Сб. ст. / Под ред. Ю.К. Якимовича. Томск , 2001. С.5.

форме контроля за соблюдением прав участников уголовного процесса в досудебном производстве».

Председатель Верховного Суда РФ В.М. Лебедев полагает, что судебный контроль представляет собой особый вид правосудия, осуществляемого на стадии предварительного расследования. При этом, отмечается, что отнесение рассмотрения судом жалоб участников расследования к виду правосудия позволяет обосновать необходимость соблюдения при этом основных, присущих правосудию принципов, в том числе принципа справедливости<sup>1</sup>. Несколько ранее на элементы правосудия в судебном контроле указывал профессор И.Л. Петрухин<sup>2</sup>. Впоследствии он стал рассматривать судебный контроль за расследованием преступлений в качестве самостоятельной формы осуществления правосудия<sup>3</sup>. Сторонником точки зрения, согласно которой судебная власть реализуется только в рамках правосудия, является также В.В. Дорошков<sup>4</sup>. Знак равенства между судебным контролем и правосудием ставит А.Д. Назаров. Он пишет, что контрольная деятельность суда на досудебных стадиях есть также и отправление правосудия по уголовным делам<sup>5</sup>.

По мнению В.А. Лазаревой, все формы судебного контроля охватываются понятием правосудия, а понятия «правосудие» и «судебный контроль» не отличаются своим функциональным назначением, поскольку регулятивная и охранительная функции государства тесно переплетаются и в чистом виде не существуют, а отрицание охранительной роли правосудия граничит с отрицанием важнейшего конституционного положения об обеспеченности прав и свобод человека и гражданина правосудием (ст. 18 Конституции РФ)<sup>6</sup>. А.В. Солодилов полагает, что судебный контроль может осуществлять правосудие, но при соблюдении определенных условий: если судебный контроль имеет признаки особого производства (при судебной проверки законности и обоснованности ареста и продления срока содержания под стражей), а также когда суд фактически разрешает конфликт<sup>7</sup>.

Интересным представляется соотношение судебного контроля и правосудия, предложенное Н.Г. Муратовой, которая пишет, что суд, как орган правосудия, разрешает конфликт публичного характера, признавая или не признавая лицо виновным, назначая или освобождая его от наказания; при осуществлении судебного контроля нет конфликта, так как не обеспечиваются основные принципы правосудия – состязательность и равноправие сторон, и только закон возлагает на суд обязанность осуществлять контроль в досудебном производстве<sup>8</sup>. Однако следует возразить Н.Г. Муратовой в отношении того, что

---

1 Лебедев В.М. Судебная защита свободы и личности неприкосновенности граждан на предварительном следствии: Учебное пособие. М.: Российская академия правосудия, 2001. С.8.

2 Петрухин И.Л. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием // Рос. Юстиция. 1998. № 9. С.13.

3 Петрухин И.Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. М., 2008. С.131-133.

4 Дорошков В.В. Мировой судья. Исторические, организационные и процессуальные аспекты деятельности. М., 2004. С. 16.

5 Назаров А.Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. СПб., 2003. С.206.

6 Лазарева В.А. Судебная власть. Судебная защита. Судебный контроль: понятие и соотношение: Лекции- очерки. Самара: Самарская гуманитарная академия, 2000. С. 23.

7 Солодилов А.В. Судебный контроль в системе уголовного процесса России. Томск: Изд-во Томского ун-та систем управления и радиоэлектроники. 2000. С. 43-47.

8 Муратова Н.Г. Многофункциональность судебного контроля в уголовном судопроизводстве // Уголовное судопроизводство. 2006. №1. С. 12.

если нет конфликта, то нет и нет самого уголовного процесса, который порожден наличием существующих противоречий.

Подводя итог идеям вышечисленных авторов, невозможно не заметить, что исследование таких направлений реализации судебной власти, как «правосудие» и «судебный контроль», приводит к подтверждению вывода об усилении ее правозащитных функций, реализуемых посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Рассмотрение судебного контроля в виде особой формы правосудия «может привести к размыванию границ данного понятия и к необоснованному расширению задач, стоящих перед функцией правосудия, что, в свою очередь, негативно скажется на его эффективности»<sup>1</sup>. Деятельность суда, выходя за рамки правосудия, не ограничивается только функцией рассмотрения и разрешения уголовных дел, поскольку его функцией является контроль за законностью и обоснованностью решений и действий на стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. Действительно, судебным контролем на досудебных стадиях не охватывается понятие правосудия, поскольку и при даче разрешения на процессуальные действия, и при самом рассмотрении жалоб не предполагается разрешение уголовного дела судом по существу.

Следует отметить неточность понятия правосудия, данного в редакции п. 50 ст.5 УПК РФ, где сказано, что судебное заседание – процессуальная форма осуществления правосудия в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу. Следует согласиться с О.В. Химичевой в отношении того, что широкая трактовка правосудия, данная в п.50 ст.5 УПК РФ, искажает смысл правосудия и принижает его значение для уголовного судопроизводства<sup>2</sup>, поскольку основная функция суда в судебном производстве – разрешение дела по существу, что характеризует его деятельность как правосудие, а на стадиях досудебного производства – осуществление судебного контроля. О.В. Химичева, считающая правосудием по уголовным делам не всякую деятельность суда, а лишь разрешение уголовных дел по существу. «Задачам правосудия, - замечает О.В. Химичева, - подчинено выполнение практически всех других правоохранительных функций, которые имеют по отношению к нему субсидиарный характер. Этим определяется то, что именно правосудие «обросло» другими, вспомогательными функциями, также выполняемыми судами. К числу таких необходимых для эффективного осуществления правосудия функций относится и контроль суда за законностью и обоснованностью решений и действий при возбуждении и предварительном расследовании уголовных дел»<sup>3</sup>.

Таким образом, несмотря на процессуальное сходство понятий «правосудие» и «судебный контроль», их следует разграничивать, что определено предметом и целью судебной деятельности, реализующейся на

---

1 Азаров В.А., Таричко И.Ю. Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. Омск: Омск. гос. ун-т, 2004. С. 133.

2 Химичева О.В. Указ.соч. М., 2004. С.208- 209.

3 Химичева О.В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства: Автореф.дис. ... д- ра юрид. Наук. М.,2004. С.35.

различных стадиях процесса, в свойственных только ей судебных функциях. В связи с этим правосудие следует определить как деятельность суда в качестве органа государственной власти, направленную на разрешение дела по существу, осуществляемую с целью принятия решений о государственном принуждении или защите оспариваемого права.

Судебный контроль, не являясь правосудием, на досудебных стадиях обладает самостоятельной уголовно – процессуальной функцией, являясь необходимой гарантией защиты прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства и усиления судебной власти.

## Использование материалов ОРД в доказывании

Сартис Антон Евгеньевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В процессе доказывания по уголовным делам разрешается использование результатов оперативно-розыскной деятельности (ОРД) при условии, что они соответствуют требованиям, предъявляемым к доказательствам уголовно-процессуальным кодексом РФ. Результаты ОРД не всегда имеют процессуальное значение и не всегда могут использоваться в качестве доказательств в уголовном процессе. Это может быть вызвано как неправильным оформлением результатов ОРД, так и необходимостью конспирации.

Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности-достаточности для разрешения уголовного дела. Каждое доказательство должно быть проверено как по содержанию, так и по форме. С точки зрения содержания определяется, может ли быть в реальности то, что в нем зафиксировано, соответствуют ли содержащиеся в нем сведения действительности и т.д. С точки зрения формы проверяется источник их получения, время-место, соответствие процессуальным требованиям к их получению и фиксации. В случаях, указанных в части второй статьи 75 УПК РФ, доказательство может быть признано недопустимым.<sup>1</sup>

Статья 1 ФЗ "Об Оперативно-розыскной деятельности" определяет ОРД – как вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то ФЗ "Об ОРД" в пределах их полномочий посредством проведения ОРМ в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательства.<sup>2</sup>

Целью ОРД является полученные оперативными подразделениями в установленном законом порядке о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, о причастных к нему лицах, в том числе лиц скрывающихся от правосудия, уклоняющихся от исполнения наказания, а так же создающих угрозу национальной безопасности РФ

Основными задачами ОРД является предупреждение, выявление (задержание с поличным), пресечение и раскрытие преступлений, выявление и

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174 - ФЗ

<sup>2</sup> Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ

установление лиц, их подготавливающих, совершающих и совершивших (взаимосвязь с уголовно-процессуальной деятельностью).

Кроме этого, можно выделить основные черты при проведении ОРД:

- разведывательно-поисковый характер;
- перечень субъектов исчерпывающий;
- ОРД ограничивается пределом компетенции органов, ее

осуществляющих;

- два способа осуществления.

Сочетание гласных и негласных способов имеет большое значение в ОРД. Данные способы, хотя противоположны по смыслу и автономны по своему содержанию, но дополняют друг друга, обеспечивая тесную взаимосвязь оперативно-розыскной и процессуальной деятельности по выявлению и раскрытию преступлений.

Одним из нетипичных гласных способов ОРМ для России является объявление через СМИ о предоставлении информации, которая является важной для предупреждения, или раскрытия преступления за денежные вознаграждения.

**Негласный способ** – это комплекс ОРМ, предпринимаемых для сохранения втайне факта содействия в раскрытии преступлений.

Конфидент – лицо, оказывающее негласное содействие оперативным подразделениям в любой из форм, определенных в ведомственном нормативно правовом акте (анонимный осведомитель, оперативный контакт, доверенное лицо, агент, резидент, содержатель явочного помещения).

Агент – совершеннолетнее дееспособное лицо, привлеченное оперативным подразделением на добровольных началах к негласному сотрудничеству с органами ОВД, способное по своим личным и деловым качествам, разведывательным возможностям долговременно и негласно на контрактной основе содействовать решению задач ОРД.

Оперативное внедрение – ОРМ, основанное на легендированном вводе сотрудников оперативного подразделения и (или) лиц, оказывающих им содействие, в криминогенную среду и на пораженные преступностью объекты с целью разведывательного сбора оперативно значимой информации, решения иных задач ОРД по борьбе с преступностью.<sup>1</sup>

Так, например, в течение многих веков негласные способы и формы получения информации использовались в различных сферах деятельности государства.

Еще в 334 г. до н.э. Александр Македонский во время похода против персидского царя Дария, произведя действия, которые сейчас называются контролем почтово-телеграфной корреспонденции, установил зачинщиков назревавшей смуты в своей войске.<sup>2</sup>

Таким образом, анализ зарубежного опыта свидетельствует о том, что правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности

---

1 КОММЕНТАРИЙ А.П. РЫЖАКОВ К ИНСТРУКЦИИ О ПОРЯДКЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДОЗНАВАТЕЛЮ, ОРГАНУ ДОЗНАНИЯ, СЛЕДОВАТЕЛЮ, ПРОКУРОРУ ИЛИ В СУД.

2 [www.juristlib.ru](http://www.juristlib.ru)



соответствующими гласными законами, а также использование результатов данной деятельности в качестве доказательств получают широкое развитие.

Кроме этого, спецслужбам ФРГ предоставлено право прослушивать и записывать телефонные разговоры, вскрывать и осматривать почтовые отправления, а полученные таким путем данные в соответствии с Федеральным законом от 13 августа 1968 г. признаются доказательствами в уголовном процессе.<sup>1</sup>

В США порядок использования спецслужбами оперативно-технических средств определен Законом "О контроле за деятельностью иностранных разведок" от 25 октября 1978 г., Уставом ФБР<sup>2</sup> утвержденным в 1908 г., а также Правилами уголовного судопроизводства различных штатов. Например, в соответствии с Правилами уголовной судопроизводства Пенсильвании копии и записи сведений, полученных в результате использования подслушивающей электронной аппаратуры, приобщаются к делу и предоставляются обвиняемому; и его защитнику для ознакомления.<sup>3</sup> По закону США в суде может быть допрошен сотрудник полиции о сведениях, которые стали ему известны от осведомителей.<sup>4</sup>

Вместе с тем Законом «О защите личного состава разведки» от 23 июня 1982 г. г. одно лишь разглашение сведений о негласном агенте, виновный, может быть, подвергнут штрафу в размере до 50 тыс. долларов.

В некоторых странах (Дания, Венгрия) законодательство регулирует полномочия полиции относительно использования негласных сотрудников. В Италии и Турции законодательство позволяет использовать негласных сотрудников только для расследования отдельных видов преступной деятельности, например, законодатель, позволяет использование информаторов в борьбе с организованной преступностью и наркобизнесом.

В более чем в 15 странах Европы, в которых отсутствует законодательная база, регламентирующая использование негласных сотрудников, имеются отдельные нормы, согласно с которым лицо агента должно или может быть раскрыто.

В Финляндии полиция может не раскрывать личность негласного сотрудника во время судебного следствия. Однако существует ограничение: "Суд имеет право требовать расшифровки лица информатора, если рассматривается дело, по которому предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок 6 лет и больше".<sup>5</sup>

Еще в период становления советской власти в условиях Гражданской войны процесс организационного и структурного преобразования системы охранительно-репрессивных органов сопровождался определенными сложностями. По этому поводу ВЧК пришлось издать Приказ от 14 июня 1920 г., который предписал губчека предпринять всевозможные меры по организации политбюро при уездной милиции, в работе которых использовались

<sup>1</sup> Закон ФРГ об ограничении тайны переписки, почтовой, телеграфной и телефонной связи (Закон, дополняющий статью 10 Основного закона) от 13 августа 1968 г.

<sup>2</sup> www.fr-skyland.ru

<sup>3</sup> Статья С.В. ЩЕРБАКОВА «ПРОСЛУШИВАНИЕ В АМЕРИКАНСКОМ УГОЛОВНОДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОМ ПРАВЕ»

<sup>4</sup> Законом США "О контроле за деятельностью иностранных разведок" от 25 октября 1978 г.

<sup>5</sup> Уголовный закон великого княжества финляндского. www.vseslova.com

информатор, агенты, осведомитель. Персональная ответственность за организацию деятельности оперативного подразделения политбюро, его постоянную готовность к выполнению боевых задач по борьбе с преступностью возлагалась на старшего информатора. В прямые обязанности старшего информатора входил анализ поступавших сведений и составление на основании полученных результатов сводок и иных информационных материалов для губчека об оперативной обстановке в уезде. Информационное обеспечение старших информаторов являлось обязанностью младших информаторов, которые несли ответственность за работу осведомителей, завербованных ими среди народных масс. В случаях необходимости оперативная информация, получаемая от осведомителей, могла быть перепроверена агентами политбюро. Агенты пользовались правами и исполняли обязанности, которые были аналогичны, установленным для разведчиков ЧК. И те и другие обеспечивали органы губчека информацией, получаемой в ходе оперативных действий.<sup>1</sup>

Проведенное исследование свидетельствует о том, что в теории, законодательстве и на практике не выработано единого, комплексного подхода к разрешению проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Разной в теории не позволяет законодателю сформулировать непротиворечивые правовые формы, способствующие правильному и эффективному решению на практике всего комплекса вопросов, связанных с использованием результатов оперативно-розыскной деятельности, прежде всего при формировании на их основе доказательств в уголовном судопроизводстве. Об этом прямо свидетельствует содержащийся в уголовно-процессуальном законодательстве запрет на использование в процессе доказывания результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам. Такое решение фактически блокирует саму возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в указанных целях, поскольку, как было показано выше, результаты оперативно-розыскной деятельности в принципе не могут отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам в уголовном процессе.

О противоречивости подхода законодателя в данном вопросе свидетельствует и разницей между соответствующими нормами уголовно-процессуального закона и Закона «Об ОРД» (ст. 89 УПК РФ и ст. 11 Закона «Об ОРД»). Противоречивое законодательство порождает и противоречивую, неэффективную практику использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам, ведет к ошибкам, нарушению прав и свобод граждан, ослаблению защиты личности, общества и государства от преступных посягательств.

Преодолению существующих в теории, законодательстве и на практике негативных тенденций в решении проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании могут способствовать

---

<sup>1</sup> Статья Е.А. ШАТАЛОВА

«ПОЛИТИЧЕСКИЕ БЮРО УЕЗДНЫХ УПРАВЛЕНИЙ РАБОЧЕ-КРЕСТЬЯНСКОЙ МИЛИЦИИ: ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВОЙ И РЕГИОНАЛЬНЫЙ АСПЕКТЫ СТАНОВЛЕНИЯ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ»

сформулированные и обоснованные в работе следующие выводы и предложения.

Таким образом, именно соблюдение предусмотренное уголовно-процессуальным законом формы определяет принципиальную возможность использования той или иной информации для установления виновности лица в совершении преступления и применения к нему мер уголовной ответственности.

## Функции прокурора на стадии предварительного расследования

Северин Артем Русланович,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Иванова Ольга Геннадьевна,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В пункте 2 ст. 1 ФЗ "О прокуратуре Российской Федерации"<sup>1</sup> закреплено, что в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства прокуратура Российской Федерации осуществляет уголовное преследование в соответствии с полномочиями, установленными уголовно-процессуальным законодательством РФ. Вместе с тем, там же сказано, что прокуратура также осуществляет надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие. Нет ли в этом противоречия? В УПК РФ сказано, что уголовное преследование - процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления. Ю.П. Крапивин справедливо пишет о том, что уголовное преследование является всегда инициативной деятельностью, направленной на установление личности лица, его розыск, принятие мер к сбору доказательств, свидетельствующих о его противоправных деяниях с целью обязательного наказания.<sup>2</sup> Справедливо возникает вопрос о том, каким образом прокурор должен осуществлять функцию уголовного преследования и возможно ли совмещать эту деятельность с осуществлением надзора за предварительным расследованием? Ведь изобличать в совершении преступления можно только на основе доказательств, полученных в установленном процессуальном законом порядке, более того, если прокурор участвует в этой деятельности, то он становится наравне со следователем и дознавателем, потому что они тогда преследуют одну и ту же цель. Как же в таком случае прокурор сможет надлежащим образом осуществлять надзор за тем, чтобы при доказывании органами предварительного расследования не были нарушены закон и права лиц, участвующих в процессе, потому что его будет интересовать лишь результат полученный следователем, а не то, каким путем он к нему пришел? Таким образом, по моему мнению, на прокурора возложены две, по сути своей, противоречащие друг другу функции, которые невозможно осуществлять одному и тому же должностному лицу.

Уголовное преследование как неотъемлемая функция органов прокуратуры было возможно в период советской государственности и даже

1 Федеральный закон от 17.01.1992 N 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»// СПС КонсультантПлюс

2 Крапивин Ю.П. Проблемы реализации функций российской прокуратуры // Власть - общество - государство. М., 2004. С. 265 - 266.

частично существовало до 2007 года. УПК РСФСР устанавливал ведущую роль прокуратуры в иницировании преследования лиц, виновных в совершении уголовно наказуемых деяний<sup>1</sup>, т.е. в УПК РСФСР подразумевалось, что прокурор выступает со следствием единым фронтом. Так ли это сегодня? Для определения полномочий прокурора на досудебной стадии следует обратиться к ч. 2 ст. 37 УПК РФ, где приводится их исчерпывающий перечень. Поскольку в рамках уголовно-процессуальных отношений можно совершать только те действия, которые прямо предусмотрены УПК РФ, то можно выделить несколько основных функций прокурора на этапе предварительного расследования:

- Надзор за соблюдением федерального законодательства при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях;
- Процессуальное руководство за органами дознания;
- Надзор за соблюдением уголовно-процессуального законодательства органами следствия и дознания. Сюда же относится и надзор за соблюдением законодательства при решении вопросов об избрании меры пресечения, при рассмотрении ходатайств о производстве следственных и иных процессуальных действий, и при рассмотрении жалоб в порядке ст. 125 УК РФ, так как, по существу, при решении всех этих вопросов речь идет именно о рассмотрении и оценки проблемы законности действий органов предварительного расследования.

Как вы, вероятно, заметили, я уже неоднократно использовал слово «надзор», поэтому этот термин требует пояснения. Традиционно, под надзором понимают одну из форм деятельности различных государственных органов по обеспечению законности<sup>2</sup>. Она заключается в «наблюдении» за деятельностью поднадзорных органов и требовании устранения нарушений закона, если они допускаются. Интересен в данном контексте вопрос о соотношении понятий «надзор» и «контроль». Существует несколько точек зрения на этот вопрос. Одни авторы утверждают, что надзор есть одна из форм контроля<sup>3</sup>. Другие отождествляют данные понятия.<sup>4</sup> Свою позицию они аргументируют тем, что хотя в некоторых законодательных актах эти понятия разграничиваются, но фактически, отличия между ними нет. На мой взгляд, наиболее верна позиция авторов, которые предлагают различать контроль и надзор<sup>5</sup>. Они считают, что надзор всегда осуществляется извне, т.е. в отношении объектов иных систем, тогда как контроль может осуществляться и изнутри системы.

Принципиальное отличие контроля от надзора можно произвести по двум моментам:

а) по возможности корректировать внутреннюю (хозяйственную) деятельность подконтрольного (поднадзорного) субъекта: если корректирование деятельности осуществляется исключительно путем дачи указаний

1 См.: Стрельников В. Уголовное преследование прокуратурой // «ЭЖ-Юрист». 2012 № 1-2

2 Современный толковый словарь изд. «Большая Советская Энциклопедия», OCR Палек, 1998 г.

3 См. напр. Бессарабов В.Г. Прокуратура в системе органов государственного контроля Российской Федерации: Автореф. дис. ... д-ра юрид. Наук. 12.00.14. М., 2001. С. 17

4 Контрольные органы и организации России: Учебник / Под ред. А.П. Гуляева. М., 2000. С. 7

5 Даев В.Г., Маршунов М.Н. Основы теории прокурорского надзора. Л., 1990. С. 42-43.

подконтрольному (поднадзорному) органу, то это надзор, а если имеются полномочия своими непосредственными действиями изменять эту деятельность – контроль;

б) по признаку подчиненности подконтрольного (поднадзорного) субъекта: в случае осуществления контроля объект контроля организационно подчинен контролирующей инстанции, а при осуществлении надзора нет такого подчинения.

Механизм надзора заключается в проведении проверок, выявлении нарушений законности при осуществлении определенной деятельности и принятии мер реагирования, предусмотренных законом – в данном случае, различные способы реагирования на выявленные нарушения предусмотрены процессуальным законом. Кроме того, в случае если имеются основания полагать, что нарушение прав и свобод человека и гражданина имеет характер преступления, то согласно ч. 2 ст. 27 ФЗ "О прокуратуре Российской Федерации" прокурор принимает меры к тому, чтобы лица, его совершившие, были подвергнуты уголовному преследованию в соответствии с законом.

В силу ограниченности возможностей прокуратуры в результате принятия ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации»» от 05.06.2007 г. осуществляемую ей деятельность нельзя в полной мере назвать уголовным преследованием. Прокурор не обладает полномочиями, позволяющими ему активно вести уголовное преследование, т.е. возбуждать уголовные дела или производить по ним самостоятельно следственные или иные процессуальные действия. По сути, законодатель поставил ее в один ряд с лицами, которые в порядке ст. 140 УПК РФ могут информировать правоохранительные органы о совершенном преступлении.

Очевидно, что прокурор не может самостоятельно осуществлять доказывание на досудебной стадии по той причине, что он не имеет возможности собирать и проверять доказательства. В доказывании он участвует опосредованно, через органы дознания. А без соблюдения принципа непосредственности, невозможно сформировать внутреннее убеждение о виновности лица<sup>1</sup>, следовательно, на стадии предварительного следствия прокурор выступает как участник процесса, единственный интерес которого в том, чтобы при осуществлении возбуждения уголовного дела и предварительного расследования, соблюдались права и свободы всех участников процесса, а также принципы уголовно-процессуального права.

Таким образом, прокурор на стадии предварительного расследования осуществляет надзор за соблюдением федерального законодательства при возбуждении уголовного дела и осуществлении предварительного расследования преступлений. Поднадзорными органами же являются органы дознания, дознаватели и следователи.

---

<sup>1</sup> Громов Н.А., Николайченко В.В. Принципы уголовного процесса, их понятие и система // Государство и право. 1997. N 7. С. 38.

## **Организация прокурорского надзора в сфере защиты прав детей, усыновленных иностранными гражданами**

Сорокина Инна Александровна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Назаров Александр Дмитриевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В современной России охрана прав усыновленных иностранными гражданами детей относится к числу наиболее актуальных проблем, обусловленных неблагоприятным положением детей, в приемных семьях, жестоким обращением с несовершеннолетними за пределами территории Российской Федерации. При этом данная проблема развивается в условиях, когда на международном и национальном уровнях разработана и действует система ювенальной юстиции.

С каждым годом увеличивается число детей, подвергшихся жестокому обращению со стороны усыновителей. По данным американского Национального комитета по усыновлению в период с 1996 по 2008 годы в США погибли 15 российских детей, усыновлённых американскими гражданами, ещё один – в Канаде. По данным, приведённым «Российской газетой», с 2006 года по первое полугодие 2010 года в США погибли 17 усыновлённых американскими родителями российских детей.

Практике известны вопиющие случаи обращения приемных родителей с усыновленными ими детьми.

2 июля 2005 г. 33-летняя гражданка США Пегги Хилт забила до смерти свою приемную дочь из России.

14 августа 2005 года, через 3 месяца после усыновления из Красноярска Исаак Дикстра (Илья Каргинцев) умер в США. Причиной смерти малыша стала черепно-мозговая травма и многочисленные ушибы полученные от приемного отца Брайана Дикстра.

4 августа 2009 г. в США в госпитале от черепно-мозговой травмы и целого ряда других повреждений умер семилетний Натениэл Кравер (Ваня Скоробогатов), которого усыновила американская супружеская пара. Проводившие вскрытие мальчика медики нашли на теле мальчика более 80 видимых ран и повреждений, 20 из которых медики обнаружили на голове. По заключению экспертов, ребенок был сильно истощен, в его мозге была обнаружена опухоль<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>СК выявил еще 17 несчастных случаев с российскими детьми за границей//[электронный ресурс]// [http://www.rg.ru/2011/12/12/deti-anons.html].

На самом деле на данный момент совершенно не представляется реальной возможности, для того, чтобы назвать точное количество детей которые вне пределов Российской Федерации погибают от рук приемных родителей. И все лишь по одной простой причине на сегодняшний день в России нет ни одного органа, отвечающего за судьбу несовершеннолетних, усыновленных иностранными гражданами.

Усыновление (удочерение) детей – один из институтов семейного права, юридический акт, в силу которого между усыновлённым ребёнком и его усыновителем устанавливаются правовые (личные и имущественные) отношения, аналогичные отношениям между родителями и детьми<sup>1</sup>. Семейное законодательство РФ предусматривает возможность усыновления российских детей как гражданами Российской Федерации, так и иностранными гражданами.

В Российской Федерации вплоть до конца 80-х начала 90-х годов не было института иностранного усыновления. Основной формой устройства детей до этого времени были государственные детские дома. Все дети признавались находящимися под защитой государства. И лишь в 1992 году в России было официально разрешено усыновление детей иностранными гражданами.

Иностранное усыновление допускается в отношении несовершеннолетних, которые не обрели дееспособность в силу возраста или прохождения специальных правовых процедур (эмансипации), родители которых: умерли; неизвестны, судом признаны безвестно отсутствующими или объявлены умершими; признаны судом недееспособными; лишены судом родительских прав; дали в установленном порядке согласие на усыновление<sup>2</sup>.

В настоящее время процесс международного усыновления осуществляется в соответствии со следующими законодательными актами: Семейным кодексом Российской Федерации (ст. 124, 165); Гражданско-процессуальным кодексом РФ (глава 29); Федеральным законом от 16 апреля 2001 года № 44-ФЗ «О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей»; Федеральным законом от 31 мая 2002 года № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации». Существует также ряд подписанных и ратифицированных Россией международных конвенций и договоров, касающихся, в том числе, и усыновления<sup>3</sup>. Кроме того, этот вопрос регулируется постановлениями правительства РФ, нормативными актами (приказами, инструктивными письмами) министерств и ведомств России.

Обустройство детей, оставшихся без попечения родителей, является одной из основных функций органов опеки и попечительства.

Органами опеки и попечительства являются органы местного самоуправления, которые в этом качестве выполняют на территории России надзор за деятельностью опекунов, попечителей и усыновителей, решают отдельные вопросы обучения и содержания детей-сирот и безнадзорных детей в

1 Завражнов В. Усыновление иностранцами детей российских граждан // Российская юстиция. 2001. № 7. С. 32.

2 Семейный кодекс РФ: ФЗ от 29.12.1995 № 223-ФЗ (с изм. и доп. от 23.12.2010г) // Консультант Плюс.

3 Косова О. Особенности международного усыновления // Законность. 2001. № 1. С.17.



образовательно-воспитательных учреждениях, осуществляют криминологическую профилактику среди несовершеннолетних и др.<sup>1</sup>.

Немаловажную роль в процессе усыновления играют органы прокуратуры, которые в данном направлении осуществляют надзор за деятельностью органов опеки и попечительства, участвуют в судебных процессах по усыновлению детей.

Согласно статье 1 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» от 17.01.1992 г. (с изм. и доп. от 08.02.2012 г.):

Прокуратура Российской Федерации - единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации.

Предметом прокурорского надзора за соблюдением законов о несовершеннолетних является:

- соблюдение прав и интересов несовершеннолетних в различных областях государственной, экономической, культурной и семейной жизни со стороны соответствующих органов, учреждений, организаций и предприятий;

- соблюдение прав и интересов несовершеннолетних со стороны родителей и лиц, осуществляющих воспитание несовершеннолетних; соблюдение прав, свобод и интересов несовершеннолетних при расследовании и судебном рассмотрении дел о совершенных ими преступлениях, правонарушениях или дел о защите их интересов; выявление причин и условий, которые, являясь нарушением законов, способствуют совершению несовершеннолетними преступлений и правонарушений, либо преступлений и правонарушений в отношении несовершеннолетних<sup>2</sup>.

Защищая права несовершеннолетних, прокуратура осуществляет надзор за деятельностью органов опеки и попечительства. И в этой работе существует ряд трудностей, обусловленных включенностью опеки и попечительства в муниципальную компетенцию. Действующие правовые нормы не обязывают муниципальные власти учреждать самостоятельные органы, осуществляющие опеку и попечительство<sup>3</sup>. Как правило, их функции возлагаются на уже существующие службы: органы образования, местные администрации и т.п. Нередки случаи распределения функций и полномочий в сфере опеки и попечительства среди нескольких органов.

Многообразие форм организации работы в сфере опеки и попечительства, в частности, препятствует выработке единых методик прокурорского надзора. Прокуроры, осуществляя надзор за деятельностью органов опеки и попечительства, вынуждены действовать по своему усмотрению, что требует их высокой профессиональной специализации.

---

1 Об опеке и попечительстве: ФЗ от 24.04.2008 г. N 48-ФЗ (с изм. и доп. от 01.07.2011 г.) // Гарант.

2 Прокурорский надзор: Учебник / Под ред. А. Я. Сухарева. М., 2005. С.253.

3 Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации:ФЗ от 06.10.2003 г. № 131-ФЗ (с изм. и доп. от 05.01.2012 г) // Консультант Плюс.

В ходе проверок органов опеки и попечительства сотрудники прокуратуры находят множество значительных нарушений, что говорит о плохом качестве работы данных органов и о несоблюдении законодательства, обеспечивающего права несовершеннолетних.

В 1999 г. проводилась прокурорская проверка деятельности органов опеки и попечительства и муниципальных органов образования в сфере усыновления, которая показала, что за рамками интегрированного учета оставались около 80% осиротевших и лишенных родительской заботы детей. Как оказалось, в основном банк пополняли сведения о детях-инвалидах, детях, страдающих тяжелыми заболеваниями или обладающих увечьем, иными словами, о детях, «непривлекательных» для продажи иностранным усыновителям. С того времени ситуация не улучшилась. Неучтенность детей означает, что информацией о них не обеспечены российские кандидаты в усыновители. Следовательно, органы опеки отдают приоритет в усыновлении иностранным гражданам, в том числе по причине большей доходности <sup>1</sup>.

Проведенное управлениями по делам несовершеннолетних и молодежи и по надзору за законностью постановлений судов по гражданским делам Генеральной прокуратуры Российской Федерации обобщение материалов прокурорской практики свидетельствует, что нарушения законности в работе органов опеки и попечительства, иных учреждений, занимающихся организацией усыновления детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, судов носят распространенный характер <sup>2</sup>.

Но и в деятельности самих органов прокуратуры не все так хорошо, как кажется. Прокурорский надзор осуществляется во многих регионах ненадлежаще.

Выявленные нарушения свидетельствуют о том, что большинство прокуроров контроль за данной категорией дел осуществляют явно недостаточный. Многие прокуроры, участвуя в рассмотрении дел, занимают пассивную позицию, не заявляют ходатайств об истребовании необходимых документов. Прокурорами редко проводятся специальные проверки исполнения законодательства об усыновлении, судебная практика ими не анализируется.

К выполнению проверок по соблюдению законодательства об усыновлении российских детей иностранными гражданами ряд прокуроров подходят формально.

Но стоит отметить, что такому исходу дел также способствует многообразие форм организации работы в сфере опеки и попечительства, что создает сложности в осуществлении прокурорского надзора за исполнением законов в сфере международного усыновления, за соблюдением прав детей, лишенных семейного окружения, делая нелегкой выработку единых форм и методов этой деятельности.

---

<sup>1</sup> Ермаков А.В. Защита прав детей как предмет прокурорского надзора // Материалы научно-практической конференции. Екатеринбург, 2006. С. 8-10.

<sup>2</sup>Рохлин В. И. Прокурорский надзор за соблюдением законов о несовершеннолетних//Консультант Плюс.

Еще одно направление деятельности органов прокуратуры за соблюдение прав детей, усыновляемых иностранными гражданами является участие в судебных процессах по делам об усыновлении.

Гражданский процессуальный кодекс предусматривает обязательное участие прокурора в делах об усыновлении. Его роль определяется общим предназначением прокуратуры защищать права и интересы граждан и осуществлять надзор за исполнением законов. Задачей прокурора является проверка соответствия закону действий и решений всех участвующих в процессе лиц. Вместе с тем закон упускает, в каких формах должна здесь проявляться деятельность прокурора.

В соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации прокурору доступны следующие меры реагирования: внесение кассационного или надзорного представления, представления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам на необоснованное или незаконное решение, определение суда; выступление с заявлениями и ходатайствами; выражение мнения по значимым вопросам; дача заключения и т.п. Но все эти действия прокурор может производить только после детального ознакомления с материалами дела, обязательность которого на сегодняшний день не предусмотрена. Поэтому на практике применение мер прокурорского реагирования имеет место лишь при наличии отдельных оперативных сведений о совершающемся правонарушении, в большинстве же случаев участие прокуроров в рассмотрении дел об усыновлении носит формальный характер.

Для решения проблемы охраны прав усыновленных детей, а также в целях совершенствования прокурорского надзора в сфере защиты прав несовершеннолетних, усыновляемых иностранными гражданами мы предлагаем следующие меры:

- на законодательном уровне урегулировать вопрос создания федерального органа государственной власти по вопросам международного усыновления. Который бы в соответствии с Конвенцией ООН о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления выполнял функции контроля и обмена информацией о жизни усыновленных детей в семьях приемных родителей. Возможно наряду с должностью Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка ввести должность Уполномоченного при президенте Российской Федерации по правам усыновленных иностранными гражданами детей. В задачи данного должностного лица входил бы контроль за состоянием жизни несовершеннолетних детей, усыновленных иностранными гражданами.

- Детально регламентировать участие прокурора по делам усыновления детей. Внести изменения в главу 29 Гражданско-процессуального кодекса. Данные изменения состоят в том, чтобы законодательно регламентировать возможность детального ознакомления прокурора с материалами дела касающегося усыновления ребенка иностранными гражданами, а также перечислить меры реагирования, которые могут быть предприняты прокурором после ознакомления с материалами дела и выявлением нарушений, а именно: внесение кассационного или надзорного представления, представления

о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам на необоснованное или незаконное решение, определение суда; выступление с заявлениями и ходатайствами; выражение мнения по значимым вопросам; дача заключения и т.п.

- Как показывают материалы прокурорских проверок, органы исполнительной власти, осуществляющие контроль над процедурой усыновления, выполняют возложенные на них функции явно недостаточно. Так, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, в недостаточной степени занимаются работой по формированию региональных банков данных детей, оставшихся без попечения родителей. В муниципальных органах управления образованием не проводятся проверки исполнения действующего законодательства в системе образования, на низком уровне находится система информирования о несовершеннолетних, подлежащих усыновлению, недостаточно проводится работа с кандидатами в усыновители<sup>1</sup>. А также в связи с тем, что органы, занимающиеся устройством детей, оставшихся без попечения родителей или детей-сирот (органы опеки и попечительства и другие муниципальные органы) зачастую передают (либо продают) сведения об усыновляемых детях иностранным агентствам, в результате чего граждане Российской Федерации не имеют возможности усыновить ребенка, то предлагаем внести изменения в административный и уголовный кодексы, предусматривающие как административную, так и уголовную ответственность за посредничество при усыновлении. Тяжесть ее предлагается установить в зависимости от целей и мотивов совершения этих правонарушений.

- После усыновления ребенка и передачи его для дальнейшего воспитания иностранным гражданам основным субъектом охраны несовершеннолетнего становятся консульские органы. Исполняя данную функцию, в силу положений международного и национального права консульские учреждения обретают особый статус в отношении усыновленных иностранными гражданами детей, отличающийся обязанностью прилагать все усилия к тому, чтобы они в полном объеме пользовались всеми правами, представленными законодательством государства пребывания и международными договорами, а также чтобы не нарушались их права и интересы, защищаемые законодательством Российской Федерации. В силу особого статуса данных учреждений в настоящее время не представляется возможным осуществлять надзор за их деятельностью.

В связи с этим предлагаем в компетенцию органов прокуратуры включить функцию надзора за деятельностью консульских учреждений.

---

<sup>1</sup> Косова О. Особенности международного усыновления // Законность. 2001. № 1. С. 18.

## **Роль процессуальной самостоятельности следователя в реализации целей уголовного процесса**

Тарасова Марина Сергеевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Брестер Александр Александрович,  
ассистент кафедры уголовного процесса  
Юридического института СФУ

В публичном уголовном процессе деятельность следователя играет ключевую роль, потому что основной его целью является установление обстоятельств, подлежащих доказыванию. Это значит, что при осуществлении своей деятельности следователь должен быть самостоятелен: обладать возможностью инициировать деятельность, направлять ее активно осуществлять и нести ответственность за результат деятельности<sup>1</sup>. Однако сами следователи в ходе интервью охарактеризовали себя совсем по-другому: «Наша работа носит «бумажный» характер, современный российский следователь – это делопроизводитель, оформляющий бумаги и подшивающий материалы дела». И еще одна запомнившаяся фраза одного из опрошенных руководителей следственного органа: «Следователю сегодня не нужно думать, я даю им все указания по делу и контролирую каждое слово, на предмет соответствия УПК». Так кто такой следователь: исследователь, который устанавливает обстоятельства, подлежащие доказыванию, или делопроизводитель?

Целями реформы Следственного комитета и отделения его от прокуратуры в законопроекте были названы необходимость создать систему гарантий реально существующей процессуальной самостоятельности следователя и повысить эффективность прокурорского надзора<sup>2</sup>. Соответствует ли результат реформы заявленным целям? Можно ли говорить о том, что следователь сегодня самостоятелен, а прокурорский надзор эффективен? Достаточно прочитать статьи 37-39 УПК, чтобы убедиться в том, что – нет.

Вместе с тем, как ученые, так и практики, признают необходимость обеспечения реально существующей процессуальной самостоятельности следователя. Председатель Следственного комитета А. И. Бастрыкин, в одном из своих интервью, говорил о необходимости повышения эффективности прокурорского надзора и обеспечения процессуальной самостоятельности следователя.<sup>3</sup> За последние годы в связи с изменениями, в УПК, касающимися процессуального положения следователя, интерес ученых к этой теме

1 Барабаш А. С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб изд. Юрид.центрПресс. 313

2 Текст законопроекта см. на сайте <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/10591.html>.

Балакшин В. С. Независимый-зависимый следователь. Законность. 2011. № 10. С. 29.

3 Интервью А. И. Бастрыкина. Российская газета. 2010. 27 мая.

значительно возрос. Об этом написано много статей, диссертаций, что говорит о ее актуальности<sup>1</sup>.

Чем же обусловлен интерес исследователей к этой теме? Как уже было сказано выше, для того, чтобы достичь цели своей деятельности, субъект процесса должен обладать необходимыми для этого полномочиями. Может ли следователь, реализуя те полномочия, которыми наделяет его УПК, установить обстоятельства, подлежащие доказыванию? На первый взгляд, закон дает следователю возможность инициировать, направлять, и активно осуществлять деятельность - по закону следователь самостоятелен. Но если мы сопоставим между собой полномочия следователя и руководителя следственного органа, мы увидим, что мера самостоятельности следователя целиком и полностью зависит от усмотрения руководителя следственного органа.

При желании руководитель может лишить следователя тех признаков, которыми обладает субъект процесса. Осуществление любого из полномочий следователя можно блокировать реализацией полномочий руководителя следственного органа<sup>2</sup>. Например, если следователь выносит постановление о возбуждении уголовного дела, руководитель следственного органа может отменить данное постановление как незаконное или необоснованное. Полномочия следователя самостоятельно направлять ход расследования и производить следственные и иные процессуальные действия «нивелируются» правом руководителя следственного давать любые, обязательные для исполнения, указания. Они могут носить общий, организационный характер: примите уголовное дело к своему производству, составьте план следственных действий. Это могут быть конкретные, «точечные» указания, касающиеся производства отдельных следственных действий: произведите осмотр места происшествия с целью фиксации следов преступления, допросите дополнительно потерпевшего по существу дела. Указания могут касаться и процесса доказывания: признайте конкретное лицо потерпевшим, произведите все следственные действия в дежурные сутки, составьте обвинительное заключение. Если руководитель следственного органа может воспрепятствовать следователю в реализации им своих полномочий, то он может воспрепятствовать ему, при желании, и в достижении цели – установить обстоятельства, подлежащие доказыванию.

Следователь должен быть процессуально самостоятельным, именно потому, что его цель – установить обстоятельства, подлежащих доказыванию. «Успех судебного следствия, законность и обоснованность приговора обусловлены результатами предварительного расследования»<sup>3</sup>. Предварительное расследование – стадия, в ходе которой осуществляется процесс доказывания. Уголовно-процессуальное доказывание – разновидность

---

<sup>1</sup> См., например: Азаров В. А. Правовое положение следователя: позиции законодателя. Материалы международной научно-практической конференции 16-17 октября 2003г. Часть I.- Уфа. БашГУ. 2003. Балакшин В. С. Независимый-зависимый следователь. Законность. 2011. № 10. С. 29-34. Самсонов В. В. Прокурорский надзор и ведомственный процессуальный контроль в досудебном производстве: дис. ... канд. юрид. наук: Ростов-на-Дону. 2011. Хорьяков С.Н. Процессуальная самостоятельность следователя: дис. ... канд. юрид. наук: М. 2006. Шейфер С. А. Указ. соч. и др.

<sup>2</sup> Новиков Е. А. Руководитель следственного органа в российском уголовном судопроизводстве. Дис. ... канд. юрид. наук: М. 2009. С. 40.

<sup>3</sup> Кац Ц. М. Субъекты доказывания в советском уголовном процессе. Саратов : Издательство Саратовского университета, 1968.С. 30.

процесса познания. Значит, оно подчинено и общим принципам познания. Одним из таких принципов является единство эмпирического и рационального.

Как писал А. А. Старченко, «эмпирическое и рациональное – этапы одного и того же процесса познания, они тесно связаны между собой, но это не значит, что их не нужно различать в исследовании».<sup>1</sup> Различать нужно, но нельзя в уголовно-процессуальном доказывании разрывать связь между непосредственным восприятием следов преступления и, основанной на этом, мыслительной деятельностью субъекта доказывания. «Выделение чувственного познания, на наш взгляд, разрывает единство мыслительной и практической деятельности. Не существует отдельно чувственного познания, как и познания, где использовались бы исключительно законы диалектической и формальной логики, только единство мыслительного и практического дает то, что можно обозначить, как познание».<sup>2</sup>

УПК РФ наделяет руководителя следственного органа такими полномочиями, которые позволяют ему разорвать это единство. В соответствии с пп. 3, п. 1 ст. 39 УПК, руководитель следственного органа дает следователю указания, которые, в том числе, могут касаться привлечения лица в качестве обвиняемого, изменения объема обвинения, направления уголовного дела в суд, производства отдельных следственных действий. Указания такого рода – это результат мыслительной деятельности руководителя следственного органа, его выводы, которые основаны, как правило<sup>3</sup>, не на непосредственном исследовании доказательств, а на изучении материалов уголовного дела. Вопросы привлечения лица в качестве обвиняемого, объема, квалификации обвинения, направления дела в суд и т. д. решать с помощью одной лишь мыслительной деятельности невозможно. Здесь большое значение имеет непосредственное восприятие отдельных фактов, предметов, следов преступления, а также непосредственная практическая деятельность, направленная на получение сведений об этих обстоятельствах<sup>4</sup>.

В случае если это разрыв происходит, и выводы следователя, основанные на непосредственной работе со следами, подменяются выводами руководителя, основанными на изучении материалов уголовного дела, возможно, что не будут установлены обстоятельства, подлежащие доказыванию. А значит, возможно, не будут реализованы цели процесса.

Наряду с познавательным характером предварительного расследования, свойством этой деятельности является то, что оно проходит в ситуации неопределенности<sup>5</sup>: еще не понятно, что произошло, еще не собрана достаточная совокупность доказательств, позволяющих что-либо уверенно утверждать, есть несколько версий произошедшего. В ситуации неопределенности, когда есть несколько версий произошедшего, всегда есть ситуация выбора. Значит, должна быть обеспечена самостоятельность субъекта, непосредственно исследующего доказательства (то есть, следователя), при

1 Старченко А. А. Логика в судебном исследовании. М. 1958, С. 227.

2 Барабаш А. С. Указ. соч. С.

3 Приказ СК РФ № 5 от 15.01.2011 года «Об объеме и пределах полномочий руководителей следственных органов в Следственном комитете Российской Федерации».

4 Арсеньев В. Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. Изд. «Юрид. Лит.» Москва, 1964, С. 11.

5 Лузгин, Н. П. Расследование как процесс познания. М. С. 58

выборе методики, тактики расследования, последовательности производства следственных действий.

На наш взгляд, указания руководителя следственного органа не должны быть обязательными для исполнения в случаях, если:

указание – это вывод, который руководитель следственного дела делает, основываясь на материалах дела;

указания касаются выбора методики, тактики расследования, порядка производства следственных действий.

Такого рода указания должны даваться в форме предложений руководителя следственного органа следователю, не обязательных для исполнения. Следователь должен иметь возможность не согласиться с мнением руководителя, и принять процессуальное решение по своему внутреннему убеждению.

УПК РФ не содержит никаких эффективных, работающих на практике механизмов защиты внутреннего убеждения следователя, в случае если он не согласен с решением руководителя. Процедура обжалования указаний, предусмотренная УПК, на практике не применяется, потому что руководитель следственного органа осуществляет как организационное, так и процессуальное руководство расследованием<sup>1</sup>. От него зависят вопросы аттестации следователей, дальнейшего продвижения по службе: он может задействовать административный ресурс для решения процессуальных задач. Кроме того, руководитель следственного обладает полномочиями контролировать законность расследования, то есть, по сути, он осуществляет функцию прокурора.

Эта сложившаяся на практике ситуация, обусловлена, в том числе и реформированием Следственного комитета, и отделением его от прокуратуры. В результате этой реформы следователь сегодня не самостоятелен как никогда, а прокурор оказался отстраненным от предварительного расследования превратился по меткому выражению А. М. Ларина в «безвластного ходока по инстанциям»<sup>2</sup>. Авторы законопроекта полагали, что необходимо разделить функции прокурорского надзора и процессуального руководства расследованием. По их мнению, осуществление процессуального руководства прокурором препятствует его объективности при осуществлении надзора за законностью. Но с передачей процессуального руководства в Следственный комитет, он почему-то начал осуществлять и надзор за законностью предварительного расследования: система процессуального контроля, созданная в этом ведомстве, фактически заменила прокурорский надзор за следствием.<sup>3</sup> Не значит ли это, что функции процессуального руководства предварительным расследованием и надзора за законностью расследования связаны между собой, и субъект уголовного процесса, осуществляющий одну из них, будет осуществлять и другую? Если, как полагают некоторые авторы<sup>4</sup>,

---

1 Шейфер С. А. Процессуальная самостоятельность следователя: мнение практиков. Законность. 2006. №8. С. 29.

2 Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. С. 133.

3 Приказ СК РФ № 1 от 15.01.2011 года «Об организации процессуального контроля в Следственном комитете Российской Федерации».

4 Ларин А. М. Указ. соч. С. 131.



процессуальное руководство расследованием – это способ реализации функции надзора за законностью расследования, становится понятно, почему в Следственный комитет вместе с процессуальным руководством стал осуществлять и функцию, которая всегда принадлежала прокурору – обеспечение законности расследования. Но пока это только предположение.

И прокурору, и следователю важно, чтобы расследование было проведено качественно. Существенными свойствами качественного расследования являются законность и реализация законов диалектической и формальной логики<sup>1</sup>. Эти свойства связаны между собой, потому что нарушение законов логики в процессе доказывания может привести к нарушению уголовно-процессуального закона. Нарушение законности здесь – следствие ошибок в процессе доказывания. Можно ли устранить следствие, не устранив причину? Это значит, что прокурор должен осуществлять процессуальное руководство расследованием, а следователь должен чувствовать себя в организационном, административном плане независимым от прокурора, поэтому они должны находиться в разных ведомствах. Но сейчас и расследование, и функция надзора за законностью расследования (фактически) находятся в Следственном комитете.

Нельзя отрицать очевидного факта: УПК и ведомственные нормативные акты<sup>2</sup> наделяют руководителя следственного органа такими полномочиями, которые позволяют ему осуществлять как организационное, так и процессуальное руководство расследованием, осуществлять надзор за законностью расследования, и даже осуществлять саму деятельность по расследованию преступления. То есть, инициаторам этой реформы можно возразить, используя их же аргумент: будет ли руководитель следственного органа объективным, если он одновременно осуществляет процессуальное и организационное руководство расследованием, надзор за обеспечением законности, и даже может осуществлять саму деятельность. Способствует ли это обеспечению процессуальной самостоятельности следователя? А качеству предварительного расследования?

Мы полагаем, что процессуальное и организационное руководство расследованием должны осуществлять разные субъекты уголовного процесса. Лицо, осуществляющее процессуальное руководство не может быть одновременно административным начальником, потому что может задействовать для решения процессуальных задач административный ресурс<sup>3</sup>. Именно поэтому следователями не применяется процедура обжалования указаний руководителя следственного органа. Как заметил один из следователей в ходе интервью: «Процедура обжалования указаний дорого стоит - и карьеры, и работы». Это значит, что Следственный комитет должен заниматься тем, для чего и был создан: предварительным следствием и организацией предварительного следствия. А функции надзора за законностью и

1 Власов. В. К. Расследование преступления: проблемы качества. М. 1971. С. 131.

2 См.: Приказы СК РФ «Об организации процессуального контроля», «Об организации предварительного следствия», «Об объеме и пределах полномочий руководителей следственных органов».

3Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства. Дис. ... докт. юрид. наук: М. 2004. С. 145

процессуального руководства должен осуществлять тот субъект уголовного процесса, который всегда (на протяжении двух веков) их и осуществлял. То есть, это должен делать прокурор.

Коротко сформулируем основные выводы исследования:

1. Процессуальное и организационное руководство расследованием должны быть разделены;
2. Руководитель следственного органа должен осуществлять только организационное руководство расследованием;
3. Функции процессуального руководства и прокурорского надзора должен осуществлять прокурор;
4. Указания руководителя не должны быть обязательными для исполнения следователем в случаях, если:
  - указание – это вывод, имеющий значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, основанный на изучении материалов дела;
  - указания касаются выбора методики, тактики расследования, порядка производства следственных действий. Такого рода указания должны даваться в форме предложений руководителя следственного органа следователю, не обязательных для исполнения.

# Криминология

## К вопросу о правилах повышенной охраны, применяемых в отношении персональных данных

Гутник Сергей Иосифович,  
аспирант кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

В условиях всеобщей компьютеризации социального пространства и общественных отношений важным законодательным моментом становится обеспечение безопасности личной информации о гражданине или ином физическом лице, находящемся на территории Российской Федерации. Личная информация о гражданине в праве именуется **персональными данными** в соответствии со вступившим в 2007 году Федеральным законом «О персональных данных»<sup>1</sup>.

Поддержание состояния защищенности того или иного объекта необходимо для успешного функционирования сложившейся системы общественных отношений, где никакие элементы не будут помехой для реализации гражданами прав и свобод. Однако если меры безопасности не используются и не применяются для охраны объекта, то налицо могут возникнуть последствия в виде существенного причинения вреда охраняемому объекту.

С позиций правовой теории мер безопасности<sup>2</sup> персональные данные являются объектом повышенной охраны, поскольку посягательства на такой объект могут причинить существенный вред правам, свободам и охраняемым законом интересам личности. Отсюда следует, что указанный объект повышенной охраны должен обеспечиваться надлежащими правилами безопасности, а именно надлежащей совокупностью обязанностей и запретов, которые субъект должен соблюдать, чтобы исключить или свести к минимуму вред, причиняемый источником повышенной опасности, либо предотвратить причинение ущерба источнику повышенной охраны.

Чтобы понимать, какие правила повышенной охраны следует применять в отношении персональных данных, необходимо учитывать и особенности соответствующего источника повышенной опасности. Анализ такой цепочки взаимосвязей, как источник повышенной опасности – объект повышенной охраны, позволяет говорить о том, что источник повышенной опасности по отношению к персональным данным может быть представлен во

<sup>1</sup> О персональных данных: ФЗ РФ от 27.07.2006 №152-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3451.

<sup>2</sup> Щедрин Н.В. Введение в правовую теорию мер безопасности: Монография / Краснояр. гос. ун-т, 1999. 180 с.

множественном числе – государство, крупные организации, монополии, юридические лица, а также физические лица.

Обеспечение безопасности персональных данных – один из важнейших вопросов, для решения которых был принят Федеральный закон «О персональных данных». Какие же тогда меры должны быть приняты для предотвращения различных посягательств на персональные данные? Принятый Федеральный закон отвечает на этот вопрос так: «Правительство Российской Федерации устанавливает требования к обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных, требования к материальными носителям биометрических персональных данных и технологиям хранения таких данных вне информационных систем персональных данных». В обеспечение указанной нормы закона Правительством РФ было принято Постановление «Об утверждении положения об обеспечении безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных» от 17.11.2007 №781<sup>1</sup>. Если обобщить все те правила, которые устанавливаются указанным Постановлением и Федеральным законом, то можно прийти к выводу, что для обеспечения правовой охраны персональных данных необходим комплекс следующих правил.

1. Использование и обработка персональных данных возможна только с согласия субъекта персональных данных. Данное положение закона довольно часто подвергается критике. С одной стороны, согласие субъекту на обработку его персональных данных оправдано, поскольку латентный характер правонарушений, посягающих на персональные данные, не может не обеспечить известность самого субъекта о сборе и обработке его личных данных. С другой стороны, дача согласия субъектом персональных данных может быть весьма проблематичной в силу объективных причин – невозможность оператора лично получить согласие субъекта на обработку, отсутствие финансовых возможностей и т.д. Кроме того, норма об обязательности получения согласия субъекта на обработку персональных данных не всегда обеспечивает безопасность данных.

2. Объем и характер данных должен соответствовать цели их обработки, в противном случае мы имеем место с нарушением неприкосновенности частной жизни (работнику кадровой службы коммерческого банка вовсе не нужно знать, какие болезни в детстве перенес один из сотрудников этой кредитной организации).

3. Цель сбора персональных данных должна соответствовать конечной цели их обработки. Соответственно, если обработка персональных данных повлекла их разглашение, то такие действия были совершены неправомерно.

После принятия Федерального закона «О персональных данных» в России была проведена большая работа по детализации правил обращения с

---

<sup>1</sup> Об утверждении положения об обеспечении безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных: Постановление Правительства РФ от 17.11.2007 №781 // СЗ РФ. 2007. №48 (2 ч.). Ст. 6001.

персональными данными на уровне различных организаций, государственных органов и иных учреждений. Было принято большое количество подзаконных нормативных актов в данной сфере. Каждую организацию обязали составлять в качестве локального нормативного акта Положение о защите персональных данных. Например, в Сибирском федеральном университете принято Положение «О порядке обработки и защите персональных данных работников и обучающихся Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Сибирский федеральный университет»<sup>1</sup>.

Практика показывает, что не всегда указанные правила соблюдаются со стороны компетентных государственных органов, юридических лиц и граждан.

Так, 29 февраля 2012 года Московский городской суд оставил в силе решение Симоновского районного суда города Москвы по иску Р. к Арбитражному суду города Москвы и Высшему Арбитражному Суду об обязанности изъять из опубликованных определений реквизиты паспорта Р. Свои требования мотивировал тем, что его паспортные данные были опубликованы на сайтах Арбитражного суда города Москвы и Высшего Арбитражного Суда РФ, вследствие чего он считал это незаконным распространением его персональных данных. Суд первой инстанции в иске отказал, сославшись на то, что материалы, опубликованные на сайтах указанных судебных учреждений не содержали персональных данных, обнародование которых запрещено законом. Принимая это решение, суд исходил из п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах применения законодательства о компенсации морального вреда»<sup>2</sup> и ст. 161 ГК РФ<sup>3</sup>. В то же время, мы бы с такой позицией не согласились, поскольку, несмотря на то, что персональные данные передаются для обработки в судебный орган, тем не менее, у судебного органа в данном случае не возникает права на опубликование паспортных данных гражданина. Опубликование судебного акта в сети Интернет для возможности ознакомления любого лица с текстом акта не может нарушать права и свободы третьих лиц. Соответственно, судебный орган нарушает правила безопасности, установленные для охраны персональных данных гражданина.

К сожалению, российское общество привыкло к тому, что данные обо всех лицах традиционно были открытыми, поэтому не было необходимости и целесообразности охраны персональных данных. Однако Конституция РФ закрепляет в ст. 23 право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, что однозначно подчеркивает важность данного права в условиях построения правового государства. В силу этого, устанавливая определенные правила повышенной охраны персональных данных личности, мы обеспечиваем, таким образом, само право на неприкосновенность частной жизни.

---

1 Положение «О порядке обработки и защите персональных данных работников и обучающихся федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Сибирский федеральный университет». Красноярск, 2008.

2 Постановление Пленума Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» от 20.12.1994 №10 // РГ. 1995. №29.

3[[http://pravo.ru/news/view/69322/?utm\\_source=twitter&utm\\_medium=cpc&utm\\_campaign=twitter\\_share](http://pravo.ru/news/view/69322/?utm_source=twitter&utm_medium=cpc&utm_campaign=twitter_share)]

Нельзя обойти стороной такую проблему при обеспечении безопасности персональных данных, как соблюдение баланса частных и публичных интересов. Применение любых мер безопасности связано с ограничением прав личности. Такое ограничение всегда должно быть подтверждено конкретной целесообразностью, чтобы предотвратить вредное влияние источника повышенной опасности на объект повышенной охраны<sup>1</sup>. Но если оснований для ограничения прав не имеется, и если нет угрожающей опасности, то ограничение прав не может быть введено.

Однако не все государственные органы и организации учитывают данный принцип использования правил повышенной охраны и, преследуя исключительно публичный интерес, не учитывая частные интересы, прибегают к ограничениям прав лиц относительно информации об их частной жизни – персональных данных.

Так, судебные приставы-исполнители г. Красноярска с помощью сайта рекрутингового агентства нашли должника и взыскали с него 150 тысяч рублей. Мужчина долгое время игнорировал повестки от приставов, сменил место жительства, не сообщив об этом в службе приставов. Приставу удалось узнать, что у красноярца имеется автомобиль ВАЗ-2114, на который незамедлительно было вынесено постановление об аресте. С помощью городского интернет-сайта рекрутингового агентства было установлено, что мужчина находился в поиске работы. Пристав от имени сотрудника агентства позвонил должнику, как соискателю рабочей вакансии, и предложил подъехать на собеседование. Мужчина приехал на встречу в своей машине. Не ожидая такой развязки, мужчина долго не мог опомниться и не вышел из машины даже тогда, когда машину привезли на штрафстоянку<sup>2</sup>. С позиций действующего законодательства такие действия не являются неправомерными. Судебные приставы действовали в рамках полномочий, предоставленных им Федеральным законом «Об исполнительном производстве» (ст. 65)<sup>3</sup>. В то же время, такие действия содержат в себе некое вторжение в частную жизнь, а также признаки злоупотребления субъективным правом. Но такие действия судебного пристава-исполнителя в рассматриваемом конкретном случае могут быть оправданы, поскольку имеется публичный государственный интерес по реализации права взыскателя на получение присужденного по решению суда имущества.

Самые основные принципы, которыми необходимо руководствоваться при использовании и обработке чужих персональных данных, заключаются в соблюдении целесообразности использования и обработки персональных данных, а также в соблюдении баланса частных и публичных интересов личности и государства (либо иного публичного субъекта информационных правоотношений).

Соблюдение целесообразности использования персональных данных позволяет защитить их от неправомерного использования,

---

<sup>1</sup> См., например: Шедрин Н.В. Указ. соч.

<sup>2</sup> [<http://news.mail.ru/siberian/24/incident/8367416/?frommail=1>]

<sup>3</sup> Об исполнительном производстве: ФЗ РФ от 02.10.2007 №229-ФЗ // СЗ РФ. 2007. №41. Ст. 4849.

несанкционированного копирования и произвольного вмешательства, таким образом, в частную жизнь.

Соблюдение баланса частных и публичных интересов позволяет обеспечить право публичных органов по реализации публичного интереса на взаимовыгодных условиях с гражданином и обеспечить право гражданина на неприкосновенность его персональных данных и, в том числе, является гарантией того, что произвольное использование персональных данных будет предотвращено.

Только в таком случае можно говорить о том, что закон соблюден, а право на неприкосновенность персональных данных обеспечено в полном объеме.



## **Институт судимости в системе детерминант рецидивной преступности**

Жолдошбаев Нурлан Аманбекович,  
студент, 4 курс общеправового факультета  
СибЮИ ФСКН РФ

Научный руководитель:  
Тепляшин Павел Владимирович  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии  
СибЮИ ФСКН России

Рецидивная преступность один из самых опасных видов преступности, поскольку «профессионализм» лиц, совершающих повторные преступления, увеличивается с каждым последующим преступным актом, может выработаться криминальная специализация, а в случае реального отбытия лишения свободы преступник приобретает много навыков и знаний для совершенствования своего «ремесла». Вместе с тем рецидивная преступность показывает неспособность государства и общества исправлять своих преступников<sup>1</sup>.

В систему детерминант рецидивной преступности включаются субъективные явления, такие как: стойкость антисоциальной установки, нежелание исправления, психические отклонения, антагонистический настрой к нормам морали и т.д., и объективные: недостатки в деятельности правоохранительных органов, отсутствие системы социальной поддержки, влияние социального окружения и т.п. Отдельного внимания заслуживает криминогенность правовых норм, в частности норма уголовного законодательства, регламентирующая институт судимости. Взаимосвязь судимости и преступности выражается в формировании ряда детерминант рецидивной преступности. На наш взгляд социально-отрицательные детерминанты, формирующиеся под действием судимости следующие:

1. социальные:
  - a. проблема трудоустройства
  - b. утрата социальных связей
  - c. проблема создания (восстановления) семьи
  - d. негативное отношение общества
2. экономические:
  - a. материальная необеспеченность
  - b. отсутствие доступа духовным и культурным ценностям
3. культурные и нравственно-психологические:
  - a. упадок нравственных устоев
  - b. интеграция в преступную среду (влияние на психику)
  - c. снижение уровня культурно-духовного развития (в том числе образования, утрата профессиональных навыков)

---

<sup>1</sup> Антонян Ю.М. Криминология: Учебник. ВНИИ МВД России. М., 2012. С.241.

Ввиду отсутствия законодательной дефиниции судимости ученые высказывают различные позиции. Например, Е.В. Благов определяет судимость как «правовое состояние лица, осужденного за совершение преступления, характеризующееся подверженностью наказанию и влекущее усиление уголовной ответственности при совершении нового преступления»<sup>1</sup>. «Судимость это опорочивающий лицо факт осуждения его к определенной мере уголовного наказания, назначенного за какое-либо преступление в обвинительном приговоре суда»<sup>2</sup>, - считает А.П. Чугаев. По мнению Д.О. Хан-Магомедова, судимость представляет собой наличие определенных правоограничений после отбытия лицом уголовного наказания<sup>3</sup>. Несколько иначе понимает судимость П.С. Дагель, считая ее определенной правовой характеристикой личности осужденного<sup>4</sup>. И, безусловно, права Н.С. Лейкина, указывающая на судимость как на фактор порицания преступника обществом, который влияет на субъективное представление человека о себе и на его репутацию в жизни общества<sup>5</sup>.

Институт судимости имеет существенное уголовно-правовое значение, заключающееся в ужесточение наказания при совершении преступления в течение срока судимости. Кроме того по мнению В.В. Голиной, судимость выступает одним из правовых средств достижения и закрепления целей наказания и выступает средством предупреждения преступлений<sup>6</sup>. Иными словами, В.В. Голина полагает, что состояние судимости содействует достижению целей уголовного наказания, однако мы вынуждены не согласиться с данным утверждением. Официальная статистика приводит цифры, которые говорят о том, что после погашения судимости лишь небольшая часть преступников снова совершает преступления, подавляющее большинство «повторных» преступлений совершается именно в состоянии судимости<sup>7</sup>.

Помимо указанных статистических данных необходимо отметить, что простое навешивание ярлыка «судимый» предупреждению преступности не способствует. Поскольку состояние судимости не способствует устранению причин преступности, а в некоторых случаях может и создавать их.

Судимость наряду с уголовно-правовым имеет и общеправовое значение, суть которого в ограничении прав, установленных различными отраслями российского права, например, гражданин, имеющий неснятую или непогашенную судимость:

- не может быть принят на определенные должности государственной и муниципальной службы;
- не может быть судьей;
- не может претендовать на приобретение статуса адвоката;
- не может быть членом Общественной палаты РФ;

1 Благов Е.В. Учебно-практический комментарий Уголовного Кодекса Российской Федерации (Общая часть). Ярославль, 1997. С.152.

2 Чугаев А.П. Малозначительное преступление и товарищеский суд. Казань, 1966. С.214.

3 Хан-Магомедов Д.О. Освобождение от наказания. М., 1964. С.39.

4 Дагель П.С. Учение о личности преступника в советском уголовном праве. Владивосток, 1970. С.114.

5 Лейкина Н.С. Личность преступника и уголовная ответственность. Л., 1968. С.102.

6 Голина В.В. Погашение и снятие судимости по советскому уголовному праву. С. 8-9.

7 URL: [http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show\\_99000/](http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_99000/) (дата обращения 01.03.2012).

- не может быть назначен опекуном или попечителем, если осужден за умышленное преступление против жизни или здоровья;
- не может призываться на военную службу;
- не имеет право быть усыновителем;
- не допускается к занятию педагогической деятельностью, если осужден за тяжкое или особо тяжкое преступление.

Наибольшее влияние преступное прошлое имеет в сфере труда. Лицо, привлекавшееся к уголовной ответственности, в большинстве случаев лишено возможности устроиться на хорошую работу, подняться по социальной лестнице и добиться финансовой стабильности. А в течение срока судимости устроиться на хорошую работу практически невозможно, в силу того, что работодатели имеют средства для установления наличия судимости. Как только работодателю становится известно о (не) погашенной судимости, работник, как правило, теряет место. В ходе социологического опроса представителей (500 респондентов) кадровых служб, ответственных за подбор персонала установлено, что лишь 8% работодателей готовы принять на работу лицо, имеющего непогашенную судимость<sup>1</sup>.

Следует также пояснить, что ответ «затрудняюсь ответить» как правило, связан с сомнениями, суть которых не в пользу соискателя.

Сложности трудоустройства, а как следствие тяжелое материальное положение, имеют весьма существенное влияние на преступность, о чем красноречиво говорит статистика<sup>2</sup>.

Представляется очевидным, что если лицо, до совершения преступления находилось в неблагоприятных социально-экономических, нравственно-культурных условиях, после отбытия наказания попадает в еще более сложную обстановку то вероятность того, что им не будет совершено новое преступление невысока. Более того, совершение нового преступления лишь вопрос времени. Складывающаяся ситуация нашла свое отражение в печально известном афоризме: «люди с “прошлым” это люди без будущего».

Более того, лицо, отбывшее наказание (в виде лишения свободы) возвращается в общество с некоторыми изменениями психологического компонента личности, так как места лишения свободы в большинстве случаев содействуют криминализации личности, а не исправлению, в особенности при длительном сроке наказания. Происходит своего рода интеграция в преступную среду, противостоять которой в условиях социально-экономической нестабильности весьма затруднительно.

Уголовная политика государства является выражением отношения социума к преступникам и поэтому не представляется возможным обойти стороной этот вопрос. Преступление всегда порицается обществом, а порицанию практически всегда сопутствует клеймение человека. Историческое развитие клеймения было подчинено тенденциям развития уголовного права и на сегодняшний день большинство государств под эгидой гуманизации

1 URL: <http://www.superjob.ru/community/life/21846/> (дата обращения 15.02.2012).

2 URL: [http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show\\_99000/](http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_99000/) (дата обращения 01.03.2012).

отказалось от физического клеймения. Однако клеймо может и не иметь вещественного выражения, что не уменьшает его влияния на существования заклеяменного индивида. В связи с вышесказанным внимания заслуживает теория стигматизации, разработанная Ф. Танненбаумом, считавший неумелое порицание причиной криминализации личности («чрезмерная драматизация зла»). Негативные ярлыки становятся компасом в жизни человека, так как поведение в некоторой степени определяется социальными ожиданиями и стереотипами. Стигма, препятствующая полноценному возвращению в социум вызывает у индивида чувство несправедливости и даже враждебности к обществу, что может стать причиной новых преступлений.

Уголовно-правовые запреты, возможные негативные последствия не всегда могут выполнить превентивную функцию. Ряд лиц в силу субъективных и объективных причин все же совершают преступления. Суд назначает лицу, совершившему преступление конкретное наказание (например, лишение свободы), после отбытия которого, лицо считается искупившим свою вину перед государством и обществом. Однако целями уголовного наказания является не только восстановление социальной справедливости, но и исправление осужденного. Российская уголовно-правовая политика придерживается срочного вида лишения свободы, при котором лицо освобождается по истечении определенного срока. Поэтому, утверждать о реальном исправлении осужденного на момент окончания срока наказания не представляется возможным. Именно для этого Уголовный кодекс предусматривает состояние судимости, если в течение срока судимости новое преступление не совершено, то лицо исправилось, если нет – значит, не исправилось, следовательно, нуждается в более суровом наказании. Однако по нашему мнению воздержание от совершения нового преступления на протяжении последующей жизни – более объективный показатель исправления лица, нежели определенный законом срок. Кроме того существенного различия между двумя преступлениями (например, двумя убийствами), одно из которых совершено в период срока судимости, а другой после погашения не имеется. Однако в одной случае может образовываться рецидив, влекущий ужесточение наказания, а в другом случае – нет. При указанных обстоятельствах будет нарушен принцип справедливости.

Вместе с тем в настоящее время ученые возлагают большие надежды на судимость, в частности М.В. Грамматчиков об обусловленности судимости говорит следующее: «Необходимость усиления борьбы с рецидивной преступностью требует выработки рекомендаций по формированию системы социального контроля над этим социальным «злом» всего человечества. При решении указанной задачи особое внимание должно уделяться судимости, так как только этот институт уголовного права может оказать определенное воздействие на лиц, совершивших преступления и отбывших наказание»<sup>1</sup>. С данной позицией относительно роли судимости в борьбе с рецидивной преступностью трудно согласиться в силу множества проблем, порождаемых

---

<sup>1</sup> Грамматчиков М.В. Судимость в уголовном праве России. Учебное пособие. СибЮИ МВД России. Красноярск, 2003. С. 5-6.

обременительным состоянием судимости. М.В. Грамматчиков верно отмечает необходимость системы социального контроля, который по своему характеру должен быть ресоциализирующим, но не являться продолжением уголовной ответственности в карательном отношении как это имеет место в настоящее время.

Институт судимости имел достаточно времени для демонстрации превентивного эффекта. «Успехи» института судимости можно наглядно проследить в вышеприведенных статистических данных и показателях<sup>1</sup>.

Российская криминологическая наука восприняла социологический детерминизм преступности, но когда речь заходит о рецидивисте, всё списывается на его личностные свойства: «злостный», «трудноисправимый» и т.п. Примечательны на этот счет слова Г.Ф. Хохрякова: «когда приходится читать и слышать о злостности и трудноисправимости, то поневоле кажется что над пышной бородой Маркса, <...>, победоносно топорчатся усы итальянского тюремного врача Чезаре Ломброзо»<sup>2</sup>.

Таким образом, мы можем говорить о том, что состояние судимости является одним из факторов, препятствующих возвращению в социум лица, отбывшего наказание. Цифры статистики нельзя объяснять только личностными свойствами преступника, его антисоциальными установками. А ведь именно так зачастую решается вопрос, при обосновании назначения более сурового наказания лицу, вновь совершившему преступление.

Способность состояния судимости формировать причины преступности должна стать основанием для переосмысления данного института уголовного права, необходимо четко определить цели, задачи, решаемые с помощью данного института. Кроме того в свете гуманизации уголовного законодательства представляется возможным уменьшение сроков погашения судимости. Так же следует отметить нецелесообразность применения судимости ко всем лицам, совершившим преступления, поскольку для лиц, вставших на путь исправления это становится лишним бременем.

Положения закона о прекращение всех правовых последствий судимости после ее погашения останутся недействительными до тех пор, пока у негосударственных субъектов имеется доступ к информации. В связи с вышесказанным предлагается усилить контроль и охрану за информацией подобного рода.

---

1 URL: [http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show\\_99000/](http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_99000/) (дата обращения 01.03.2012)

2 Хохряков Г.Ф. Парадоксы тюрьмы. М.: Юрид. лит., 1991. С.165.

## **О несовершенстве законодательного определения «должностное лицо» применительно к частно-публичной сфере**

Коваль Юрий Александрович,  
аспирант кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Уже несколько лет в кругах юридической общественности не стихает спор о целесообразности нахождения в Уголовном кодексе РФ (далее УК РФ) нормы-дефиниции «должностное лицо». И хотя наличие в УК РФ подобной нормы в целом не оспаривается, многие авторы указывают на несовершенство ее содержания<sup>1</sup>.

В соответствии с примечанием 1 к ст. 285 УК РФ, в статьях главы 30 УК РФ, должностным лицом признаются, лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации (в ред. Федерального закона от 01.12.2007 N 318-ФЗ). Такой подход в определении должностного лица отражает преемственность традиций отечественной уголовно-правовой науки, в частности, практически идентичное определение должностного лица содержалось в примечании к ст. 170 УК РСФСР (в ред. Указа Президиума ВС РСФСР от 03.12.82.).

Конечно, стабильность уголовного законодательства можно приветствовать, но кардинальные и обширные изменения в жизни общества должны были повлиять, в том числе, и на смысловую характеристику исследуемого определения.

Так как несоответствие права и реальности влечет к значительным нарушениям и злоупотреблениям. Больше всего притягиванием правового смысла к реальной действительности подвергается частно-публичная сфера – это образование, здравоохранение, ЖКХ, внебюджетные фонды, общественные советы (палаты), комиссии в органах власти, третейское судопроизводство, медиация, деятельность политических партий и общественных формирований, а иногда даже адвокатура, нотариат, арбитражные управляющие. Наиболее рельефно это можно показать в сфере образования.

---

<sup>1</sup> Лысков А.А. Развитие понятия «должностное лицо» // «Законность». - 2011, N 6. - С.48-52.

В абзаце 2 пункта 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 N 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» указано, что к организационно-распорядительным функциям относятся полномочия лиц по принятию решений, имеющих юридическое значение и влекущих определенные юридические последствия (например, по выдаче медицинским работником листка временной нетрудоспособности, установлению работником учреждения медико-социальной экспертизы факта наличия у гражданина инвалидности, приему экзаменов и выставлению оценок членом государственной экзаменационной (аттестационной) комиссии). Эту позицию поддерживает и разделяет профессор П.С. Яни. Он пишет, что если субъект занимает должность, в связи с которой он обладает правом совершать юридически значимые действия, влекущие определенные правовые последствия, то «таким образом, правовые последствия, в том числе возможные и достаточно отдаленные от совершенных действий, служат в соответствии с существующей судебной практикой основанием для отнесения субъекта к категории должностных лиц.»<sup>1</sup>

Вместе с тем необходимо отметить, что Пленум в данном Постановлении не закрепил одно из руководящих разъяснений относительно преподавателей при приеме последними «простых» экзаменов или зачетов, которое отражено во многих определениях Судебной коллегии по уголовным делам<sup>2</sup>. Данное разъяснение впитано следственно-прокурорской практикой в форме знаменитой формулы - преподаватель был наделен правом оценивать знания студентов на экзаменах; несдача студентом экзамена, т.е. получение неудовлетворительной оценки, влекла определенные правовые последствия: он не допускался к следующей сессии, не переводился на следующий курс, не получал официального вызова на сессию, следовательно, не имел права на получение оплачиваемого учебного отпуска и, кроме того, мог быть отчислен из вуза; экзаменационные ведомости, листы, зачетные книжки студентов являются официальными документами, на основании которых принимаются решения о переводе студентов на следующий курс, а в итоге - о допуске к дипломной работе.<sup>3</sup> Вслед за практиками и многие ученые говорят, что Верховный Суд РФ при рассмотрении уголовных дел «о получении взятки за выставление нужных оценок на экзаменах и за сдачу зачетов неоднократно указывал на наличие у осужденных необходимых признаков должностного лица.»<sup>4</sup> Это мнение поддержано, в том числе, и профессором Б.В.Волженкиным, между тем, следует сказать, что последний указывает, что «глава 30 УК РФ охраняет указанные интересы от деяний, которые, посягают на нормальную, регламентированную законом деятельность публичного аппарата управления, совершаемых должностными лицами этого аппарата с использованием

1 Бриллиантов, А.В., Яни, П.С. Должностное лицо: организационно-распорядительные функции. / А.В. Бриллиантов, П.С. Яни // «Законность», 2010, N 6.

2 См. например: Преподаватель государственного учебного заведения признан субъектом должностного преступления (Извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. N 2.

3 Там же.

4 Егорова, Н. Постановление Пленума Верховного Суда РФ о злоупотреблении должностными полномочиями и превышении должностных полномочий / Н. Егорова // Уголовное право, 2010, N 2.

служебных полномочий, а также лицами, осуществляющими функции публичного аппарата управления по специальному поручению (полномочию). Это преступления лиц, которые вследствие официально предоставленных им властными структурами полномочий по управлению (в широком смысле этого термина, включающем деятельность законодательную, исполнительно-распорядительную, надзорную и судебную), находятся в особом положении как к органам, предоставляющим им эти полномочия, так и по отношению к гражданам, подчиненным управлению. Очевидно, что такого рода деяния могут совершаться, если речь идет о государственных учреждениях, лишь в тех из них, которые созданы для осуществления управленческих функций, государственные служащие которых занимаются профессиональной деятельностью по обеспечению полномочий указанных государственных учреждений. Образовательные государственные учреждения к числу таких не относятся»<sup>1</sup>.

На данный вопрос в литературе есть и другие мнения. Так, О.В. Назаров указывает<sup>2</sup>, что применительно к субъекту получения взятки должно быть учтено, что по закону (примечания к ст.285 УК РФ), все должностные лица одновременно должны являться и государственными служащими. Согласно ст. 10 Федерального закона от 27 мая 2003 года № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации», обязательный признак всех государственных служащих - получение денежного содержания (вознаграждения) ими только за счет средств бюджета соответствующего субъекта Российской Федерации или за счет средств федерального бюджета. Таким образом, применительно к работникам государственных вузов, по закону вопрос о субъекте получения взятки не может быть решен однозначно в пользу признания их таковыми, поскольку они могут и не быть государственными служащими по указанному универсальному для всех этих лиц признаку. О логичности такого подхода к проблеме свидетельствует и позиция Пленума Верховного Суда Российской Федерации, который в своем Постановлении от 25 апреля 1995 года № 5 «О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за преступления против собственности», не признал государственным имуществом различных юридических лиц, в уставный капитал которых наряду с прочими входят и государственные средства.

Попытки растравить все точки на и, в литературе уже были. В частности, профессор В.Н. Уруков указывает, что «исходя из норм законодательства об образовании, должность преподавателя к административному персоналу не относится, работа его по своему содержанию является существенно иной, чем у руководящих работников, т.е. у преподавателя отсутствуют основные признаки должностного лица - организационные и распорядительные... Преподаватель государственного вуза согласно действующему законодательству об образовании не обладает ни организационно-распорядительными, ни административно-хозяйственными функциями и поэтому не является

1 Цитир. по: Назаров, О.В. К вопросу о субъектах получения взятки / О.В. Назаров // <http://www.yurclub.ru/docs/criminal/article12.html> доступно в КЭШ 03.01.2012.

2 Назаров, О.В. И еще раз о субъекте получения взятки... / О.В. Назаров // [www.zakonia.ru/analytics/77/52495/page/2](http://www.zakonia.ru/analytics/77/52495/page/2).-доступно в КЭШ 05.01.2012.



должностным лицом, следовательно, он не может рассматриваться как субъект преступлений, предусмотренных ст. ст. 285, 290 УК РФ.»<sup>1</sup> Действительно, чаще всего правоохранительным органам становится известно о «преподавателях-взяточниках», которые осуществляют поборы во время семестровых экзаменов, зачетов, при принятии лабораторных работ. Однако, право предусмотренное Положением о курсовых экзаменах и зачетах (Положение о проведении текущего контроля успеваемости и промежуточной аттестации обучающихся) по приему экзаменов или зачетов не может быть названо организационно-распорядительной функцией так как не влечет значимых правовых последствий с точки зрения содержания данной функции, которое в нее вкладывает Верховный суд РФ. Так, например, Положением о курсовых экзаменах и зачетах Сибирского федерального университета<sup>2</sup> (в ред. Постановления ученого совета Сибирского федерального университета от 19.12.2008г., протокол № 11) установлено следующее (извлечения):

- п. 2.24. Студент, не согласный с выставленной оценкой, имеет право подать заявление на апелляцию. В этом случае директор института (декан факультета) создаёт комиссию не менее, чем из 3 преподавателей;

- п. 3.1 Прием экзамена или зачета по любой дисциплине учебного плана может быть осуществлен не более трех раз. Пересдача неудовлетворительной оценки по одному и тому же экзамену допускается не более двух раз. Вторая пересдача экзамена (зачета) принимается комиссией. В исключительных случаях по личному заявлению студента первая пересдача может приниматься комиссией;

- п. 3.5 После окончания экзаменационной сессии повторная сдача экзаменов и зачетов разрешается не более чем по двум академическим задолженностям;

- п. 3.10. Студенту, имеющему одну академическую задолженность по дисциплине, директор института (декан факультета) в исключительном случае может перенести эту дисциплину на следующий семестр (в рамках текущего учебного года);

- п. 4.5 Студент, которому продлена сессия, имеет право на получение стипендии до конца срока продления (если по итогам предыдущего семестра он получал стипендию).

Таким образом, несдача студентом экзамена, т.е. получение неудовлетворительной оценки, не влечет те правовые последствия, которые указываются в обвинительных заключениях и впоследствии в приговорах по данной категории дел (студент (обучающийся) не допускается к следующей сессии, не переводится на следующий курс, не получает официального вызова на сессию, следовательно, не имеет права на получение оплачиваемого учебного отпуска и, кроме того, может быть отчислен).

Кроме сказанного, нельзя не отметить то обстоятельство, что преподаватель, выполняющий абсолютно одинаковые функции по приему

---

<sup>1</sup> Уроков, В.Н. Является ли преподаватель государственного ВУЗа субъектом преступлений по ст. 285, 290 УК РФ? / В.Н. Уроков // «Юридическое образование и наука» - 2009. - N 4. - С. 36–39.

<sup>2</sup> <http://edu.sfu-kras.ru/docs>.

экзаменов, участию в комиссиях, но работающий не в государственном (муниципальном) учреждении будет нести ответственность на ином основании, нежели преподаватель, работающий в частном учреждении. И как верно отмечает А.Ю. Чаплыгина, «выходит, что судьба преподавателя, получающего вознаграждение от обучаемых, зависит исключительно от того, в каком именно образовательном учреждении он работает ... Разница как в определении предмета преступления (применительно к взяточничеству оно является более широким), как в моменте окончания преступления (который в случае получения коммерческого подкупа, в отличие от взяточничества, отнесен на момент наступления общественно опасных последствий в виде причинения вреда), так и, наконец, в наказании.»<sup>1</sup>

Редакция ст. 290 УК РФ от 04.05.2011 N 97-ФЗ поправила существующее положение дел относительно включения в орбиту российской уголовной юстиции иностранных должностных лиц, должностных лиц публичных международных организаций, но проблему частно-публичной сферы не решила. Вслед за нашими коллегами, обращающими внимание на опыт зарубежных стран в этой области<sup>2</sup>, нам же хотелось бы отметить международные правовые акты принятые и ратифицированные РФ. В частности, Конвенцию ООН против коррупции 2003 г. и Конвенцию СЕ об уголовной ответственности за коррупцию 1999 г. Анализ норм УК РФ и положений Конвенций указывает на противоречия между российском уголовным законодательством и данными международными документами. Как правильно указывает Г.И. Богуш<sup>3</sup>: «конвенционный подход к определению субъекта преступления должностного (публичного) лица оказывается намного шире, чем используемое в примечании к ст. 285 УК РФ определение должностного лица как субъекта соответствующих преступлений». Это обстоятельство приводит нас к мысли, что РФ не в полной мере выполнила свои международно-правовые обязательства.

Несмотря на значительные шаги законодателя в сторону расширения субъектов должностных преступлений (упомянутая выше редакция ст. 290 УК РФ от 04.05.2011 N 97-ФЗ), этот вопрос остается нормативно не решенным. При этом не так очевидно по какому пути идти законодателю – в литературе нет конкретных предложений формулировки нормы или изменений в УК РФ. Представляется, что данный вопрос требует пристального внимания со стороны законодателя, а в конечном итоге и разумного разрешения.

---

1 Чаплыгина, А.Ю. Коррупция в образовательных учреждениях: проблемы квалификации деяний / А.Ю. Чаплыгина // «Государственная власть и местное самоуправление», 2011, N 1

2 Лысков А.А. Развитие понятия «должностное лицо» / А.А. Лысков // «Законность». - 2011, N 6. - С. 50

3Богуш Г.И. Конвенция ООН против коррупции 2003 г.: Общая характеристика и проблемы имплементации // <http://www.sartraccc.sgap.ru/index.htm>.

## **Криминализация общественного сознания как результат латентной функции уголовно-исполнительной системы**

Лоскутникова Марина Олеговна,  
студентка 4 курса Иркутского юридического института (филиал)  
Академии Генеральной Прокуратуры РФ,

Научный руководитель:  
Шиханов Владимир Николаевич,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права Юридического института  
Иркутского государственного университета

Проблема криминализации российского общества на сегодняшний день стоит достаточно остро среди проблем криминологии, уголовного и уголовно-исполнительного права, теории государства и права. Поднимается она и в социальных науках. Это явление нередко становится темой публикаций и репортажей в СМИ, программных заявлений политиков, совещаний, круглых столов, конференций, различных программ. Однако параллельно с этим система ценностей и установок криминальной субкультуры все прочнее проникает в национальное самосознание, начинает восприниматься как объективное и обыденное явление нашей жизни. Этот процесс проник так глубоко, что мы не замечаем, как сами становимся носителями и распространителями её элементов.

Общественное сознание в России криминализируется в связи с деформацией культуры российского общества. Тому есть ряд свидетельств. Во-первых, широкое распространение получил криминальный жаргон. Если раньше так называемая Феня была средством общения преимущественно лиц с криминальным опытом, то наблюдаемое теперь внедрение жаргона в нормальную социальную среду влечет негативные изменения в сознании и поведении широких слоёв населения<sup>1</sup>. Использование даже социально-нейтральных терминов в связи с тем значением, которое сформировано преступным образом жизни, влечет криминализацию и языка, и общественного сознания, т. к. происходит смысловая замена нормального содержания этих терминов на негативное. Например, в обыденном сознании термин «бригада», во многом благодаря одноименному отечественному фильму о деятельности преступной организации под руководством Александра Белова, ассоциируется не с производственной бригадой, а с группировкой профессиональных преступников.

Во-вторых, значительное распространение получили песни с мотивом криминальной романтики. Пользуется большой популярностью среди людей разных возрастных и социальных групп, в том числе по уровню стратификации, жанр «Русский шансон», в радиоэфире, в маршрутных автобусах и такси с

---

<sup>1</sup> Васильев А.Д. Владение русской литературно-языковой нормой как необходимый компонент профессионализма сотрудника органов внутренних дел // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе. - Красноярск, 1999. - С. 44.

завидной регулярностью транслируются песни таких групп, как «Воровайки», «Лесоповал», «Бутырка»; их альбомы можно приобрести во всех музыкальных магазинах и киосках, получить бесплатный доступ в сети Интернет.

Таким образом, многие слова из Фени, которые в советское время большинство граждан не понимало, а государством с помощью системы социального контроля предпринимались меры противодействия их использованию, теперь кажутся очевидными и ясными как для молодёжи, так и для пенсионеров. В прямом эфире и в официальных выступлениях используют жаргон представители органов государственной власти, в том числе первые лица, и дикторы новостных программ.

В специальной литературе неоднократно отмечалось, что средства массовой информации и Интернет ведут мощную пропаганду преступного образа жизни, способствующую разрушению позитивного правосознания граждан, которое происходит наряду с деформацией правовой культуры общества. Отражением этого процесса является сложившиеся языковые формы, падение культуры речи и представлений о приемлемом поведении, деформации норм морали, нормативное утверждение криминального образа жизни, распространение убеждения о легкодоступности любых благ, в том числе допустимости удовлетворения своих потребностей противоправным, а зачастую и преступным путем, пропаганда потребительского образа жизни, который во многом совпадает с традиционными убеждениями криминальной среды: «Жить нужно в удовольствие!», «Бери от жизни всё!», «Не верь, не бойся, не проси!».

Вместе с тем, констатация этих фактов даёт мало полезного науке и правоохранительной практике. Необходимо уяснить, почему происходит такая криминализация общественного сознания и каков механизм этого процесса? Решив поставленные вопросы, можно разработать научно обоснованные меры противодействия.

Процессы деформации общественного сознания связаны с деформацией культуры общества. Столь сильное по значению и распространённое по масштабам влияние есть результат определенной деятельности, функционирования какого-то социального института. Следовательно, в обществе должен быть определенный социальный институт, функционирование которого как раз и оказывает устойчивое влияние на другие социальные институты и систему социальных ценностей, на социальные нормы, культурно-символическое поле общества.

Определить, с деятельностью какого социального института связаны процессы криминализации общественного сознания, можно, если проанализировать содержание, а также особенности формирования и воспроизводства криминальной субкультуры. Последняя представлена набором корпоративных норм, опирающихся на специфическую систему социальных ценностей<sup>1</sup>; традиционно они отличаются от общепринятых ценностей и могут быть даже полной их противоположностью. Но на современном этапе имеются признаки совпадения по многим параметрам системы ценностей большинства

---

<sup>1</sup> Шеслер А.В. Криминологическая характеристика и профилактика профессиональной преступности: Учебное пособие. - Тюмень: Тюменский юридический институт МВД РФ, 2004. - С. 11.

населения с ценностями, разделяемыми криминальной средой. Это и есть показательный признак криминализации культуры и общественного сознания.

Криминализация общества предполагает передачу криминальной субкультуры в процессе социального взаимодействия с её носителями. Таковыми являются преимущественно профессиональные преступники, в первую очередь рецидивисты<sup>1</sup>. Они аккумулируют, пройдя через исправительные учреждения, устойчивый преступный опыт, "воровские законы", а затем передают его другим, пополняя криминальную среду.

Выделяют три основных механизма воспроизводства преступности. Первый – персонализированный, когда взрослый опытный преступник рецидивист берет "шефство" или "наставничество" над конкретным индивидом. Второй механизм – через криминализацию всего населения, приобщая его к уголовному языку, приучая мыслить криминальными категориями. Третий механизм – через криминальную группу, которую укрепляет криминальная субкультура своими нормами и ценностями. Таким образом, отлажено работает механизм воспроизводства криминальной субкультуры, которая благодаря этому продолжает не только функционировать, но и укореняться в обществе.

Криминальная субкультура позволяет воспроизводить свои структурные элементы, включая органы руководства и координации деятельности этой среды, правила стратификации, иерархических связей, правила общения, знаки, которые выполняют роль идентификации в данной специфичной структуре. Неформальные нормы поведения в криминальной среде являются достаточно стабильными и подкреплены принудительной силой представителей криминалитета, их нарушение может жестоко караться, вести к потере статуса нарушителем, и даже к его убийству<sup>2</sup>. Традиционно всё это позволяло обеспечить закрытый для остального социума характер бытия криминальных социальных структур, однако теперь такой закрытости не наблюдается.

Криминальная субкультура выполняет четыре основные функции, а именно: коммуникативную, являясь специфическим средством устного, письменного или невербального общения преступников между собой; конспиративную, позволяющую обеспечить закрытость криминальной среды для законопослушного общества; опознавательную-стратификационную, позволяющую опознать принадлежность «воров в законе» к лидерам криминальной среды, равно как других индивидов – к иным стратам пирамиды криминальной стратификации; компенсационную, предназначенную для оправдания преступного образа жизни через термины, имеющие позитивный или социально-нейтральный смысл («авторитет» - известный человек в криминальной среде, «работать» - совершать кражи и т. д.)<sup>3</sup>.

Таким образом, можно говорить о достаточно аморфных социальных структурах, которые обладают своей специфической системой ценностей, императивов и норм поведения, готовых стереотипов относительно социальных ролевых статусов, собственной знаковой системой, отличающейся от

1 Криминология: учебник для вузов / под ред. А.И. Долговой. – 3-е изд., доп. и перераб. – М.: Норма, 2005. – С. 833.

2 Глонти Г., Лобжанидзе Г. Профессиональная преступность в Грузии (воры в законе). – Тбилиси, 2004. – С. 63-64.

3 Шеслер А.В. Указ. соч. - С. 13.

общепринятой. Это как раз и обеспечивает воспроизводство и развитие таких социальных структур с криминальной направленностью, их согласование и в целом стабильные формы криминальной деятельности в обществе.

Но можно ли считать такие аморфные социальные структуры тем основным социальным институтом, который детерминировал современные процессы криминализации общества?

Нельзя не отметить, что криминальная субкультура, её элементы и функции подобные в рамках России не имеют существенных региональных отличий. Это означает, что должна быть определенная система, социальный институт, который бы аккумулировал в себе все объективные предпосылки к формированию криминальной субкультуры и её трансляции в общество. Для этого нужно скопление преступного элемента с устойчивой криминальной деформацией сознания, криминообразующие условия существования в местах их скопления (например, определенное строго ограниченное пространство, в котором вынуждены длительное время совместно находиться люди), внешнее выраженное воздействие, чтобы побудить такие группы людей к самоорганизации для создания устойчивых сообществ с собственной системой социальных норм и системой ценностей. Таким воздействием может явиться ограничение определённых благ, достаточно важных для удовлетворения основных жизненных потребностей. Но и вне социального взаимодействия субкультура не может ни сформироваться, ни восприниматься другим лицам. Поэтому необходима возможность передачи усвоенной криминальной системы ценностей, деформированных установок, а при нежелании ее принять отдельными индивидами должна быть возможность насильственного ее привития (форма реакции на нарушение созданных социальных норм).

Напрашивается вопрос: имеется ли в настоящее время в обществе подобный социальный институт, создающий такие условия? По нашему твердому убеждению таковым является уголовно-исполнительная система с пенитенциарными учреждениями. Но можно ли сделать такой вывод? Ведь эта система (УИС) имеет исключительно позитивную функцию: исполнение уголовных наказаний, в том числе лишение свободы. И цели деятельности, которые она преследует, предполагают не тот эффект, о котором мы говорили, а восстановление социальной справедливости, исправление осужденных, предупреждение совершения новых преступлений осужденными и иными лицами; обеспечивая при этом изоляцию осужденных.

Однако практически общеизвестным является тот факт, что современные места лишения свободы не исправляют, а наоборот – еще сильнее криминализируют осужденных. В настоящее время эта проблема рассматривается преимущественно в ключе ресоциализации, а не с позиции приобщения к элементам криминальной субкультуры. В России высок удельный вес тех, кто отбыл наказание в виде лишения свободы и в дальнейшем совершает новые преступления<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Криминология: учебник для вузов / под ред. А.И. Долговой. – 3-е изд., доп. и перераб. – М.: Норма, 2005. – С. 838.

Как видим, современные исправительные учреждения являются местом, где аккумулируются носители криминальной субкультуры, и именно там происходит привитие системы ценностей, правил поведения, переходящих в привычки, образа мыслей, а это закономерно отражается в эмоционально-волевой сфере, системе образов и понятий, в языке; осуждённые используют символы, отражая их социально-ролевой статус в преступной иерархии, нанося татуировки. Отрядная, и даже покамерная система позволяет осуждённым взаимодействовать и, соответственно, имеются возможности для применения социальных норм, научению им.

Содержание криминальной субкультуры позволяет говорить, что многое в ней рационально и связано с необходимостью самоорганизации коллектива осуждённых и самоуправления в нем в условиях мест лишения свободы, а уже затем – в условиях свободы. Следовательно, современная криминальная субкультура во многом сформирована как ответ на дезорганизующее влияние практик исполнения уголовного наказания, которые нацелены на привитие методами убеждения и принуждения официально поддерживаемых моделей поведения и системы социальных ценностей. Иными словами, основная цель самоорганизации осуждённых, вытекающая из содержания криминальной субкультуры – противодействие процессу исполнения наказания в виде лишения свободы. В условиях свободы криминальная субкультура способствует адаптации индивидов, которые прошли через процедуры стигматизации (клеймения), хотя эта адаптация из-за специфичной системы ценностей не предполагает правопослушного поведения.

Следует обратить внимание, что до настоящего времени криминальная субкультура воспроизводилась в обществе за счёт исполнения наказания в виде лишения свободы, так как у осужденных имеется потребность адаптации к условиям мест лишения свободы и противодействия принуждению со стороны государства. Отношение государства при этом, соответственно, не менялось.

Современные исправительные учреждения в таких условиях стали своеобразной школой для тех, кто попадает туда впервые. Но следует обратить внимание, что сегодня носителями криминальной субкультуры являются не только лица, которые отбывали наказание в виде лишения свободы и совершают преступления, но и большие слои населения, которые выраженный преступный образ жизни не ведут. Следует снова вспомнить слушателей российского шансона, деформацию разговорного и официального русского языка, высокую распространенность правонарушающего поведения (уголовно ненаказуемого), свидетельствующего о серьёзных деформациях правосознания населения России.

Несомненно, что при создании уголовно-исполнительной системы государство не рассчитывало на такой эффект, поскольку она должна выполнять исключительно социально полезные функции.

По нашему убеждению, данный побочный эффект есть проявление латентной функции УИС, которая имеет своим социальным результатом в частности «обратное влияние», «заражение» общества системой ценностей криминальной субкультуры, транслирует её в общество. Криминальная

субкультура становится социальным фактом и репрезентативной культурой, задающей вектор развития российского общества в целом.

Такое пассивное принятие криминальной субкультуры гражданами, которые никаким образом не относятся к пенитенциарной системе и не совершают преступлений, помимо весомого влияния СМИ происходит из-за перенятия и поддержания обществом указанного образа мыслей, отношения к различным предметам и явлениям. Это в свою очередь происходит вследствие схожести миропонимания и формирующихся систем социальных ценностей различных социальных групп. Таким образом, не только цель исправления осуждённых не достигается, но более того, УИС с пенитенциарными учреждениями является своеобразным «цехом», где создается, развивается и культивируется криминальная субкультура, которая, являясь основой миропонимания лиц криминальной направленности, проникает в общественное сознание и «заражает» его деформированными ценностями, установками, взглядами.

Современная криминальная субкультура содержит свое понимание значения основных социальных институтов, включённых в уголовно-правовые и уголовно-исполнительные отношения. В частности, процесс исполнения наказания в виде лишения свободы рассматривается как насилие, органы, исполняющие это наказание от имени государства – с теми, кто применяет насилие. Государство рассматривается как противник, а не как союзник или помощник в деле адаптации человека в обществе. Соответственно, система ценностей, которую утверждает государство, и вся система законодательства принимается как ложная, неправильная, и используется сугубо в утилитарных целях – например, для обжалования, получения послаблений без принятия её по существу.

Такое отношение хорошо прослеживается в популярных песнях русского шансона<sup>1</sup> и находит отражение и в убеждениях граждан, которые также не довольны современным положением дел в государстве, высокой степенью коррумпированности чиновников, неэффективной работой правоохранительных органов, выражающих таким образом «тихий протест».

Демонстрация криминального образа жизни в СМИ, например, ставших сегодня популярными телесериалов и фильмов про тюрьму и «воровские законы», в Интернете, например, игра «Тюряга», способствует еще большему приобщению общества к системе ценностей, лежащей в основании криминальной субкультуры. Основным является то, что изменяется не просто интересы и увлечения, а общественное сознание российского общества, культурно-символическое поле, а, следовательно, – миропонимание, отношение практически ко всем социальным явлениям.

Необходимо, конечно, отметить, что общество криминализирует не само существование уголовно-исполнительной системы, а современная её организация и существующие практики исполнения наказания в виде лишения

---

<sup>1</sup> См. тексты песен Вилли Токарева, Петлюры, Бутырки, Лесоповал, Воробайки.



свободы, которые многократно критиковали и правоведы, и правоприменители, и правозащитные организации, и политики.

Это обстоятельство подчёркивает важность исследования латентной функции уголовно-исполнительной системы, чтобы, определившись с действительной ролью УИС в вопросах криминализации общества, выработать предложения по блокированию данной функции.

## Меры финансовой безопасности в сфере денежных расчетов

Моргун Олег Васильевич,  
аспирант кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии Юридического  
института СФУ

Плохая монета вытесняет из обращения хорошую монету.  
Томас Грешем, английский купец и финансист XVI в.

Сегодня в России все более актуальными становятся вопросы повышения финансовой безопасности государства. В марте текущего года президент Д.А. Медведев при участии представителей Минфина, Минэкономразвития, Банка России, финансовых школ и университетов, а также представителей крупнейших банков страны провел совещание по экономическим вопросам с обсуждением предложений по развитию банковского сектора страны. По итогам встречи главой государства был подготовлен ряд поручений, затрагивающих, в том числе и проблемы развития банковского сектора.

К разработке правительству и ЦБ РФ предлагаются различные по характеру меры, направленные на регулирование финансовой сферы с учетом современных международных стандартов: создание Совета финансовой стабильности и законодательно оформленного института финансового омбудсмена, стимулирование безналичных расчетов и предоставление ЦБ РФ права мотивированного суждения при осуществлении банковского пруденциального надзора. Хотя в создании дополнительных структур для регулирования финансового рынка уже есть и сомневающиеся. «У нас создано достаточно много соответствующих структур уже. Нужно просто заставить их более качественно и четко работать», - справедливо отметил заместитель председателя комитета Госдумы по финансовому рынку Ю.О. Исаев<sup>1</sup>.

К слову сказать, введение мер по защите прав потребителей финансовых услуг, создание соответствующего департамента в структуре каждого финансового регулятора, усиление контроля надзорных органов, доработка (обновление) законодательства, направленная на увеличение прозрачности финансовых учреждений, ликвидации финансовых пирамид, создание института финансового омбудсмена уже давно рекомендованы Всемирным банком для украинского правительства<sup>2</sup>. Причем применение санкций за нарушение прав субъектов финансового сектора предлагается в качестве крайней меры после использования иных защитных механизмов.

<sup>1</sup> Цит. по: Депутаты Госдумы одобряют создание института финансового омбудсмена // РИА Новости. 22.03.2012 [<http://www.ria.ru/economy/20120322/602893463.html>].

<sup>2</sup> См.: Губарь Е. Каждому по справедливости // Коммерсантъ-Украина. 2012. № 47 (1537). [<http://www.kommersant.ua/doc/1898018>]

Одним из предложений властей, заслуживающим отдельного внимания уже не в качестве организационной меры, а скорее экономического механизма, представляется снижение объема наличных денежных средств в обороте страны по отношению к безналичным расчетам.

Вопросы изменения финансовой политики в сторону увеличения безналичного оборота уже ни один год являются предметом оживленных обсуждений как со стороны чиновников, так и руководства крупнейших банковских структур. Информационное начало «холодной войне» с наличностью положил бывший министр экономического развития и торговли, а ныне глава Сбербанка России Г.О. Греф в письме к премьер-министру В.В. Путину летом 2011 года.

Руководитель крупнейшего банка страны предлагал принять меры по снижению доли наличных в денежном обороте. В частности, запретить законом выплату зарплат, пенсий и пособий наличными, перечисляя деньги только на банковские карты.<sup>1</sup> На фоне борьбы с коррупцией в стране в письме были отмечены возможные результаты предлагаемых мер, в том числе резкое сокращение теневого платежного оборота и рост налоговых поступлений, и прочие позитивные последствия от финансового оздоровления экономики.<sup>2</sup>

Хорошо известно, что массовое использование наличности, помимо обслуживания теневой экономики, является и самым распространенным способом ухода от налогообложения. Сокрытая от документирования выручка идет на выплату зарплат «в конвертах», дачу взяток и иные незаконные действия.

Снижение объема теневого наличного оборота и повышение собираемости налогов за счет прозрачности финансовой деятельности хозяйствующих субъектов, безусловно, является важнейшими целями финансового политики государства, поэтому предложение по увеличению безналичного оборота позитивно оценивается как российскими чиновниками, так и некоторыми кредитными учреждениями<sup>3</sup>, а также большинством финансовых экспертов<sup>4</sup>. На вышеупомянутом совещании по экономическим вопросам президент России Д.А. Медведев также поддержал предложение экспертов и банков в части стимулирования расширения безналичного оборота.

В то же время варианты такого «стимулирования», как ожидается, будут представлены Правительством в неопределённом будущем. На сегодняшний день помимо действующей активной информационной пропаганды безналичных расчетов, иные меры стимулирующего характера фактически не применяются, а правовой основой повышения числа безналичных расчетов продолжает оставаться законодательно предусмотренная возможность введения ограничений по наличным денежным расчетам.

---

1 См.: Селиванова М. Минфин предлагает отправить Россию из нал в безнал // РИА Новости. 19.01.2012 [<http://ria.ru/analytics/20120119/543712844.html>]

2 См.: Гриценко Г. Революция Грефа // Полит.ру. 18.07.2011 [<http://www.polit.ru/article/2011/07/18/cash/>]

3 Аналитик банка «Хоум Кредит» С. Дужинский полагает, что «при увеличении безналичного денежного оборота существенно вырастет прозрачность финансовых потоков, проходящих только через банковскую систему, что благоприятно скажется на сокращении доли теневой экономики, повысит собираемость налогов». Цит. по: Кобузова В. Ради прозрачности // Деловая газета «Взгляд». 22.03.2012. [<http://www.vz.ru/economy/2012/3/22/570179.html>]

4 См.: Мамонов М., Пестова А., Солнцев О. Культ наличности в России: как его развенчать // Вопросы экономики. 2011. № 7. С.80-81.

Напомним, что определяющей здесь нормой будут являться положения п. 2 ст. 861 ГК РФ, а также п. 4 ст. 4 Федерального закона «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)», в соответствии с которыми Указаниями ЦБ РФ устанавливается предельный размер расчетов наличными деньгами между юридическими лицами, между юридическим лицом и индивидуальным предпринимателем, а также между индивидуальными предпринимателями. На сегодняшний день действует лимит в размере не более 100 тыс. рублей в рамках одного договора<sup>1</sup>.

Вместе с тем следует отметить, что ограничение права на осуществление расчетов наличными деньгами соотносится с конституционным принципом свободы перемещения финансовых средств, закрепленным в ст. 74 Конституции РФ. Кроме того, в отношении законодательно закрепленных правовых ограничений в равной степени распространяются и положения ч. 3 ст. 55 Конституции РФ.

Тем не менее, конституционность данного ограничения ранее проверялась Конституционным Судом РФ, позиция которого изложена в определении от 13.04.2000 №164-О. По мнению Суда, введение или изменение предельного размера расчетов по одной из форм перемещения денежных средств (наличной или безналичной) меняет их соотношение, но не влияет на конечный результат денежного оборота, поэтому данная норма не может рассматриваться как ограничение свободы перемещения финансовых средств<sup>2</sup>.

Таким образом, Конституционный Суд РФ ставит в равное положение денежные средства, выраженные как в наличной, так и в безналичной форме. Полагаем, что с учетом последних правительственных предложений актуальность правовой природы и конституционной оценки безналичных денежных средств подлежит новому переосмыслению.

В частности, нет оснований сомневаться, что помимо участия проверяемой нормы в механизме организации денежного обращения, указанной Конституционным Судом РФ в качестве цели введения ограничения по наличным денежным расчетам, законодателем преследовалась и иная цель введения вышеуказанного требования, а именно обеспечение финансовой безопасности государства.

Как известно, введение такого рода ограничений в России в начале 90-х годов было связано с высоким уровнем экономической преступности, ростом инфляции и сопровождалось формированием обновленной банковской системы страны. Впоследствии политика Центрального банка оправдывалась борьбой с обналичивающими «компаниями-однодневками». Актуальность такого подхода нашла свое подтверждение и в исследованиях современных финансистов. Так, Анищенко Е.Н. определяет движение наличных денег как условие функционирования теневой экономики<sup>3</sup>. Мартынов С.Н. отмечает, что

1 Указание ЦБ РФ от 28.04.2007 № 1843-У «О предельном размере расчетов наличными деньгами и расходовании наличных денег, поступивших в кассу юридического лица или кассу индивидуального предпринимателя» // Вестник Банка России. № 39. 11.07.2007.

2 См.: Определение Конституционного Суда РФ от 13.04.2000 №164-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Н.Г. Лобанова на нарушение его конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 861 ГК Российской Федерации и пункта 4 статьи 4 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс» [Электронный ресурс].

3 См.: Анищенко Е.В. Противодействие теневым процессам в сфере денежного обращения // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс» [Электронный ресурс].

первоначально введение ограничений по наличным расчетам осуществлялось в совокупности с другими регуляторами в целях обеспечения стабильности самих расчетов, ограничения теневого и криминального оборота, а также в целях обеспечения мер налогового контроля<sup>1</sup>.

Полагаем, что с учетом вышеизложенного данное ограничение соотносится с понятием меры безопасности или меры некарательного ограничения поведения индивидуальных или коллективных субъектов, применяемые специально для предотвращения вредоносного воздействия определенного источника повышенной опасности либо ограждения объекта усиленной охраны от вредного влияния любых источников опасности<sup>2</sup>.

Установление ограничений на использование наличных денег действительно стимулируют хозяйствующих субъектов на проведение расчетов в безналичной форме, которые в свою очередь подвергаются более жесткому контролю посредством ряда других инструментов. В связи с чем, данную норму необходимо рассматривать именно как меру финансовой безопасности, обеспечивающую контроль деятельности субъектов экономических отношений.

В настоящее время предпринимаются попытки по расширению круга лиц, финансовая деятельность которых подпадает под соответствующие ограничения со стороны государства, при этом причины такой инициативы находят все новые обоснования. Так, в 2011 году Минэкономразвития вышло с предложением установить лимит расчетов наличностью не только между юридическими лицами, но и между гражданами, а также обязать все крупные предприятия торговли и услуг принимать банковские карты<sup>3</sup>.

Минфин также считает возможным ввести законодательные ограничения на осуществление наличных денежных расчетов. По мнению министра А.Г. Силуанова расчеты наличными являются одной из причин высокого уровня теневой экономики в России, который в настоящее время в РФ составляет около 30-40% ВВП. Поэтому в Министерстве финансов предлагают установить обязательные требования по безналичным расчетам при осуществлении крупных покупок, в том числе недвижимости и автомобилей. Заработная плата также должна поступать работнику только в безналичной форме.<sup>4</sup>

В 2009 году МВД РФ выступало с аналогичной инициативой по введению *ограничений на оборот наличных денег, полагая, что это поможет эффективнее бороться с коррупцией*<sup>5</sup>.

*Тем не менее, в современных российских реалиях такие кардинальные предложения вызывают больше вопросов, чем положительных отзывов, поскольку зачастую игнорируют причинно-следственные связи между вводимыми ограничениями и желаемым результатом. По данным опроса Клерк.Ру в поддержку непосредственного ограничения расчетов наличными*

---

1 Мартынов С.Н. Использование механизмов регулирования налично-денежного обращения для обеспечения экономической безопасности // Web-страница Мартынова Сергея Николаевича [<http://smartpage.narod.ru/Russian/Economy.htm>].

2 Концептуально-теоретические основы правового регулирования и применения мер безопасности: монография / под науч. ред. Н.В. Щедрина. Красноярск: СФУ, 2010. С. 48.

3 См.: Полякова Ю. Чиновники предлагают ограничить наличность // Известия. 17.08.2011 [<http://www.izvestia.ru/news/497687>].

4 См.: Минфин подготовил предложение по безналичному расчету // Российская газета. 07.03.2012 [<http://www.rg.ru/2012/03/07/dengi-anons.html>].

5 См.: Ткачук Е. МВД предлагает ограничить оборот наличных денег // Вести. 02.10.2009 [<http://www.vesti.ru/doc.html?id=318356>].

для физических лиц высказалось только 5 % респондентов<sup>1</sup>. Гендиректор ФГУП «Гознак» А.В. Трачук обосновано полагает, что «государство не может и не должно принимать решения о запрете выдавать зарплату наличными. Надо создавать условия, чтобы человек сам выбрал безналичные расчеты»<sup>2</sup>.

Вероятно, в связи с неоднозначностью общественного мнения, и предлагаемые в настоящее время президентом Д.А. Медведевым меры (как и их последствия) еще не конкретизированы в достаточной степени.

Между тем, высказываются и совсем не оптимистичные предположения в отношении бесконтрольного увеличения объема безналичного оборота.

Интересной с точки зрения криминализации сферы денежного обращения представляется мнение редактора газеты «Промышленные ведомости» М.М. Гельмана. Основываясь на финансовых показателях денежного оборота в России за 2007-2011 гг. автор последовательно отстаивает позицию существования явления незаконной эмиссии безналичных денег, при этом отмечает следующие основные проблемы<sup>3</sup>.

1. Отсутствие нормативного регулирования различных вопросов денежно-кредитной политики государства, в том числе критериев нормирования размера денежной массы (так называемого агрегата М2) относительно стоимости товарной массы или ВВП, а также соотношения наличной и безналичной массы в обороте.

**2. Существование в стране фактического денежного дефицита, который является причиной постоянного роста кредиторской, а также связанной с ней дебиторской задолженности. По предложению автора увеличение агрегата М2 позволит обеспечить баланс товарно-денежного обращения и устойчивость рубля.**

3. Превышение общей суммы выданных кредитов как над суммой привлеченных банками средств, так и выпущенной в оборот денежной массы. Приведенные данные, по мнению М.М. Гельмана, свидетельствуют о том, что кредиты выдавались не существовавшими в стране деньгами, то есть являлись фиктивными.

Указанное стало возможным благодаря заимствованию ЦБ РФ денег банкам в виде однодневных кредитов для компенсации дефицита банковской ликвидности, а также в связи с действием «кредитного мультипликатора», то есть коэффициента увеличения денежной массы за счёт кредитно-депозитных операций в банковской сфере<sup>4</sup>, в результате которых общая сумма депозитов и выданных кредитов может многократно превышать официальную денежную массу в экономике. Кредитная мультипликация по мнению автора и есть эмиссия «напечатанных» банками безналичных денег в результате которой в стране вместо одного, согласно Конституции РФ, государственного, существует

1 См.: Введение лимита на расчеты наличными для физлиц только увеличит доходы банкиров // Отдел новостей ИА «Клерк.Ру». 12.09.2011 [<http://www.klerk.ru/buh/news/242737/>].

2 Цит. по: Селиванова М. Минфин предлагает отправить Россию из нал в безнал. РИА Новости. 19.01.2012 [<http://ria.ru/analytics/20120119/543712844.html>].

3 Более подробно см.: Гельман М. Почему российские банки выдают фиктивные кредиты триллионами несуществующих рублей // Промышленные ведомости [<http://www.promved.ru/next/article/?id=2230>].

4 Кредитный мультипликатор. Экономический словарь // Мир словарей [[http://mirslavarei.com/content\\_eco/kreditnyj-multiplikator-37085.html](http://mirslavarei.com/content_eco/kreditnyj-multiplikator-37085.html)].

еще около 1000 частных центров денежной эмиссии – коммерческих банков, «выпускающих» в оборот безналичные деньги в произвольных объемах.

**Такие фиктивные кредиты, выдаваемые российскими банками, не обеспечены в полном объеме ни банковскими активами, ни общей денежной массой в стране. Следствием этого является строительство финансовых пирамид в государственных масштабах.** При этом часть виртуальных средств (по сути – прямых деривативов) используется для «обналичивания» денег, а также для приобретения валюты с целью вывоза капитала за рубеж.

4. Отсутствие понятия эмиссии безналичных денег в ст. 4 Закона «О Центральном банке Российской Федерации», что противоречит п. 1 ст. 75 Конституции РФ, согласно которой Центробанк должен осуществлять эмиссию всей денежной массы, то есть ее наличной и безналичной частей.

5. Отсутствие уголовной ответственности за эмиссию безналичных денег. Так, статьей 186 УК РФ предусмотрено наказание лишь за сбыт или изготовление поддельных наличных денег.

В связи с чем М.М. Гельман предлагает использовать диспозицию ст. 187 УК РФ, предусматривающую наказание за изготовление или сбыт поддельных кредитных документов либо расчетных карт и иных платежных документов в тех случаях, когда перевод получателю кредита банк осуществляет необеспеченными или фиктивными денежными средствами с оформлением соответствующего платежного поручения. Следует отметить, что на практике такое предложение пока выглядит недостижимым.

Таким образом, ограничение наличного оборота без создания необходимого механизма контроля безналичного и без учета экономической природы данной меры безопасности может оказаться ни чем иным как дополнительным условием для коррупционных проявлений и финансовых махинаций на этот раз уже в кредитно-банковской сфере и в гораздо более крупных размерах. Ведь такими фальсифицированными деньгами по-прежнему свободно сможет обеспечиваться и часть теневого оборота в экономике.

С учетом вышеуказанного определения Конституционного Суда необходимо осознавать денежные средства в наличной и безналичной форме в качестве равнозначных по значимости в качестве единого по экономической сущности средства платежа, а не предмета спекулятивной купли-продажи или товара, производство которого позволяет создавать дополнительную стоимость.

Полагаем, что безопасность финансовой сферы, таким образом, должна обеспечиваться в рамках единой взвешенной и антикриминальной кредитно-денежной политики. Применение различных правоограничительных мер должно также сопровождаться конкретно определенными целями, направленными на ослабление негативного эффекта внутренних и внешних угроз безопасности. Так, другое предложение Д.А. Медведева о наделении ЦБ РФ правом вводить ограничения для банков, основываясь на мотивированном или профессиональном суждении, выглядит в настоящее время более взвешенным. Так, в предложенном законопроекте предусмотрены основания для применения такого суждения, среди которых выделяются и отсутствие

полной информации о лицах, которые контролируют заемщика, факта их регистрации в оффшорных юрисдикциях, осуществление лицами финансового посредничества, совершение сделок без очевидного экономического смысла<sup>1</sup>.

Позитивным условием реформирования мер финансовой безопасности в сфере кредитно-денежных операций представляется установление подобного рода условий в отношении ограничений по расчетам наличными денежными средствами. В частности, применительно к физическим лицам такие ограничения было бы возможно применять, например, в случае осуществления операций государственными служащими в крупном размере.

Само по себе увеличение соотношения в сторону наличных денег в современных государствах представляет собой не причину, а следствие высокого уровня развития товарно-денежных отношений в экономике и проявления доверия населения к финансовым инструментам, используемых под контролем государства. При таких условиях увеличение оборота безналичных денег, гарантируемых и контролируемых государством, не будет свидетельствовать об их переоценке согласно экономическому закону Т. Грешема, в результате которой безналичные денежные потоки из эффективного и современного финансового инструмента могут превратиться в «худшие» деньги<sup>2</sup>.

Появление и распространение безналичных расчетов коренным образом изменило характер рыночных отношений. По мере увеличения безналичных денежных знаков и при определенных условиях государство получает все новые возможности для тотального контроля денежных расчетов покупателей и продавцов. В то же время необходимо помнить, что такого рода внимание власти к финансовым отношениям должно соответствовать общественным интересам и задачам государственной политики безопасности, а не создавать новые условия для массовых коррупционных проявлений.

---

1 См.: Кудинов В., Воронова Т., Письменная Е. и др. Ночной надзор // Вестник. Сибирский выпуск. 2012. № 52 (3066). С. 1.

2 Экономический закон Грешема (также известный как закон Коперника – Грешема) выделяет существование «хороших» и «плохих» денег. Внутренняя стоимость «хороших» денег выше их номинальной стоимости или находящихся в обороте «плохих» денег с той же номинальной стоимостью. При равной законодательно установленной стоимости «хороших» и «плохих» денег в условиях свободного рынка «плохие» деньги, имеющие менее выгодный обменный курс по отношению к «хорошим», постепенно вытесняют из оборота «хорошие», которые наоборот становятся средством накопления населением.



## **Коррупциогенные факторы: проблемы нормативно-правового регулирования и выявления<sup>1</sup>**

Хлонова Наталья Валерьевна,  
к.ю.н., ассистент кафедры деликтологии и криминологии Юридического  
института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии Юридического  
института СФУ

Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и их проектов является одним из основных направлений по предупреждению коррупции. Снижение числа пробелов и дефектов правовых норм - необходимое условие успешной антикоррупционной политики. Основной целью проведения антикоррупционной экспертизы выступает выявление и устранение в нормативных правовых актах и их проектах таких положений, которые создают благоприятную почву для проявления коррупции – коррупциогенных (коррупционных) факторов.

Уже на первых этапах правового регулирования коррупциогенных факторов возникла терминологическая неопределенность. В Методике проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции 2009 г. использовался термин «коррупционные факторы»<sup>2</sup>, который так же фигурировал в отдельных нормативных правовых актах федеральных органов<sup>3</sup> и законах субъектов федерации<sup>4</sup>.

Федеральный закон «Об антикоррупционной экспертизе...»<sup>5</sup> оперирует понятием «коррупциогенный фактор», которое также встречается в актах

---

1 Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Коррупция в российском избирательном процессе: понятия, формы и система противодействия», проект 11-33-00207а1.

2 Методика проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции: утв. Постановлением Правительства РФ от 05.03.2009 № 196 // СЗ РФ. 09.03.2009. № 10. Ст. 1241 (далее: Методика 2009 г.).

3 См.: Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Федерального агентства лесного хозяйства: Приказ Федерального агентства лесного хозяйства РФ от 19.02.2010 № 63 // Российская газета. 02.04.2010. № 69; 6 антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов Федерального агентства связи: Приказ Федерального агентства связи от 28.10.2009 г. № 265 // Российская газета. 18.12.2009. № 224.

4 См.: О противодействии коррупции в Курской области: Закон Курской области от 11.11.2008 № 85-ЗКО; О противодействии коррупции в Оренбургской области: Закон Оренбургской области от 15.09.2008 № 2369/497-IV-ОЗ; О противодействии коррупции в Костромской области: Закон Костромской области от 10.03.2009 № 450-4-ЗКО: [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

5 Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : Федеральный закон от 17.07.2009 г. № 172-ФЗ // СЗ РФ. 20.07.2009. № 29. Ст. 3609 (далее : Федеральный закон «Об антикоррупционной экспертизе...»).

федерального<sup>1</sup> и регионального уровня<sup>2</sup>. Оба термина активно используются при проведении антикоррупционной экспертизы и имеют сходное значение.

Однако в литературе высказывается позиция, согласно которой использование термина «коррупциогенный» применительно к фактору не представляется возможным. Термин «коррупциогенный» означает возможность возникновения проявлений коррупции. Коррупционный фактор – это уже реализованная возможность, обуславливающая коррупциогенность нормы<sup>3</sup>. Такая позиция определения коррупционного фактора и коррупциогенной нормы представляется обоснованной, но не учтена в действующем законодательстве. Переход законодателя от одного термина к другому оказался не только методологически не обоснован, но и привел различному терминологическому обозначению одного и того же явления в различных нормативных актах, что может быть причиной правовых коллизий.

Не наблюдается и однообразия в правовом регулировании тех факторов, которые относятся к коррупциогенным. Методика 2009 года называла 3 группы коррупционных факторов<sup>4</sup>:

- а) факторы, связанные с реализацией полномочий органа государственной власти или органа местного самоуправления;
- б) факторы, связанные с наличием правовых пробелов;
- в) факторы системного характера.

Указанная методика также давала определение коррупционного фактора как положения проектов документов, которые могут способствовать проявлениям коррупции при применении документов, в том числе могут стать непосредственной основой коррупционной практики либо создавать условия легитимности коррупционных деяний, а также допускать или провоцировать их. Под коррупциогенными нормами же понимались положения проектов документов, содержащие коррупционные факторы<sup>5</sup>.

Федеральный закон «Об антикоррупционной экспертизе...» называет всего две группы факторов:

- устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил;
- содержащие неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям.

Определение коррупциогенного фактора сводится к тому, что он должен находиться в одной из двух названных групп и выступать условием для

---

1 См.: Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2010 г. № 96 (далее Методика 2010 г.); Об организации проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов: Приказ Генпрокуратуры от 28.12.2009 № 400: [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Об утверждении Методических рекомендаций по проведению экспертизы проектов нормативных правовых актов в Федеральной миграционной службе на коррупциогенность: Приказ ФМС России от 22.01.2009 № 3 : [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

2 См.: О противодействии коррупции в Красноярском крае: Закон Красноярского края от 07.07.2009 г. № 8-3610 // Журнал «Ведомости высших органов государственной власти Красноярского края». 27.07.2009. № 37 (333).

3 См. Талапина Э.В. Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов в механизме антикоррупционного мониторинга // Правовой мониторинг : научно-практическое пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова, Д.Б. Горехова. Москва: ИД «Юриспруденция», 2009. С. 55.

4 П. 7 Методики проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции: утв. Постановлением Правительства РФ от 05.03.2009 № 196 // СЗ РФ. 09.03.2009. № 10. Ст. 1241.

5 Там же, п.2.

коррупции<sup>1</sup>, что существенно уже определения, предложенного в Методике 2009 г.

Необходимо отметить, что в перечень коррупциогенных факторов, изложенных в Методике 2010 года<sup>2</sup>, не попали:

- существование пробела в правовом регулировании;
- отсутствие запретов и ограничений для органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);
- отсутствие мер ответственности органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);
- отсутствие указаний на формы, виды контроля за органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами);
- нарушение режима прозрачности информации;
- нормативные коллизии<sup>3</sup>.

Список коррупциогенных факторов также расширяется региональным законодателем. Закон Красноярского края «О противодействии коррупции в Красноярском крае» предусматривает среди прочих такие коррупциогенные факторы:

- отсутствие исчерпывающего перечня оснований для отказа в реализации права;
- наличие исключительно субъективно-оценочных оснований отказа в реализации права;
- отсутствие исчерпывающего перечня документов, представляемых для реализации права;
- отсутствие конкретного срока принятия решения органом государственной власти Красноярского края, иным государственным органом Красноярского края, органом местного самоуправления, лицом, замещающим государственную, муниципальную должность, должность государственной гражданской, муниципальной службы, а также отсутствие конкретных оснований для продления срока рассмотрения документов;
- отсутствие четкого порядка принятия решения (административных процедур);
- широта полномочий, позволяющая принимать решения единолично, при отсутствии объективных критериев;
- широкие возможности ведомственного и локального нормотворчества;
- наличие противоречий между нормами правового акта;
- отсутствие контроля, в том числе общественного, за действиями должностного лица;
- отсутствие связи «право гражданина - обязанность органа государственной власти, иного государственного органа Красноярского края, органа местного самоуправления»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ст.1 ч. 3 Федерального закона «Об антикоррупционной экспертизе...».

<sup>2</sup> Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2010 г. № 96: [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (далее Методика 2010 г.).

<sup>3</sup> Ранее указанные факторы были предусмотрены Постановлением Правительства РФ от 05.03.2009 г. № 196.

<sup>4</sup> Ч. 2 ст.10 Закона Красноярского края «О противодействии коррупции в Красноярском крае».

Не смотря на высказываемое в литературе мнение о том, что перечень коррупциогенных факторов, установленных Методикой 2010 г.<sup>1</sup>, не является исчерпывающим, констатация коррупциогенности нормы права на основе иных факторов является спорной. В форме заключения по результатам независимой антикоррупционной экспертизы указание «коррупциогенных факторов» должно сопровождаться «ссылкой на положения методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г №96»<sup>2</sup>. Из этого нехитрого примечания можно сделать вывод, что формально сослаться на иные коррупциогенные факторы, не поименованные в Методике 2010 г., независимым экспертам нельзя. Вряд ли иные коррупциогенные факторы будут использоваться и при проведении антикоррупционной экспертизы на федеральном уровне. По каким факторам проводить независимую антикоррупционную экспертизу законодательства субъекта федерации, также остается под вопросом.

Принцип, которым руководствовались разработчики Методики 2010 г. при группировке и определении факторов, к сожалению, не ясен. Отсутствие понятной системы коррупциогенных факторов на практике может затруднять их выявление в положениях конкретных нормативных правовых актов.

Одним из основных коррупциогенных факторов выступает широта дискреционных полномочий, которая проявляется в наделении органа (должностного лица) полномочиями, которые он способен использовать по своему усмотрению. Необходимо помнить, что любая публично-властная деятельность невозможна без определенного пространства свободного усмотрения должностных лиц, которое бы позволяло действовать с учетом реальных обстоятельств<sup>3</sup>. Соответственно, ключевым в выявлении этого фактора является не определение наличия дискреционных полномочий, но констатация их широты. Предоставляя возможность выбора между санкциями различной степени тяжести при отсутствии четких критериев того, когда нужно накладывать конкретную санкцию, норма права позволяет правонарушителю заплатить правоприменителю за менее тяжкую для него санкцию, а правоприменителю – шантажировать нарушителя возможностью наложения более суровой кары<sup>4</sup>.

Такой фактор, как определение компетенции по формуле «вправе»<sup>5</sup>, можно рассматривать как частный случай широты дискреционных полномочий. Именно полномочия государственного органа образуют его взаимосвязанные между собой права и обязанности. Разделение же таких прав и обязанностей в нормативных формулах создает неоправданную иллюзию того, что в

1 См.: Талапина Э.В. Комментарий к законодательству Российской Федерации о противодействии коррупции. – М.: Вольтерс Клувер, 2010. С. 153.

2 См.: Приказ Минюста России от 21.10.2011 № 363 «Об утверждении формы заключения по результатам независимой антикоррупционной экспертизы»: [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

3 Анализ коррупциогенности законодательства: памятка эксперту по первичному анализу коррупциогенности законодательного акта / М. А. Краснова, Э.В. Талапина, Ю.А. Тихомиров, К.И. Головинский, Ю.Н.Южаков; под ред. В.Н.Южакова. – М.: Статут, 2004. С. 12.

4 См.: Головинский К. И. Диагностика коррупциогенности законодательства. М. 2004.

5 Пп. б) п. 3 Методики 2010 г.

определенных случаях можно использовать полномочие как право, определяя по своему усмотрению, осуществлять полномочие или нет<sup>1</sup>. Не смотря на самостоятельное выделение указанного фактора в Методике 2010 г., полагаем, что он является частным случаем широты дискреционных полномочий, когда возможность выбора варианта поведения у чиновника возникает при расширительном толковании категории «вправе».

Аналогичным образом можно интерпретировать выборочное изменение объема прав<sup>2</sup>, связанное с широтой дискреционных полномочий. Ведь коррупционно опасным является любое изменение объема прав заявителя, процедура реализации которых ставится в зависимость от усмотрения уполномоченной стороны<sup>3</sup>.

Еще одна группа факторов, которые могут быть связаны с широтой дискреционных полномочий – это отсутствие или неполнота административных процедур и отказ от конкурсных (аукционных) процедур. Но у них есть существенное отличие – они представляют собой пробел в правовом регулировании, что и обуславливает сложность их выявления. Отсутствие правового регулирования процедуры реализации тех или иных полномочий в отношении физических и юридических лиц приводит к отсутствию у них информации о правомерности действий или бездействий чиновников, а, следовательно, к возможности коррупционных злоупотреблений. Регламентация каждого шага или действия чиновника просто невозможна, но отказ от такой регламентации должен быть обоснован.

Представляется необходимым выделить факторы, связанные с нарушением компетенции при принятии нормативного правового акта. К ним можно отнести:

- чрезмерную свободу подзаконного нормотворчества<sup>4</sup>;
- принятие нормативного правового акта за пределами компетенции<sup>5</sup> (частным случаем которого является заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий<sup>6</sup>).

Указанные факторы возможно выявить только в рамках реализации принципа оценки нормативных правовых актов в их взаимосвязи, системном анализе всего комплекса нормативных правовых актов в определенной сфере, а также четкого определения компетенции органа государственной власти или местного самоуправления, принявшего тот или иной нормативный акт.

При определении содержания коррупциогенных факторов достаточно часто используются оценочные понятия. Особенно ярко это проявляется при определении наличия завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права и злоупотребление правом заявителя. В

---

1 Анализ коррупционности законодательства: памятка эксперту по первичному анализу коррупционности законодательного акта / М. А. Краснова, Э.В. Талапина, Ю.А. Тихомиров, К.И. Головшинский, Ю.Н.Южаков; под ред. В.Н.Южакова. – М.: Статут, 2004. С. 11.

2 Пп. в) п. 3 Методики 2010 г.

3 Каменская Е.В., Рождествина А.А. Независимая антикоррупционная экспертиза: научно-практическое пособие // СПС КонсультантПлюс, 2010.

4 Пп. г) п. 3 Методики 2010 г.

5 Пп. д) п. 3 Методики 2010 г.

6 Пп. е) п. 3 Методики 2010 г.

первом случае условия, необходимые для реализации субъектом своего права либо исполнения обязанности обременительны настолько, что превышают уровень разумного<sup>1</sup>. Во втором - заявителю предоставлено право выбора между несколькими вариантами поведения в отсутствие четкой регламентации действий чиновника. Под видом реализации права заявителя чиновник будет использовать свои дискреционные полномочия, что также можно отнести к широте дискреционных полномочий.

Таким образом, чаще всего при антикоррупционной экспертизе встречается широта дискреционных полномочий<sup>2</sup>, в которую входят формулирование компетенции по формуле «вправе», выборочное изменение объема прав и злоупотребление правом заявителя. Указанный фактор является одним из самых комплексных и часто выявляемых.

Также к числу комплексных коррупциогенных факторов относится юридико-лингвистическая неопределенность. Юридическая природа нормативного правового акта требует точности и тщательности формулировки правовых предписаний, продуманности и логичности структуры документа, четкости и однозначности терминологии<sup>3</sup>. Недостатки юридической техники и лингвистические погрешности могут привести к коррупции, так как то или иное положение в силу двусмысленности или неясности может трактоваться неоднозначно, что позволяет чиновнику толковать такое положение в зависимости от своих интересов<sup>4</sup>. В Методике 2010 г. юридико-лингвистическая неопределенность раскрывается достаточно узко, через употребление не устоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера. Работа по выявлению указанного фактора требует использования не только специальных юридических методов, но и типовых методов лингвистической экспертизы.

Выявлению коррупциогенных факторов способствуют маркеры, которые могут помочь при первичном анализе нормативного правового акта (проекта). Маркеры коррупционных факторов – это определенные слова, термины фразы, стилистические обороты, которые по общему правилу могут указывать на возможность наличия коррупциогенного фактора<sup>5</sup>.

Присутствие маркера в тексте нормативного правового акта не всегда свидетельствует о наличии коррупционного фактора. Причиной может являться невозможность изменения формулировки в силу компетенции органа (формулировка используется в тексте нормативного правового акта более высокого уровня), а также если существование нормы с такой формулировкой оправдано в силу отсутствия практики (например: дискреционные полномочия).

1 См.: Анализ коррупционности законодательства: памятка эксперту по первичному анализу коррупционности законодательного акта / М. А. Краснова, Э.В. Талапина, Ю.А. Тихомиров, К.И. Головшинский, Ю.Н.Южаков; под ред. В.Н.Южакова. – М.: Статут, 2004. С. 13.

2 По данным прокуратуры и Министерства юстиции наиболее часто встречающимися коррупционными факторами является широта дискреционных полномочий органов (около 75%). Также на практике выявляются наличие бланкетных и отсылочных норм (5%), юридико-лингвистической неопределенности (5%), правовые пробелы (5%). См.: Уманская В.П. Антикоррупционная экспертиза правовых актов: проблемы правового регулирования и правоприменительной практики // Закон. 2010. № 4. С. 177.

3 См.: Галашина Е.И. Антикоррупционная юридико-лингвистическая экспертиза нормативных правовых актов и их проектов // Антикоррупционная экспертиза нормативно-правовых актов и их проектов / сост. Е.Р.Росинская. – М.: Проспект, 2010. С. 34–35.

4 См.: Талапина Э.В. Комментарий к законодательству Российской Федерации о противодействии коррупции. – М.: Вольтерс Клувер, 2010. С. 166.

5 Швердяев С. Формирование основ правового регулирования антикоррупционной экспертизы нормативных актов // Журнал НСБ «Хранитель». URL: [http://www.psj.ru/saver\\_magazines/detail.php?ID=46073](http://www.psj.ru/saver_magazines/detail.php?ID=46073) (дата обращения 01.11.2011).

Наличие маркера может указывать не на конкретный дефект, а на область проблем, которую удалением или заменой этого маркера устранить невозможно<sup>1</sup>. Поэтому технология маркеров является лишь вспомогательной, и не должна использоваться экспертами в качестве основной или единственной.

Само экспертное исследование может проходить иначе, нежели в порядке изложения коррупциогенных факторов в Методике 2010г. Так, пункты «д» и «е» п. 3 Методики 2010 г. предполагают принятие нормативного правового акта за пределами компетенции, свидетельствуют о ненадлежащем субъекте. Дальнейшее проведение антикоррупционной экспертизы в случае выявления указанных факторов представляется нецелесообразным<sup>2</sup>. Результат такой экспертизы будет направлен органу, неправоммерно принявшему нормативный правовой акт (разработавшему проект), тогда как дальнейшая работа по созданию (изменению) нормативного правового акта будет осуществляться другим, уполномоченным субъектом.

На основании изложенного можно сделать вывод о несовершенстве существующей методики проведения антикоррупционной экспертизы. Полагаем, что законодатель и правоприменитель в период становления этого правового института должны предоставить независимым экспертам возможность осуществлять антикоррупционную экспертизу и по другим, прямо не указанным в действующей методике, коррупциогенным факторам. В существенной доработке также нуждается предложенная в Методике 2010 г. система коррупциогенных факторов. Выявление же коррупциогенных факторов является сложной задачей, требующей от эксперта специальных познаний, а также умения анализировать нормы права не только по формальным признакам (коррупционным маркерам), но с использованием системного подхода.

---

1 Швердяев С. Формирование основ правового регулирования антикоррупционной экспертизы нормативных актов // Журнал НСБ «Хранитель». URL: [http://www.psj.ru/saver\\_magazines/detail.php?ID=46073](http://www.psj.ru/saver_magazines/detail.php?ID=46073) (дата обращения 01.11.2011).

2 Подробнее см.: Кудрявцев В.Л. Антикоррупционная экспертиза: вопросы теории и методики производства // Антикоррупционная экспертиза нормативно-правовых актов и их проектов / сост. Е.П.Росинская. – М.: Проспект, 2010. С 58–59.

# Ювенальная юстиция



## **Некоторые проблемы реабилитации несовершеннолетних - жертв преступных посягательств**

Дунькова Юлия Петровна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Зырянова Ирина Александровна,  
к.ю.н., доцент кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Вопрос о реабилитации несовершеннолетних, ставших жертвами преступных посягательств отечественной науке не получил достаточного освещения. Существующие исследования в данной области, затрагивают лишь определенные аспекты реабилитации. Но, к сожалению, ни в науке, ни в практике не выработан комплексный подход к определению содержания реабилитации несовершеннолетних - жертв преступных посягательств.

С недавнего времени в России усилилось внимание к несовершеннолетним, к их правам и статусу в целом, что объясняется интеграционными процессами, в которые вовлечено наше государство. Российская Федерация ратифицировала ряд международных актов, касающихся защиты прав несовершеннолетних, а соответственно, приняла на себя обязательства по созданию механизмов защиты их прав, важнейшие из которых: Декларация о защите прав детей 1924 г.<sup>1</sup>, Декларация прав ребенка 1959 г.<sup>2</sup>, Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г.<sup>3</sup>.

На уровне национального законодательства также был принят ряд актов: Федеральный закон от 24 июля 1998 г. N 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации»<sup>4</sup>, Федеральный закон от 24 июня 1999 г. N 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»<sup>5</sup>, Федеральный закон от 21 декабря 1996 г. N 159-ФЗ «О дополнительных гарантиях по социальной защите детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей»<sup>6</sup>, Указ Президента РФ «Об утверждении Основных направлений государственной социальной политики по улучшению положения детей в Российской Федерации до 2000 года (Национального плана действий в интересах детей)» от 14 сентября 1995 г. N 942<sup>7</sup> и др.

В литературе приводятся статистические данные, согласно которым насилию в России в различных его формах подвергается ежегодно до двух

<sup>1</sup>Декларация о защите прав детей. Лига Наций. 1924.

<sup>2</sup> Декларация прав ребенка 1959 г. // Международные соглашения и рекомендации ООН в области защиты прав человека и борьбы с преступностью: Сб. международных документов. М., 1989. С. 279.

<sup>3</sup>Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. // Международные акты о правах человека: Сб. документов. М., 2003. С. 306 - 323.

<sup>4</sup>СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3802.

<sup>5</sup>СЗ РФ. 1999. N 26. Ст. 3177.

<sup>6</sup>СЗ РФ. 1996. N 52. Ст. 5880.

<sup>7</sup>СЗ РФ. 1995. N 38. Ст. 3669.

миллионов несовершеннолетних; более 500 тысяч детей каждый год убегают из семьи, интернатов, учебных заведений, спасаясь от жестокости родителей, воспитателей, сверстников; около 17 тысяч детей в возрасте до 18 лет становятся жертвами преступлений, 2 тысячи детей – жертвами убийств; каждый четвертый ребенок подвергается насилию в семье, 60 % родителей считают применение физических наказаний при воспитании ребенка – нормой; 63% подростков – правонарушителей, осужденных за убийство, ранее совершали убийство тех, кто избивал их мать; 74 % преступлений подростков против личности совершены детьми, которые были воспитаны в семьях, где совершается насилие; распространенность сексуальных посягательств в отношении детей до 15 лет составляет 30 % от общего количества преступлений этой категории<sup>1</sup>.

Также можно встретить и иные данные, говорящие о том, что жертвами преступлений против половой неприкосновенности или половой свободы 44,7 % являлись несовершеннолетними, из которых практически половина (48,9 %) – дети до 14 лет, которые в силу возраста не могли оказать преступнику реального сопротивления. При этом, если несовершеннолетние в общем числе жертв преступлений составляют 5,3 %, то их удельный вес среди потерпевших от особо тяжких преступлений достигает 7 %, а по отдельным видам преступных деяний еще более высок: насильственных действий сексуального характера – 45,5 %, изнасилований – 21,9 %, вымогательств – 22,6 %, причинений смерти по неосторожности – 13 %. Почти каждый десятый (9 %) раненый в результате преступления – несовершеннолетний<sup>2</sup>.

На основании вышеизложенного, можно уверенно сказать, что преступления, совершаемые в отношении несовершеннолетних, начинают все более приобретать черты подвида преступности и обладают в тоже время рядом особенностей. Это особенности жертвы, мотивации преступника, характер наступивших последствий. Несовершеннолетний как жертва имеет очень важные отличительные особенности от взрослого: его личность не сформирована до конца, он до конца не может осознавать последствия своих действий и действий преступника, не может оказать должного сопротивления преступнику или не может его оказать в принципе.

Слово «реабилитация» происходит от латинского «rehabilitation», что означает восстановление. В общем смысле реабилитация означает возвращение в прежнее состояние.

Как отмечают ученые, реабилитация – понятие с богатым и многообразным содержанием, имеет различные общепризнанные аспекты, в определении сущности которых профессионалы из разных областей опираются на дословное значение «восстановление» исходного позднелатинского «rehabilitation», а именно: – юридический, предусматривающий восстановление доброго имени и юридических прав в силу отмены ранее признанной виновности; – психологический, который предполагает восстановление

---

1 Голубь М.С. Витимный подросток как объект и субъект педагогической профилактики насилия // Новые технологии. 2011. № 1. С. 165-168.

2 Филиппенков В.М. Некоторые аспекты криминологической характеристики личности // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции. 2010. № 3. С. 88-102.

потерянных способностей личности как проявление ее пластичности; – социальный, нацеливающий на восстановление утраченных социальных функций и связей со средой жизнеобеспечения; – медицинский, направленный на предотвращение инвалидности за счет восстановления нарушенных функций организма и трудоспособности<sup>1</sup>.

Всемирной организацией здравоохранения было дано следующее определение реабилитации - это комбинированное и координированное применение методов в социальных, медицинских, педагогических и профессиональных мероприятиях с целью подготовки и переподготовки индивидуума для достижения его оптимальной трудоспособности<sup>2</sup>.

В российском законодательстве также дано определение реабилитации. В Федеральном законе «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» № 181-ФЗ от 24.11.1995 г. дано определение понятия реабилитации инвалидов – это система и процесс полного или частичного восстановления способностей инвалидов к бытовой, общественной и профессиональной деятельности<sup>3</sup>. В ФЗ от 21.11.2011 N 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» дается понятие медицинской реабилитации - медицинская реабилитация - комплекс мероприятий медицинского и психологического характера, направленных на полное или частичное восстановление нарушенных и (или) компенсацию утраченных функций пораженного органа либо системы организма, поддержание функций организма в процессе завершения остро развившегося патологического процесса или обострения хронического патологического процесса в организме, а также на предупреждение, раннюю диагностику и коррекцию возможных нарушений функций поврежденных органов либо систем организма, предупреждение и снижение степени возможной инвалидности, улучшение качества жизни, сохранение работоспособности пациента и его социальную интеграцию в общество<sup>4</sup>.

Но определение понятия реабилитации несовершеннолетних, явившихся жертвами преступных посягательств, отсутствует. Таким образом, встает вопрос о необходимости разработки терминологического аппарата изучаемого процесса.

Если анализировать национальное законодательство, то необходимо отметить, что отсутствует не только нормативно закрепленное определение понятия реабилитации несовершеннолетних жертв преступных посягательств, но и регламентация данного вопроса на законодательном уровне вообще. Наличие пробела в законодательстве по данному вопросу, позволяет прийти к выводу, что законодатель не считает необходимым проведение реабилитации несовершеннолетних, ставших жертвами преступных посягательств. В то время как, оказываясь вовлеченным в механизм преступления в статусе жертвы, несовершеннолетний испытывает стресс. Причем, по мнению психологов,

---

1Гордеева А.В. Реабилитационная педагогика: учеб.пособие. М.: Парадигма, 2005.

2Всемирная программа действий в отношении инвалидов, принятая в резолюции 37/52 Генеральной ассамблеи ВОЗ от 3 декабря 1982 года, изложенная в рекомендации 1 (IV) Консультативного комитета для Международного года инвалидов. – Копенгаген, ВОЗ, 1983.

3«Собрание законодательства РФ».27.11.1995. N 48. Ст. 4563.

4«Собрание законодательства РФ». 28.11.2011. N 48. ст. 6724.

стресс не доступен прямому наблюдению, только лишь испытавший стресс посредством интроспекции может проследить этот процесс<sup>1</sup>.

Испытываемый несовершеннолетними стресс при совершении преступления, а также тот, который возникает в будущем в результате совершенного преступления, вызывает ухудшение их здоровья, самосознания, социализированность. Ученые утверждают, что латентные случаи преступного насилия над детьми, особенно сексуального, психологически более травматичны, чем случаи, когда несовершеннолетние распознавались как жертвы.

Существуют признаки, отличающие несовершеннолетних-жертв насилия: нарушение эмоционального баланса, нарушение сна, наличие страхов, стыд и чувство вины, чувство отрицания случившегося, чувство безнадежности, нарушение концентрации внимания, нарушение восприятия и ощущения, неприятие собственного тела<sup>2</sup>.

Помощь детям, ставших жертвами преступных посягательств, детерминируется необходимостью преодоления негативных отношений к себе и миру. Как отмечает И.И. Чеснокова, в кризисных ситуациях для подростка блокируется возможность самореализации. Это приводит к отклонениям в сознании в виде искаженных ценностных ориентаций, в которых структурированы негативные переживания и представления, связанные со значимыми ценностями личности в прошлом, настоящем и будущем<sup>3</sup>.

Поэтому растет число убийств и тяжких преступлений среди подростков, в том числе отличающихся особой жестокостью и глумлением над потерпевшими. Жестокое обращение с детьми формирует людей с деформацией сознания и интеллекта, что приводит к воспроизводству насилия и жестокости в обществе.

На данном этапе разработанности вопроса не возможно однозначно ответить на вопрос о том, какими именно органами должна осуществляться реабилитация несовершеннолетних – жертв, но ясно уже сейчас, что этот процесс должен быть комплексным и включать в себя различные виды помощи.

Реабилитация несовершеннолетнего-жертвы преступления должна включать в себя такие виды помощи, как например: психологическая, медицинская, социальная, правовая.

Как правило, на самом первом этапе требуется оказание медицинской и психологической помощи (в зависимости от вида совершенного преступления). Если преступление не повлекло сильного физического вреда для несовершеннолетнего, то на первом этапе необходимо выявить отклонения в сознании личности ребенка и оказать необходимую психологическую помощь.

Любая форма насилия, переживаемая детьми, вызывает у них проблемы, связанные со здоровьем, которые развиваются вследствие психологической травмы<sup>4</sup>.

---

1 Голубева Н.П. Психологическая реабилитация личности подростков-жертв насилия: Дис. ... канд. псих.наук. Москва, 2000. С. 78.

2 Указ.соч. С.83.

3 Чеснокова И.И. Проблема сознания в психологии. М.:Наука, 1977. -144 с.

4Пронин А.А. Правовые аспекты оказания медицинской помощи несовершеннолетним жертвам насилия // Вопросы ювенальной юстиции. 2008. №6.

Медицинские работники не должны давать юридической оценки обстоятельств преступления. Задача врача – своевременное оказание необходимой медицинской помощи пострадавшему ребенку, а также привлечение внимания правоохранительных органов, которые обязаны обеспечить защиту прав ребенка и его законных интересов.

Обязанность медицинских работников сообщать в правоохранительные органы о случаях, когда имеются основания полагать, что в отношении ребенка совершено преступлениями, закрепляется ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»<sup>1</sup>.

Для установления уровня вреда, причиненного преступлением физическому, интеллектуальному, нравственному, психологическому здоровью несовершеннолетнего необходимо провести комплексную экспертизу, которая сможет оценить все стороны вреда, причиненного преступлением, сможет определить его уровень, необходимые меры по реабилитации, период, необходимый для восстановления.

Социально-юридическая помощь должна осуществляться совокупностью различных органов, в компетенцию которых входит оказание помощи несовершеннолетним, ставшим жертвами преступлений (полицией, прокуратурой, органами опеки и попечительства, органы социальной защиты и др.).

Ребенку, ставшему жертвой преступления, должна быть оказана помощь по восстановлению социальных качеств, которые преобладали у него до момента преступления, формированию положительных жизненных устремлений и ценностей, нормализации отношений с коллективом, самореализации, установление нормальных взаимоотношений в семье.

По факту совершенного преступления должно быть проведено предварительное расследование, по результатам которого дело может быть передано в суд. Правовая помощь должна быть обращена не столько к несовершеннолетнему, сколько к его законным представителям: должны быть проведены все необходимые консультации, а также при необходимости и юридическое сопровождение. Социальная помощь должна быть направлена на поддержку семьи несовершеннолетнего, оформление различных пособий и льгот, если существует установленная законом возможность, обучение различным навыкам, как несовершеннолетнего, так и родителей, которые бы позволили бы в дальнейшем избежать повторения ситуации.

Таким образом, вопрос реабилитации несовершеннолетних-жертв преступных посягательств является совершенно неразработанным в настоящее время в отечественной литературе. На законодательном уровне также существует пробел относительно данного процесса.

На наш взгляд, целесообразным является закрепление процесса реабилитации на законодательном уровне, а также детальная разработка данного процесса.

---

<sup>1</sup>Федеральный закон № 120-ФЗ от 24 июня 1999 года «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»// Рос. Газ. 1999 г. 30 июня.

## Ювенальная юстиция: за и против

Дурасова Маргарита Вячеславовна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологи  
Юридического института СФУ

В настоящее время в России широко обсуждается возможность введения ювенальной юстиции. Что же скрывает в себе данное словосочетание, и что послужило основанием для разделения общества на два враждебных лагеря: сторонников и противников ювенальной юстиции? На эти два немаловажных вопроса я постараюсь дать ответ.

Необходимо отметить, что помимо сторонников и противников ювенальной юстиции есть люди, которые не имеют представления о том, что вообще такое ювенальная юстиция, либо находятся в некоем заблуждении, элементарно, в связи с недостатком информированности по этому поводу. Таких людей, к сожалению, очень много.

В юридической литературе ювенальная юстиция определяется как система государственных органов, осуществляющих правосудие по делам о преступлениях и правонарушениях, совершённых несовершеннолетними, а также государственных и негосударственных структур, проводящих контроль за исправлением и реабилитацией несовершеннолетних преступников и профилактику детской преступности, социальную защиту семьи и прав ребёнка. Помимо правосудия для несовершеннолетних ювенальная юстиция включает в себя профилактику: подростковой преступности, преступлений против детей, социально-психологическую реабилитацию несовершеннолетних, как совершивших преступление (в том числе осужденных и отбывающих наказание в местах лишения свободы), так и несовершеннолетних жертв преступлений.<sup>1</sup>

Представлю несколько определений, которые дают данному понятию специалисты, занимающиеся проблемой становления ювенальной юстиции в России.

Профессор Н. В. Щедрин, один из таких специалистов, определяет ювенальную юстицию, как специализированную систему правосудия в отношении несовершеннолетних, оказавшихся в конфликте с законом. В широком смысле ювенальная юстиция включает в себя еще и раннюю профилактику правонарушений среди несовершеннолетних, особую работу с детьми, которые уже совершили преступление, а также создание необходимых условий для их ресоциализации, возвращения к нормальной жизни.<sup>2</sup>

1 [ [http://traditio-ru.org/wiki/Ювенальная\\_юстиция](http://traditio-ru.org/wiki/Ювенальная_юстиция)].

2 [Щедрин Н. В. РАЗВИТИЕ ЮВЕНАЛЬНОЙ ЮСТИЦИИ В РОССИИ НЕИЗБЕЖНО].

Антон Жаров, член адвокатской палаты Москвы, специалист по вопросам опеки и усыновления говорит следующее: Дословно латинский термин «ювенальная юстиция» переводится как «правосудие для несовершеннолетних». Что это означает в наших условиях? Создание специализированных судов, подготовку судей, которые будут заниматься делами несовершеннолетних.

Павел Астахов, уполномоченный при президенте Российской Федерации по правам ребенка, определяет ювенальную юстицию, как отдельную систему правосудия для детей. Он пишет, что ребенок ведь тоже может совершить правонарушение, но он не должен нести такую же ответственность, как и взрослый, потому что жизненного опыта у него еще мало, его личность еще не до конца сформирована. И что с ним делать? Сразу сажать в тюрьму? Или найти какой-то комплекс мер, позволяющих исправить этого ребенка, назначить адекватное наказание и, главное, не допустить, чтобы он в дальнейшем пошел по криминальной стезе.<sup>1</sup>

Стоит отметить, что в первую очередь, вышеуказанные специалисты говорят о ювенальной юстиции, как об особой системе правосудия для несовершеннолетних.

Целью выделения ювенальной юстиции в особую систему является необходимость особого подхода по отношению к несовершеннолетним правонарушителям, обеспечение гарантии прав этой категории лиц. Идея ювенальной юстиции в разных формах реализована в большом числе государств. И стоит подчеркнуть здесь конструкцию «в разных формах», так как каждая страна обладает своим рядом особенностей: традиции, обычаи, менталитет и т.д., которые необходимо учитывать при создании чего-либо нового. В отдельных государствах ювенальная юстиция является частью ювенальной системы органов и общественных организаций, занимающихся вопросами семьи и правами детей в самом широком смысле. В некоторых случаях приоритет интересов ребёнка приводит к их противопоставлению интересам государственного института семьи, что вызывает острую полемику в обществе и неоднозначной оценке ювенальной юстиции в целом. Полемика в российском обществе выражается в качестве разделения общества на два враждебных лагеря: сторонников и противников ювенальной юстиции.

Противники внедрения ювенальной юстиции выделяют в ней ряд недостатков. Прежде всего, это касается опасений по поводу возможных злоупотреблений со стороны сотрудников органов опеки и попечительства. Приводя в качестве примера некоторые прецеденты из практики стран, где такая система существует, противники внедрения такой практики в России уверяют, что, несмотря на положительные тенденции в общей статистике преступлений, ювенальная юстиция способна нанести серьёзный ущерб такому важнейшему институту общества, как семейные отношения. Также ее развитие, по мнению антиювеналистов, может послужить причиной разрушения традиционного религиозного принципа: «чти своих отца и мать». В частности,

---

1 [http://www.blagovest-yakutia.ru/index.php?option=com\_kunena&Itemid=8&func=view&catid=10&id=314].

это может выразиться в значительном увеличении количества случаев лишения родительских прав, причём такие меры далеко не всегда будут достаточно обоснованы<sup>1</sup>.

Сторонники принятия закона о введении в России института ювенальной юстиции, напротив, указывают, что одной из основных задач этой системы является именно сохранение родной семьи ребёнка, а изъятие из неё будет осуществляться только при наличии реальной опасности для жизни или здоровья ребёнка в случае дальнейшего пребывания в семье. В общем, в этом плане ситуация не претерпит существенных изменений по сравнению с тем, что мы имеем сегодня.<sup>2</sup>

Особое значение семьи в российском обществе трудно определить, потому что значение семьи в любом обществе при любой религии исключительно велико. И если авторы этих контрвыступлений считают, что в России семья ценится выше, чем в других странах, то факты говорят противоположное.

В семьях, проповедующих мусульманскую и буддийскую религии, например, решения, принятые семьей, чаще всего имеют решающее значение в судьбах их членов. В то время как в типичной российской семье, которая в большей или меньшей степени ассоциирует себя с православной христианской общиной, родственники достаточно независимы друг от друга в проявлении их индивидуальности.

На Западе, понятие семьи без всяких преувеличений, можно сказать, приравнивается к святым, по крайней мере, общество ожидает этого от своих членов. В Северной Америке редко встретишь семью, даже молодую, с одним ребенком, а трое детей считается нормой. Для России же норма – единственный ребенок. Нельзя также забывать, что все российские семьи – это постсоветские семьи, где большинство их членов в большей или меньшей степени были или воспитаны или по крайней мере постоянно соприкасаются с остатками советской идеологии, то есть идеологи государства, где семейные узы были разрушены так, как ни в одном другом государстве. И это только некоторые контраргументы против утверждения, что в российском обществе семья имеет огромное значение.

Что же касается христианской нормы поведения «чти своих отца и мать», то это прекрасная модель, к которой общество должно стремиться, но никак не социальная практика. Во многих случаях, «непочитание» – это большая семейная проблема, но в других случаях – это необходимая защитная реакция детей.<sup>3</sup>

Можно привести еще массу примеров подобных противоречий. Но стоит понимать, что «дыма без огня» не бывает, поэтому необходимо выяснить причины разделения российского общества на сторонников и противников ювенальной юстиции.

---

1 [ [http://mirsovet.ru/sovety\\_jurista/juvenalnaya\\_justitsiya\\_za\\_i\\_protiv.html](http://mirsovet.ru/sovety_jurista/juvenalnaya_justitsiya_za_i_protiv.html)].

2 [ [http://mirsovet.ru/sovety\\_jurista/juvenalnaya\\_justitsiya\\_za\\_i\\_protiv.html](http://mirsovet.ru/sovety_jurista/juvenalnaya_justitsiya_za_i_protiv.html)].

3 [ [http://www.blagovest-yakutia.ru/index.php?option=com\\_kunena&Itemid=8&func=view&catid=10&id=314](http://www.blagovest-yakutia.ru/index.php?option=com_kunena&Itemid=8&func=view&catid=10&id=314)].



При изучении материала по данной теме я нашла весьма любопытную статью, содержание которой наиболее точно отражает причины острой полемики в обществе. В связи с чем приведу некоторые положения, которые отметил неравнодушный к этой проблеме автор в своей работе. Итак, первое, что отмечает он — это крайняя непримиримость сторон. Противники ювенальной юстиции, и ее фанаты, готовы биться до последней капли крови, не желая отдать ни пяди своему оппоненту. Также, точно замечает он, очень немногие готовы искать компромисс, готовы смотреть на вещи реалистически. Второе замечание — это крайняя небрежность в обращении с понятиями, как считает автор, свойственная противникам ювенальной юстиции. Что это такое, они представляют смутно. Как правило, для них ювенальная юстиция — это когда «придут в любую семью и отберут детей». Сторонники же ювенальной юстиции, пишет наблюдатель, похоже, никогда не слышали поговорки «гладко было на бумаге, да забыли про овраги» — они мыслят чисто формальными юридическими категориями, не слишком задумываясь, как всё это могло бы претвориться в реальной жизни.<sup>1</sup> Таким образом, получается, что «профессиональному взгляду, рассматривающему ювенальную юстицию как правовую основу социальной политики в отношении несовершеннолетних, противопоставляются популистские заявления, граничащие с истерикой».

Сторонники данной системы опираются, на положительный опыт зарубежных стран и сетуют о введении специализированной системы ювенальной юстиции, включающей в себя: административное производство, предварительное расследование, исполнение уголовных наказаний и других видов воздействия, а также деятельность по профилактике правонарушений. Также защитники ювенальной системы в России исходят из принципа, что ее главная идея - воспитательная, а не карательная. Противники же, опираются на негативный опыт, как зарубежных стран, так и отдельных регионов России, в которых уже введены некие отголоски ювенальной системы. Никаких научно сформулированных и обоснованных аргументов они не приводят.

Проблема становления и развития ювенальной юстиции в России связана, также с разным пониманием определения «ювенальной юстиции». Говоря о введении в России ювенальной юстиции, каждый подразумевает разное. Те, кто мыслит формальными юридическими категориями, и те, кто опирается лишь на ее внешние выражения. Даже среди наиболее квалифицированных ученых и специалистов все еще нет единого мнения о том, что же такое ювенальная юстиция», - пишет В. Ермаков.<sup>2</sup>

Чтобы определить предмет спора и конкретизировать его необходимо разработать план - программу ювенальной юстиции, в которой будут обозначены: 1) цель, задачи, методы введения ее в Российской Федерации; 2) обоснование необходимости введения данной системы; 3) дефиниции понятия «ювенальная юстиция»; 4) институты, которые будут создаваться (если таковые

---

1 [ <http://www.pravmir.ru/yuvenalnaya-yusticiya-shashechki-ili-exat/>].

2 См.: Миловидов Кирилл. Ювенальная юстиция: Вор должен сидеть... в семье.

Ювенальная юстиция- зерна и плевелы //Православный журнал «Нескучный сад», №12, декабрь, 2009 г.

нужны); 5) функции и полномочия органов, существующих в рамках данной системы; 6) ожидаемые результаты; 7) прогностические цели.

Иначе говоря, ювенальной системе необходим четкий регламент. Думаю, можно разработать несколько программ, а затем путем голосования выявить лучшую из них.

Будет правильным предоставить шанс каждому человеку определять для себя ту или иную позицию по данному вопросу. Не перечитывая множество разного материала с категорическими заявлениями, а путем предоставления гражданину достоверной и полной информации, источником которой должна стать предлагаемая выше план-программа. Ведь в большинстве случаев из-за недостатка информации и возникают споры. Общество переходит на новую ступень развития. Бывший советский нигилизм постепенно начинает выветриваться из нашего сознания. И это значит, что растет число людей, заинтересованных в своем будущем, будущем своих детей. На смену коллективизма приходит индивидуализм, требующий совершенно иного подхода со стороны государства.

## Направления совершенствования качества социальных услуг для несовершеннолетних г. Красноярска

Дыкуха Наталья Владимировна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Одним из наиболее распространенных механизмов оказания социальной помощи в России является предоставление социальных услуг тем или иным категориям населения, которые нуждаются в социальной защите и поддержке со стороны государства. Этот механизм предусмотрен Федеральным законом «Об основах социального обслуживания населения Российской Федерации».

Несовершеннолетние являются как раз той категорией, которая особо нуждается в предоставлении качественных услуг, так как в силу своего возраста они не всегда могут сделать выбор, что для них лучше, эффективнее и полезней.

В Российской Федерации под услугой понимается результат непосредственного взаимодействия исполнителя и потребителя, а также собственной деятельности исполнителя по удовлетворению потребности потребителя<sup>1</sup>. Таким образом, услуга в широком смысле представляет собой целенаправленную деятельность, результатом которой является удовлетворение потребностей клиента-получателя.

Что касается социальных услуг и их предоставления, то в настоящее время существуют некоторые противоречия относительно определения категорий населения, нуждающихся в получении социальных услуг, а также самого перечня действий по обеспечению населения жизненно важными благами и услугами. Согласно законодательству Российской Федерации под социальными услугами следует понимать действия по оказанию отдельным категориям граждан, клиентам социальных служб помощи. Клиентами социальных служб являются граждане, находящиеся в трудной жизненной ситуации (инвалидность, неспособность к самообслуживанию в связи болезнью, сиротство, безнадзорность, малообеспеченность, отсутствие определенного места жительства и др.)<sup>2</sup>. По мнению автора, данное понимание социальных услуг является очень узким и препятствует предоставлению социальных услуг, тем лицам, которые действительно в ней нуждаются, но по формальным признакам не подпадают под категорию «клиенты социальных служб». В свою очередь из-за сложности понимания, что собой представляет социальная услуга и кому она может быть предоставлена, страдает и само качество оказания социальной услуги.

На законодательном уровне к основным факторам, которые определяют качество социальных услуг, относят:

1. укомплектованность учреждения специалистами и их квалификация;

---

<sup>1</sup> Услуги населению. Термины и определения: Межгосударственный стандарт ГОСТ 30335-95/ГОСТ Р 50646-94

<sup>2</sup> Об основах социального обслуживания населения Российской Федерации: федеральный закон от 10.12.1995 № 195-ФЗ ст.2

2. состояние информации об учреждении, порядке и правилах предоставления услуг клиентам социальной службы;

3. учреждения и его структурные подразделения должны быть размещены в специально предназначенном здании (зданиях) или помещениях, доступных для инвалидов;

4. каждый специалист должен иметь соответствующее образование, квалификацию, профессиональную подготовку, обладать знаниями и опытом, необходимым для выполнения возложенных на него обязанностей;

5. наряду с соответствующей квалификацией и профессионализмом все сотрудники учреждения должны обладать высоким моральным и морально-этическими качествами, чувством ответственности и руководствоваться в работе принципами гуманности, справедливости, объективности и доброжелательности;

6. при оказании услуг персонал учреждения должен проявлять к клиентам максимальную чуткость, вежливость, внимание, выдержку, предусмотрительность, терпение и учитывать их физическое и психологическое состояние;

7. работа учреждений в области качества услуг должна быть направлена на полное удовлетворение нужд клиентов, непрерывное повышение качества услуг и эффективности социальной адаптации и реабилитации граждан, находящихся в трудной жизненной ситуации<sup>1</sup>.

Таким образом, качественная социальная услуга, оказываемая социальным учреждением или службой, представляет собой услугу доступную для всех несовершеннолетних и их семей, которые нуждаются в ней, максимально информируемую, т.е. информация о порядке и правилах предоставления, содержании услуги находится в свободном доступе, которую оказывают компетентные специалисты, с высоким моральными и морально-этическими принципами, руководствующиеся в работе принципами гуманности, справедливости, объективности и доброжелательности, главной целью которых является полное удовлетворение нужд клиента и непрерывное повышение качества оказываемой услуги и ее эффективность.

По мнению автора, в настоящее время, существуют разногласия между тем, что законодательно закреплено и тем, что действительно предоставляется в социальных учреждениях и службах. Большая часть молодежных центров, центров помощи семье и детям, реабилитационных центров, центров временного содержания несовершеннолетних г. Красноярска в настоящий момент испытывают трудности в привлечении хороших специалистов, которые компетентны в области детства, родительства, профилактики правонарушений несовершеннолетних, трудной жизненной ситуации, социально-опасного положения, вовлечения в социально-одобряемые формы поведения и т.д.

Если рассматривать информированность общественности о деятельности социальных учреждений, услугах и порядке их предоставления, то здесь ситуация еще труднее. В настоящий момент существует проблема

---

<sup>1</sup> Качество социальных услуг: национальный стандарт Российской Федерации ГОСТ Р 52142-2003, п.4

недостаточной информированности несовершеннолетних, их родителей и специалистов системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних о тех социальных услугах и учреждениях, которые будут полезны несовершеннолетнему и его семье в каждом конкретном случае.

Как уже упоминалось выше, работа учреждений в области качества услуг должна быть направлена на полное удовлетворение нужд клиентов. Зачастую для полного улучшения жизненной ситуации несовершеннолетнего недостаточно тех услуг, которые оказывает данное учреждение. Однако, взаимодействие с другими учреждениями, которые могут быть полезны их клиенту, либо незначительное, либо вообще отсутствует, так как специалисты слабо информированы и не всегда имеют представления, чем может быть полезны другие учреждения в каждом конкретном случае. Эта проблема, по мнению автора, одна из самых важных в сфере оказания качественных социальных услуг, так как только целостное воздействие и комплексный подход зачастую необходим для полного решения проблемы несовершеннолетнего и его семьи.

Направлением совершенствования качества социальных услуг, автор видит, внедрение ресурсной карты социальных услуг для несовершеннолетних г. Красноярска в практики работы специалистов системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних в г. Красноярске. Ресурсная карта социальных услуг представляет собой информационную брошюру адаптированную для читателя, которая содержит сведения в каких случаях стоит обращаться за помощью к специалисту, какую услугу, помощь можно получить, что необходимо для ее получения и какой специалист, учреждение может помочь в каждом конкретном случае.

Сейчас в Красноярске за несовершеннолетним, находящимся в трудной жизненной ситуации или социально-опасном положении закреплен Куратор случая или кейс-менеджер - специалист, сопровождающий несовершеннолетнего и (или) его семью с целью вывода из социально опасного положения. Куратор случая составляет на несовершеннолетних индивидуально-профилактическую программу, из эффективных социальных услуг г. Красноярска. Создание ресурсной карты существенно поможет Куратору случая для составления индивидуальных программ, так как будет содержать подробную информацию обо всех социальных услугах, оказываемых несовершеннолетнему и его семье в г. Красноярске.

## **Понятие процесса ресоциализации подростков, освободившихся из мест лишения свободы**

Мугако Анастасия Дмитриевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Никитина Наталья Александровна,  
ассистент кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

*«Человек не может жить на свете,  
если у него нет впереди ничего радостного»  
А.С. Макаренко*

Основной целью уголовно-исполнительной системы Российской Федерации, как и большинства других европейских государств, является исправление осуждённых и предупреждение совершения ими новых преступлений. В принятых ООН "Минимальных стандартных правилах обращения с заключёнными", отмечается, что данной цели можно добиться только в том случае, если по отбытии срока наказания и по возвращении к нормальной жизни в обществе правонарушитель оказывается не только готовым, но и способным подчиниться законодательству и обеспечить свое существование.

Не секрет, что длительная физическая изоляция в местах лишения свободы нередко способствует возвращению в общество озлобленного, психически неуравновешенного человека с высокой склонностью к совершению правонарушений. Исследования показывают, что примерно через 3 года пребывания «за решеткой» взрослый мужчина уже не боится тюрьмы, он боится «воли». У подростков и женщин этот срок в два раза меньше - год-полтора.<sup>1</sup> Человеку, вышедшему из тюрьмы, всегда достаточно трудно адаптироваться в обществе, найти свое место в жизни. Как все же удержаться и не вернуться обратно к той среде, к тому образу жизни, который и привел человека в тюрьму? Каким путем нужно идти? Готовиться к жизни на свободе необходимо уже в колонии.

Социальная, педагогическая, юридическая, воспитательная, психологическая работа с несовершеннолетними, совершившими преступления, направлена на предупреждение совершения ими новых преступлений, а так же является важным направлением профилактической работы. На наш взгляд, именно эти направления и составляют суть работы по ресоциализации подростков, совершивших преступления и находящихся в местах лишения свободы.

---

<sup>1</sup> Российский Тюремный Журнал / #2 -2009 -вопросы УДО «Адаптация и социализация после освобождения» Вячеслав Фатеев.

Для определения понятия «ресоциализация» авторами используются термины «социализация» и «десоциализация».

Социализация – это процесс становления индивида, как члена данного общества, освоение им ценностей, норм, поведенческих стандартов.<sup>1</sup>

Десоциализация – это нарушение не только социальных связей личности, но и изменение всего строя ее духовности, ослабление морально-нравственной сферы, изменение системы ценностей.<sup>2</sup>

Так, можно сказать, что ресоциализация является переходным звеном от десоциализации к социализации. Она направлена против социальной деградации личности.

Существует точка зрения, согласно которой определение понятия «ресоциализация» можно свести к двум основным подходам: понимание ресоциализации в широком и узком смыслах:

в широком смысле ресоциализация – это процесс исправления и перевоспитания ранее судимых лиц;

в узком смысле – это социальный процесс в постпенитенциарный период, когда происходят качественные изменения личности, перестройка взглядов, представлений, мотивационной сферы, поведения и т.д., находящие свое выражение в правопослушном поведении.<sup>3</sup> Таким образом, можно отметить, что в узком смысле ресоциализация относится исключительно к лицам, осужденным к лишению свободы, а в широком – ко всем категориям.

Так доктор юридических наук Курганов С.И. и доктор социологических наук Кравченко А.И. термин «ресоциализация» понимают исключительно в узком смысле, т.е. только в отношении лиц, осужденных к лишению свободы. И сводят процесс ресоциализации только к тому, чтобы «...нейтрализовать отрицательные последствия лишения свободы, облегчить адаптацию освобожденных к условиям свободной жизни...».<sup>4</sup>

Существует точка зрения, согласно которой к понятию ресоциализация достаточно близко понятие «реабилитация», под которым, например, авторы сборника «Социально-психологическая реабилитация осужденных подростков» понимают «... возврат необходимых возможностей и способностей к здоровой и полноценной жизни в обществе самой личности освобожденного из мест заключения...».<sup>5</sup> В данном случае достаточно сложным является определение понятий «здоровая» и «полноценная» жизнь. В буквальном смысле «здоровая» жизнь означает жизнь без каких-либо заболеваний, под которыми можно понимать, в том числе и социальное неблагополучие, и бесспорно, нам всем бы хотелось достичь такого состояния и для этих подростков, и для всех членов нашего общества, но, скорее всего, данная цель является иллюзорной. Недостижимым также является стремление к полноценной жизни, так как полноценность может определяться только самой личностью, для каждой

1 Еникеев М.И., Кочетков О.Л. Общая, социальная и юридическая психология: крат. энцикл. слов. М., 1997. С. 176.

2 Пищелко А.В., Сочивко Д.В. Реадаптация и ресоциализация. М., 2003. С.

3 Трубников В.М. Социальная адаптация освободившихся от наказания: дис./В.М. Трубников. – Харьков, 1991. – С. 54.

4 Курганов С.И. Кравченко А.И. Социология для юристов/С.И. Курганов А.И. Кравченко // Учеб. для вузов. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1999. – С. 111.

5 Лихтарников А.Л., Чеснокова Е.Н. Социально-психологическая реабилитация осужденных подростков / А.Л. Лихтарников, Е.Н. Чеснокова // - СПб., 2001. – С. 4.

личности критерии полноценности разные и стремиться к их достижению может только сама личность.

На наш взгляд более удачное определение понятия ресоциализация дает автор монографии «Ресоциализация несовершеннолетних осужденных» М. Н. Садовникова. В ее работе под ресоциализацией понимается комплексная система и результат социальной помощи, поддержки, защиты и педагогически целесообразного воздействия на конкретную личность в целях ее подготовки к жизни на свободе и формирования готовности удовлетворять свои потребности, интересы, права некриминальным способом и полноценно функционировать в обществе.

Основу процесса ресоциализации составляют:

- восстановление, сохранение, формирование социальных и лично-полезных связей и отношений осужденного,
- оздоровление его микросреды,
- включение в различные виды позитивной деятельности,
- разрешение собственных проблем и самосовершенствование на всех этапах лишения свободы.

Данные дефиниции вполне оправданно отражают то, что ресоциализация осужденных – это не только позитивные изменения личности правонарушителя, но и изменение системы его общественных связей, и отношение в микро и макросреде.

На IX Конгрессе ООН по предупреждению преступлений и обращению с преступниками (Каир, апрель-май 1995 г.) было принято практическое руководство по эффективному применению международных тюремных правил. Так, правило 58 гласит: «Целью и оправданием приговора к тюремному заключению или вообще к лишению свободы является, в конечном счете, защита общества и предотвращение угрожающих обществу преступлений. Этой цели можно добиться только в том случае, если по отбытии срока заключения и по возвращению к нормальной жизни в обществе правонарушитель оказывается не только готовым, но и способным подчиниться законодательству и обеспечить свое существование».<sup>1</sup>

По данным ГУФСИН России по Красноярскому краю, рецидивная преступность среди несовершеннолетних осужденных, освободившихся условно-досрочно из Канской воспитательной колонии, снизилась на 11,9%. Из 175 вышедших досрочно на свободу в 2009 году подростков повторно совершили преступление во время неотбытой части наказания 56, что составляет 32% (в 2008 году – 43,9%). Несмотря на общую тенденцию к снижению рецидивов среди несовершеннолетних, они все-таки остаются на достаточно высоком уровне.

Можно выделить ряд причин и условий, которые способствуют совершению подростками повторных преступлений:

- асоциальная направленность личности подростка;

---

<sup>1</sup> Как заставить стандарты работать: Практическое руководство по эффективному применению международных тюремных правил. – М., 1998. – С.31.



- незрелость досуговой сферы для подростков в возрасте 15–17 лет, особенно для подростков, имеющих криминальный опыт;
- невозможность трудоустройства несовершеннолетнего в соответствии с его образовательным уровнем и потребностями;
- непринятие мер по созданию условий для проживания подростка в семье после его возвращения из мест лишения свободы.

В России **нет специализированного органа (службы)**, который бы занимался решением данных проблем, а так же контролем и оказанием помощи подросткам, вышедшим из колонии.

Сама деятельность уголовно-исполнительных инспекций по Уголовно-исполнительному кодексу РФ и Положению об уголовно-исполнительных инспекциях не предусматривает оказание помощи в трудоустройстве, социальном сопровождении, то есть не имеет того реабилитационного насыщения и акцента именно на оказание социальных услуг, как это принято в других странах. Такой работой за рубежом занимаются **служба пробации**.

**Служба пробации - это государственное учреждение, которое заботится об общественной безопасности и помогает бывшим заключенным вернуться в общество.** Ее цель – сокращение рецидивной преступности и стимулирование правопослушного поведения, содействие включению правонарушителя в жизнь общества.<sup>1</sup>

**Одним из преимуществ службы пробации является то, что, в ней работают квалифицированные специалисты, деятельность которых направлена исключительно на специальный субъект, т.е. на несовершеннолетних, освободившихся из мест лишения свободы.**

В России ряд функций такой службы осуществляют молодежные центры, в которых подросткам оказывается как юридическая, так и психологическая помощь. Примером может быть Молодежный центр Октябрьского района города Красноярска на базе, которого создана экспериментальная площадка по разработке и апробации ювенальных технологий.

Одними из основных задач службы являются:

- разработка методик социального сопровождения для лиц, освобожденных из учреждений уголовно-исполнительной системы (в том числе досрочно), либо вернувшихся из специализированных учебно-воспитательных учреждений закрытого типа;
- участие в разработке и реализации индивидуальных программ по ресоциализации (социальной реабилитации), социальной адаптации несовершеннолетних, вернувшихся из мест лишения свободы;
- оказание психологической помощи, как для самих подростков, так и для членов его семьи.

Так, подобные центры совместно с исправительными учреждениями должны стремиться к тому, что бы осужденный изменился в лучшую сторону, что бы изменилось в лучшую сторону его отношение к обществу, другим людям, к нормам и правилам, существующим в обществе; должны создаваться

<sup>1</sup> Кубанцев С.П. Применение пробации и досрочного освобождения от отбытия наказания в виде лишения свободы в США // Журнал российского права. 2006. № 1. С. 121.

необходимые для этого условия, способствующие мотивации и помогающие осужденным самим ресоциализировать себя, а добиться этого исключительно изоляцией от общества не представляется возможным.

## **К вопросу об оправданности снижения возраста уголовной ответственности в Российской Федерации**

Муравьева Анастасия Сергеевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Никитина Наталья Александровна,  
ассистент кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Исследование данного вопроса обусловлено недавним обсуждением его в Государственной Думе, где было предложено разработать законопроект о внесении изменений в Уголовный Кодекс РФ, который снизит возраст уголовной ответственности. Инициаторы изменений пояснили: «Если он не будет написан до окончания весенней сессии, то попадет на обсуждение в осеннюю. Поводом послужило обсуждение данного вопроса в Общественной Палате».<sup>1</sup> Предварительно депутаты разъяснили, что планируется опустить нижний порог уголовной ответственности до 12 лет, но, разумеется, за совершение только тяжких и особо тяжких преступлений. Некоторые источники также указывают, что возможно снижение возраста ответственности по общему правилу, то есть за все преступления, с 16 до 14 лет.<sup>2</sup>

Вопрос о необходимости введения данного изменения сразу стал основой для дискуссий специалистов. Выявились сторонники и противники нововведения.<sup>3</sup>

Напомню, согласно ст. 19 УК РФ, уголовной ответственности подлежат только вменяемые физические лица, достигшие возраста уголовной ответственности; ст. 20 УК РФ указывает на нижнюю планку возраста уголовной ответственности по общему правилу – 16 лет, а также содержит перечень преступлений, за совершение которых лицо подлежит ответственности с 14 лет. Причем критерием выделения последних является не их повышенная общественная опасность, а возможность осознания этой опасности лицами, достигшими 14-летнего возраста.<sup>4</sup> Подтверждением этому может служить закрепление в перечне таких преступлений, как умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью, кражи, грабежа, вандализма. Эти преступления относятся к небольшой и средней категориям тяжести, однако, их социальное и правовое значение доступно пониманию подростка, поэтому недопустимость их совершения должна быть ясна и для 14-летнего лица.<sup>5</sup> Пока

1 Газета.ру, «Раньше сядешь», 1.03.12.

2 Газета РБК daily, «Из-за парты — за решетку», 01.03.2012.

3 Газета РИА Новости: «Эксперты не согласны с идеей снизить возраст уголовной ответственности», 11.03.2012; «Лукин допускает уголовное наказание подростков», 29.03.2012, и др..

4 Гаухман Л. Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001, С. 175.

5 Уголовное право России. Общая часть. Под ред. Рагога А.И. 3-е изд., с изм. и доп. - М.: 2009, - С. 163.

не ясно, коснутся ли изменения и этих преступлений, это зависит от того, каких целей хотят добиться их инициаторы.

Чтобы определить, стоит ли снижать возраст уголовной ответственности, нужно выяснить, какой критерий лежит в основании определения этого возраста и выяснить, какими переменами в этом критерии вызвана необходимость изменений. Согласно правовой традиции в российском (и зарубежном) уголовном законодательстве возраст субъекта преступления определяется по принципу достаточности социально-психологической зрелости для вменения ответственности. Правовой уклад, общественное сознание, свойственные человеческому обществу на различных этапах его развития, определяют различия в представлениях (и формальных признаках) зрелого возраста и, следовательно, возраста, достаточного для уголовной ответственности.<sup>1</sup> Соответственно, причиной снижения возраста уголовной ответственности должно являться изменение в развитии детей, то есть они с более раннего возраста, чем раньше, должны считаться зрелыми. Но можно ли считать, что в России наступил новый общественный период развития?

Инициаторы изменений указывают, что основной причиной, побудившей их к постановке вопроса о снижении возраста уголовной ответственности, стал резкий рост совершения тяжких преступлений лицами, не достигшими 14-ти лет, причем совершаются эти преступления с особой жестокостью.<sup>2</sup> Не ясно, исследован ли был вопрос относительно зрелости подростков, однако необходимость его исследования очевидна. Важно, чтобы данный вопрос был исследован не юристами, а представителями юридической психологии, обладающими для этого специальными методиками. В действительности, и юристы, и психологи говорят о необходимости проведения «репрезентативных исследований уровня психического и личностного развития», «соответствующих криминологических и психолого-психиатрических исследований».<sup>3</sup> Масштабные исследования по данному вопросу проводились, но можно ли опираться на исследования 10-летней и более давности? Тогда психологи, исходя из характеристики интеллектуального, волевого, личностного уровня развития несовершеннолетних, в основном соглашались с законодателем относительно 14-ти и 16-ти летних порогов.<sup>4</sup> Современные исследователи не сходятся во мнениях относительно уровня развития несовершеннолетних. Например, Уполномоченный при президенте РФ по правам ребенка Павел Астахов, считает недопустимыми снижение возраста уголовной ответственности, объясняя это неблагоприятным состоянием психического развития и психического здоровья современных подростков, в том числе и более медленным развитием. Он указывает, что происходит замедление темпов развития.<sup>5</sup> То есть вопрос об изменении критерия определения возраста уголовной ответственности – зрелости несовершеннолетних – однозначно не решен.

---

<sup>1</sup> Там же, С. 164.

<sup>2</sup> Газета.ру, «Раньше сядешь», 1.03.12.

<sup>3</sup> Милюков С. Ф. Российское уголовное законодательство: Опыт критического анализа. СПб., 2000. С. 55.

<sup>4</sup> Ситковская О. Д. Психология уголовной ответственности. М., 1998, С. 102.

<sup>5</sup> Газета Expert Online, «С 14 до 12», 2.02.2012.

Также, по словам депутатов, к решению о снижении возраста уголовной ответственности их подтолкнул международный опыт – уже универсальное обоснование для изменений в законодательстве РФ (как это было с реформами образования, бюджетной реформой и многими другими)<sup>1</sup>. Депутаты ссылаются на то, что во многих современных государствах порог уголовной ответственности ниже, чем в России. Действительно, найдется немало примеров в подтверждение вышесказанному: в Индии, Сингапуре и Ирландии уголовная ответственность может наступить уже с 7 лет, в Великобритании – с 10-летнего возраста, во Франции – с 13 лет. Причем тенденция к снижению во многих государствах прослеживается с 90-х годов XX века.<sup>2</sup> Например, в Великобритании в этот период произошли изменения в уголовном законодательстве, отменяющие часть презумпций, на которые ранее ориентировались суды при вынесении решений (1993 год – Законом о половых сношениях установлено, что мальчик в возрасте четырнадцати лет при наличии других условий наступления уголовной ответственности может быть обвинён как исполнитель в изнасиловании, 1998 г. – отменено общее правило, в соответствии с которым ребенок в возрасте до десяти лет и старше не способен совершить преступление). Соответственно, суды Великобритании в каждом конкретном случае обвинения ребенка до 14 лет устанавливали наличие обоих элементов преступления – *actus reus* (действие или бездействие) и *mens rea* (виновность), а также осознание ребенком факта причинения серьезного вреда.<sup>3</sup>

Еще одним ярким примером низкой планки возраста уголовной ответственности являются некоторые штаты США. Например: в УК Колорадо и Луизианы – десятилетний, в УК Джорджии и Иллинойса – тринадцатилетний, Нью-Гемшира и Техаса – пятнадцатилетний, а в УК Нью-Йорка – шестнадцатилетний минимальные возрасты привлечения к уголовной ответственности. В последнем, однако, говорится, что тринадцатилетний несёт уголовную ответственность за тяжкое убийство, а четырнадцатилетние и пятнадцатилетние, кроме того, за довольно широкий круг преступлений, в том числе за похищение человека, поджог, нападение, простое убийство, изнасилование и др.<sup>4</sup>

Но оправданно ли ссылаться на зарубежное законодательство по исследуемому вопросу? Даже если признать, что развитие подростков по всему миру благодаря процессам глобализации происходит более или менее равномерно, и всплеск детской и подростковой преступности, всколыхнувший Великобританию и США в 90-е, настиг и нашу страну, то можно ли говорить о наличии у нас условий для осуждения и, тем более, исполнения наказания для 12-летних правонарушителей?

В уже приведенных выше США, как правило, дела о преступлениях, совершённых лицами, не достигшими четырнадцати лет (например, в штатах

1 Газета.ру, «Раньше сядешь», 1.03.2012.

2 См.: Оганесян Л.Р. Возраст уголовной ответственности в уголовном праве зарубежных стран // Вектор науки Тольяттинского Государственного Университета. Специальный выпуск "Правоведение". - Тольятти: Изд-во ТГУ. 2009. № 2 (5), с. 113-115. С. 113.

3 Там же, С. 115.

4 Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. Под ред Козочкина И.Д. М.: Омега-Л, ИМПЭ, 2003, С. 108.

Алабама, Флорида, Нью-Джерси и Пенсильвания) или другого возрастного предела (10-летнего в Индиане, 15-летнего в Арканзасе и Виргинии, 16-летнего в Канзасе), рассматриваются только в порядке делинквентного производства в судах несовершеннолетних.<sup>1</sup> Кроме того, эти суды, принимая решение в соответствии со своей спецификой, обязаны осуществлять судебный надзор за работой детских учреждений, принимающих на себя работу с малолетними преступниками. Вообще, в большинстве государств, предусматривающих низкие пороги возраста уголовной ответственности, существуют специальные органы как для осуществления правосудия над несовершеннолетними, так и для исполнения наказаний. Существуют ли такие условия в Российской Федерации? Однозначно нет. На настоящий момент происходит лишь зарождение ювенальной юстиции, и, судя по тому, сколько дискуссий сложностей порождает данный вопрос, становление этого института в России займет еще очень долгое время.<sup>2</sup>

Вопрос наличия ювенальной юстиции принципиально важен для обоснования снижения возраста уголовной ответственности, потому как ею и уголовно-исполнительным законодательством достигаются разные цели. Главная цель ювенальной юстиции – предупреждение дальнейшей криминализации малолетнего преступника, возвращение его к нормальному социальному развитию.<sup>3</sup> Уголовно-исполнительное право также в ст. 1 УИК РФ провозглашает своей целью исправление осужденного и предупреждение совершения им новых преступлений, однако достигается ли эта цель? Уровень рецидива в России в среднем высок: 40,7% расследованных в 2011 преступлений совершено лицами, имеющими судимость; однако уровень рецидива среди несовершеннолетних преступников, отбывших наказание в колониях, еще выше: более 50% совершенных несовершеннолетними преступлений совершаются рецидивистами.<sup>4</sup> Эта цифра кажется невероятной с условием того, что несовершеннолетний за довольно короткий период (2-4 года) успевает понести наказание за одно преступление и совершить новое. Подростки, попадая в преступную среду, намного быстрее взрослых подвергаются преступному влиянию и намного сложнее возвращаются в нормальную жизнь.<sup>5</sup> Исходя из уровня рецидива, можно сделать вывод, что воспитательные колонии не являются эффективным средством исправления несовершеннолетних, а применяя такой вид наказания к лицам с 12-лет, мы получим лишь увеличение рецидивности. Соответственно, подвергая малолетних преступников наказанию в виде лишения свободы, законодатель добьется только временной изоляции правонарушителя от общества, при этом получая по истечении нескольких лет человека, для которого преступное поведение становится нормой.

---

<sup>1</sup> Там же., С. 138.

<sup>2</sup> По материалам портала «Ювенальная юстиция в России».

<sup>3</sup> А. Галкин Возвращение ювенальной юстиции в Россию // Российская юстиция № 7, июль 2002. С.2.

<sup>4</sup> Состояние преступности - январь-декабрь 2011 года. // [http://www.mvd.ru/ru].

<sup>5</sup> Козюля В.Г. Организация психологического обеспечения несовершеннолетних осужденных. // Преступление и наказание № 9 2002, С. 55.

Также депутаты предполагают, что возможное наказание напугает малолетних преступников, и они не будут совершать преступления.<sup>1</sup> Но так ли это? Высокая преступность малолетних объясняется вовсе не осознанием ими безнаказанности, а по иным причинам. Психологи среди таких причин называют психические нарушения и расстройства, которым подростки подвержены в большей степени, чем взрослые, и, разумеется, причины, детерминируемые обществом: социальное неравенство; разрушение социальной сферы ввиду разрушения системы образования, здравоохранения, культуры; низкий морально-этический уровень общества, разрушение семьи как общественной ячейки. Подростки сильнее взрослых подвержены действию и социальных причин, потому что их сознание только формируется за счет воздействия на них окружающего общества.<sup>2</sup> Соответственно, так как мотивация совершения преступления будет выше страха перед уголовным наказанием, введение ответственности для лиц до 14 лет не сократит количество совершаемых ими преступлений, а лишь повысит количество отбывающих наказание несовершеннолетних. А, как уже выяснилось выше, при сохранении нашей системы наказаний, к положительным результатам это не приведет.

Исходя из всего вышесказанного, можно сделать вывод, что снижение возраста уголовной ответственности – необоснованная мера, неспособная достичь целей, которые она может перед собой ставить. Безусловно, это можно рассматривать как ожидаемую реакцию законодателя на увеличение числа преступлений, совершаемых малолетними, потому что это – самая простая мера. Однако, как показывает история, самый простой путь далеко не всегда оказывается самым действенным и может быть чреват опасными последствиями. Прежде чем ставить вопрос о снижении возраста уголовной ответственности, необходимо подготовить соответствующую нормативную базу, комплекс мер профилактики, систему наказаний и органов, способных добиться целей этой системы, специалистов по работе с данной возрастной группой. На все это уйдут долгие годы, а пока что вопрос о снижении возраста уголовной ответственности стоит рассматривать как преждевременный.

---

<sup>1</sup> Газета.гу, «Раньше сядешь», 1.03.12.

<sup>2</sup> Криминология. Учебник для юридических вузов / Под редакцией проф. В. Н. Буракова, проф., академика В. П. Сальникова, проф., академика С. В. Степашина. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России. 1999. С. 537.

## **Особенности отбывания наказания несовершеннолетними в воспитательных центрах**

Синельников Дмитрий Андреевич,  
студент 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

За последние пять лет (с 2007 по 2011 г.) наблюдается устойчивая тенденция снижения количественных показателей преступности несовершеннолетних (2007 г. - 131965, 2008 г. - 107890, 2009 г. - 85452, 2010 г. – 78548, 2011 - 71910). Согласно данным упомянутой статистики МВД России, за прошедший 2011 год было выявлено 1 041 340 лиц, совершивших преступления, из них 65 963 несовершеннолетних, что составляет 6,3 % от указанного общего числа лиц<sup>1</sup>. Но хочется отметить, что преступность несовершеннолетних в стране падает, во многом, благодаря значительному уменьшению общего числа лиц этой возрастной группы. Так же, не стоит забывать и о том, что преступления несовершеннолетних обладают достаточно высокой латентностью, поэтому статистические данные о преступности несовершеннолетних не могут отразить в полной мере размеры данного негативного явления<sup>2</sup>. Некоторые исследования показывают, что распространенность преступлений, совершаемых несовершеннолетними, реально в несколько раз превышает ее зарегистрированную часть.

Уровень рецидива несовершеннолетних во все времена отличался некоторой стабильностью и в настоящее время он остается довольно высоким. Рецидивная преступность несовершеннолетних имеет высокую общественную опасность не только в силу своей распространенности, но прежде всего из-за своих последствий. Повторное совершение преступлений свидетельствует о формировании у несовершеннолетних стойкой противоправной установки. Впоследствии эти подростки превращаются в злостных рецидивистов, не поддающихся каким-либо мерам профилактического воздействия.

Российское общество сегодня очень озабочено проблемами детской преступности, проблемами детей, находящихся в трудном положении, а также вопросами беспризорности. Одним из направлений деятельности, для исправления данной ситуации, была выбрана система исполнения наказания.

В рамках совершенствования уголовно-исполнительной политики, предусмотрено изменение структуры отечественной пенитенциарной системы и

---

<sup>1</sup><http://www.mvd.ru>].

<sup>2</sup> Невский С.А. Деятельность органов внутренних дел по профилактике правонарушений несовершеннолетних // Проблемы развития ювенальной юстиции: взаимодействие федерального и регионального уровней. Орехово-Зуево, 2009. С. 82.



создание новых видов исправительных учреждений. Согласно «**Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года**», утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 г. N 1772-р<sup>1</sup>, было принято решение о преобразовании воспитательных колоний для несовершеннолетних в воспитательные центры для лиц, совершивших преступление в несовершеннолетнем возрасте.

Для опробования этих планов создаются, первые пять воспитательных центров на базе Алексинской воспитательной колонии в Тульской области, Можайской в Московской области, Белореченской в Краснодарском крае, Брянской воспитательной колонии, а также Канской воспитательной колонии в Красноярском крае.

Была разработана модель исправительного учреждения для несовершеннолетних осужденных нового типа. Она подготовлена с учетом положений проекта Концепции развития уголовно-исполнительной системы в Российской Федерации на период до 2020 г., на основе анализа международных стандартов пенитенциарной деятельности, отечественного и зарубежного опыта.

Итак, что следует понимать под воспитательным центром - это исправительное учреждение, предназначенное для исполнения наказаний в виде лишения свободы в отношении лиц женского и мужского пола, совершивших преступления в несовершеннолетнем возрасте, а также, при наличии условий, содержания под стражей несовершеннолетних подозреваемых и обвиняемых.

К моменту начала разработки «Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года» существовало 62 воспитательные колонии, три из которых предназначались для несовершеннолетних заключенных женского пола. Процесс преобразования ныне действующих воспитательных колоний в воспитательные центры планируется завершить к 2016 году, и в итоге сократить количество исправительных учреждений до 35<sup>2</sup>. Есть две точки зрения по этому поводу. С одной стороны: в 54 субъектах РФ у нас было 62 воспитательные колонии. Если в 2007 году в таких колониях содержалось 10 тысяч несовершеннолетних, то сейчас содержится около трёх тысяч. Возникает проблема экономической целесообразности, бюджет ежегодно расходует крупные суммы денег на содержание колоний, большинство из которых загружены менее чем наполовину. С другой же стороны несовершеннолетний должен отбывать наказание в исправительном учреждении максимально приближенном к территории его проживания. Этим решается вопрос сохранения старых социальных связей и приобретения новых социальных, душевных и духовных контактов, на которые мог бы опереться несовершеннолетний, находясь на свободе, что является обязательным условием профилактики рецидива правонарушения. Возможно ли, при данном подходе выполнение такой задачи,

---

<sup>1</sup> "Собрание законодательства РФ", 25.10.2010, N 43, ст. 5544.

<sup>2</sup> [http://\[фсин.рф\]](http://[фсин.рф]).

как повышение уровня социализации и психологической адаптации в постпенитенциарный период. Как нам кажется, в концепции должна быть, сформулирована задача создания воспитательных центров в каждом субъекте федерации.

Целями воспитательного центра является:

- исправление осужденных;
- предупреждение совершения новых преступлений как осужденными, так и иными лицами;
- обеспечение эффективной ресоциализации осужденных к условиям жизни в современном обществе на основе применения индивидуальных форм воздействия.

Для претворения этих целей в жизнь, в воспитательных центрах планируется сделать следующее:

Во-первых, предусматривается создание условий отбывания наказания, позволяющих стимулировать правопослушное поведение осужденных путем последовательного снижения уровня правоограничений (система «социального лифта»). В воспитательных центрах обеспечиваются следующие условия отбывания наказаний: обычные, облегченные, льготные и строгие. В обычных условиях отбывают наказание осужденные, поступившие в воспитательный центр, кроме ранее отбывавших лишение свободы и осужденных за умышленные преступления, совершенные в период отбывания наказания, а также осужденные, переведенные из облегченных, льготных или строгих условий отбывания наказания. Для перевода в облегченные условия отбывая наказания необходимо выполнить некоторые критерии. Например: не нарушать установленный порядок отбывания наказания; участвовать в воспитательных мероприятиях; выполнять порученную общественную работу и другие. В льготных условиях отбывают наказание осужденные, переведенные из облегченных условий за шесть месяцев до наступления срока условно-досрочного освобождения или окончания срока наказания и соответствующие таким критериям, как: не нарушает установленный порядок отбывания наказания, имеет поощрения; признает свою вину в совершенном преступлении; принадлежит к группе осужденных положительной направленности и другие. Льготные условия отбывания наказаний создаются за пределами охраняемой территории под надзором администрации. Осужденным в этих условиях разрешается: ношение гражданской одежды, пользование наличными денежными средствами и многое другое. В строгих условиях отбывания наказаний содержатся осужденные за умышленные преступления, совершенные в период отбывания лишения свободы и ранее отбывавшие лишение свободы, а также осужденные, признанные злостными нарушителями установленного порядка отбывания наказания и переведенные из обычных и облегченных условий отбывания наказания.

Во-вторых, за счет создания воспитательных центров двух видов (с обычным и усиленным наблюдением) обеспечивается раздельное содержание несовершеннолетних осужденных, имеющих наибольшую степень криминальной зараженности, и остальной части воспитанников.

Воспитательный центр с обычным наблюдением предназначен для отбывания наказания несовершеннолетними, впервые осужденными к лишению свободы. Воспитательный центр с усиленным наблюдением предназначен для отбывания наказания несовершеннолетними осужденными, ранее отбывавшими наказание в виде лишения свободы, а также несовершеннолетними, осужденными за совершение особо тяжких преступлений. Такое разделение будет способствовать предотвращению распространения криминальной субкультуры среди осужденных, а также повышению эффективности воспитательной работы с лицами, совершившими преступления в несовершеннолетнем возрасте, с учетом их уголовно-правовых характеристик. Так же разделение планируется проводить по полу (раздельное содержание лиц мужского и женского пола) и по возрасту (раздельно содержатся лица в возрасте от 14 до 16 лет, от 16 до 18 лет, от 18 до 21 года и старше).

В-третьих, изменится организация исправительного воздействия в воспитательном центре, предполагается отказаться от отрядной системы и перейти к индивидуальным и групповым формам работы. Предусматривается оптимизация численности несовершеннолетних осужденных в коллективах на основе мультидисциплинарного подхода. Важнейшей комплексной задачей, стоящей перед воспитательным центром, является деятельность психолого-педагогического и реабилитационного характера. Для реализации этой задачи в воспитательных центрах ликвидируется отрядное звено и создается сектор воспитательной работы, включающий группу осужденных в количестве 8 человек, за которым закрепляется социальный педагог. Психологическая работа проводится психологами воспитательного центра, из расчета 1 психолог на 16 осужденных. Социальную работу организуют социальные работники, из расчета 1 социальный работник на 32 осужденных.

А так же, очень важными изменениями является улучшение материально-бытовых условия для проживания осужденных. Предполагается их размещение в жилых помещениях по 4 человека, оборудованных санузлом и умывальником. Норма общей площади устанавливается из расчета 6 кв. метров на 1 человека, тогда как сейчас всего 3,5 кв. метров.

Очень интересным моментом в модели воспитательного центра является то, что предполагается минимизация элементов, характерных для тюремного учреждения. Решение данной задачи потребует внедрения современных инженерно-технических средств надзора, оснащение учреждения интегрированными инженерно-техническими системами охраны. Возможно, в итоге это позволит снизить в воспитательном центре численность сотрудников подразделений охраны и надзора, увеличить число сотрудников, выполняющих функции социальной, психологической и воспитательной работы с осужденными.

Еще одной, не менее интересной задумкой, является реабилитационный центр, который представляют собой отдельное здание, расположенное за пределами охраняемой территории воспитательного центра, включающее в себя весь комплекс помещений для изолированного содержания в комнатах по 4

человека, положительно характеризующихся осужденных, готовящихся к освобождению, под надзором, но без охраны.

И все же есть и очевидные недостатки: до сих пор остается не решенным вопрос с помещениями, функционирующими в режиме следственного изолятора. Будут ли они создаваться, и каким образом это может реализовываться? На наш взгляд, такого вопроса вообще не должно быть и эти помещения, безусловно, нужно создавать.

Предстоит еще много работы, в том числе и приведение нынешнего законодательства данной области в соответствие с новой концепцией. В любом случае, работа по преобразованию воспитательных колоний в воспитательные центры уже начата. И модель воспитательных центров выглядит неплохо. Ну а как она будет реализована, насколько удачно будут разрешены спорные вопросы, а главное, насколько удачно будут функционировать воспитательные центры для лиц, совершивших преступление в несовершеннолетнем возрасте, можно будет судить в ближайшем будущем, когда первый воспитанники этих новых учреждений европейского типа отбудут там свое наказание.

## **Восстановительный подход в системе обращения с несовершеннолетними правонарушителями**

Цехмистрова Наталия Павловна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Основной областью применения восстановительного подхода стало правосудие по делам несовершеннолетних. На Западе эта область отделена от общеуголовной и оформилась в форме ювенальной юстиции как специфического вида судопроизводства и социальной практики со своими ориентирами, целями, принципами и технологиями, которые при всем разнообразии национальных систем ювенальной юстиции являются достаточно общими. Как правовой институт ювенальная юстиция основана на философии возрастной защиты.

Л.М. Карнозова отмечает, что к числу основных принципов ювенальной юстиции относятся ее преимущественно охранительная направленность (ориентация в первую очередь на защиту прав ребенка) и индивидуализация обращения. Перечисленные ориентиры не могут быть воплощены исключительно в рамках юридической системы, и лишь с опорой на гуманитарные структуры, специализирующиеся на работе с детьми, достигаются поставленные цели. Это обстоятельство получило закрепление в виде еще одного принципа ювенальной юстиции - социальной насыщенности, указывающего на необходимость взаимодействия судов по делам несовершеннолетних с органами социальной защиты, социально-реабилитационными и медицинскими учреждениями, психотерапевтическими программами и т.п.<sup>1</sup>

Это означает, что рамка восстановительного правосудия имеет иной, нежели карательный или реабилитационный, ответ на преступление, поскольку иначе рассматривается само понятие преступления. Со стороны правонарушителя имеется в виду его принятие на себя ответственности за содеянное и заглаживание причиненного вреда. На полюсе жертвы - важно исцеление, удовлетворение нужд, порожденных преступлением. На полюсе общества - принятие, помощь, предоставление возможности для активной деятельности. Процедурой, реализующей восстановительный подход, является организация такой встречи сторон (посредничество).

---

<sup>1</sup>См. Карнозова Л.М. К модели восстановительной ювенальной юстиции // «Неволя». 2005. № 4. С. 22.

Данные встречи помогают жертвам восстановить чувство безопасности, дают возможность поделиться чувствами, возникшими в связи с криминальной ситуацией, и быть услышанными, получить ответы на волнующие вопросы, наконец, получить компенсацию за причиненный материальный ущерб. Для правонарушителей встречи создают условия для принятия на себя ответственности: правонарушитель совместно с жертвой принимает решение о размере и форме возмещения ущерба. Ближайшему социальному окружению они помогают восстановить мир в сообществе, сохранить активную роль в решении конфликтов за счет оказания помощи и поддержки, оказываемой сторонам процесса.

Принципиальное отличие от «реабилитационной» парадигмы состоит в том, что нарушитель не становится пассивным потребителем услуг по решению его проблем, он - активный ответчик, заглаживающий нанесенный им вред, а взрослые оказывают ему помощь и поддержку.

Таким образом, восстановительное правосудие «входит» в ювенальную юстицию с уже существующей социально-реабилитационной инфраструктурой, не отменяя ее, но привнося новые принципы и цели, в первую очередь: исцеление жертвы и обязательство правонарушителя по заглаживанию вреда. Это означает, что восстановительный подход ориентирован не на снисхождение к преступникам (и освобождение от ответственности любой ценой), а, напротив, - на подлинную ответственность. Наказание же (в особенности в виде лишения свободы) блокирует этот механизм.

Одновременно восстановительный подход иначе, чем в официальном правосудии, трактует и понятие ответственности. Ответственность правонарушителя в восстановительном правосудии включает:

- осознание последствий причиненного вреда;
- принятие обязательств по «заглаживанию» вреда;
- определение такой стратегии дальнейшей жизни, которая исключала бы криминальные способы решения проблем. При этом конструктивное обсуждение проблем правонарушителя и помощь ближайшего окружения в их решении создают условия для нормального возвращения человека в общество.<sup>1</sup>

Итак, чтобы восстановительный ответ на преступление состоялся, к моменту принятия судебного решения желательно, чтобы восстановительные программы были проведены, а реабилитационные программы начаты. В этом случае у судьи появляется возможность учесть в своем решении посткриминальное поведение подсудимого, предпринятые им шаги по заглаживанию вреда.

Л.М. Карнозова описывает механизм взаимодействия правонарушителя и потерпевшего при помощи посредников в восстановительном подходе. Так, получив в суде информацию о деле, с правонарушителем начинает взаимодействовать социальный работник. Он выясняет, среди прочего, и отношение подростка к совершенному преступлению. И если тот испытывает чувство вины, добровольно готов обсудить, как ему загладить вред,

---

<sup>1</sup>См. Организация и проведение программ восстановительного правосудия: Методическое пособие / Под ред. Л.М. Карнозовой и Р.Р.Макудова. М., 2006. С. 84.

причиненный потерпевшему, с ним встречается ведущий. Ведущий проводит одну или несколько встреч с правонарушителем и его родителями, а затем, убедившись в их готовности к встрече с потерпевшим, идет к потерпевшему. Такая последовательность диктуется тем, чтобы не нанести потерпевшему дополнительную психологическую травму: на контакт с ним ведущий выходит тогда, когда он готов сообщить, что нарушитель хочет с ним встретиться и загладить вред. Примирительная встреча, таким образом, проводится после предварительных контактов ведущего со сторонами.<sup>1</sup>

В отличие от существующих моделей официального уголовного правосудия, восстановительное правосудие строится на принципе самоопределения сторон, то есть передачи самим сторонам полномочий для поиска и принятия взаимоприемлемого решения.

Однако бывают ситуации, когда потерпевший отказывается от встречи с правонарушителем. Тогда ведущий вынужден работать в «усеченной» ситуации. Значит, необходимо переопределение основной задачи ведущего с учетом общих целевых установок восстановительной и ювенальной юстиции. В случае отказа потерпевшего можно говорить о редуцированных (неполных) программах восстановительного правосудия, но так или иначе для согласившегося участника программа должна иметь завершенную форму. Помня о главных целевых установках в отношении правонарушителя - осознание последствий совершенного преступления, обязательство загладить вред и формирование механизма ответственного поведения - следует продолжать работать в ориентации на достижение этих целей.<sup>2</sup>

Таким образом, восстановительная ювенальная юстиция - это не «сумма» традиционной социальной работы и программ примирения. Формирование такой системы детской юстиции предполагает разработку моделей, набора программ, технологий и правовых условий работы с несовершеннолетним нарушителем и потерпевшим, которые отвечали бы ценностям восстановительного подхода и особенностям детского возраста нарушителя.

Важно, чтобы из предыдущего рассуждения не было сделано ложного вывода, будто в восстановительной ювенальной юстиции потребности потерпевших оттесняются на периферию. В таком случае действительно произойдет искажение, принципиально меняющее суть подхода, и мы снова вернемся к процессу, центрированному на правонарушителя.

Напротив, фиксация ситуации с низким процентом участия потерпевших приводит в разных странах к развитию моделей программ восстановительного правосудия, в частности, к введению специалистов по работе с потерпевшими. Работа такого специалиста на ранних стадиях посткриминального периода помогает жертвам пережить последствия преступления и внимательно отнестись к возможностям программ восстановительного правосудия для решения возникших вследствие преступления проблем.<sup>3</sup>

---

1 См. Карнозова Л.М. К модели восстановительной ювенальной юстиции // «Неволя». 2005. № 4. С. 28-29.

2 Там же.

3 См. Морщакова Т.Г. К дискуссии о восстановительном правосудии // «Неволя». 2005. № 4. С. 16.

Как у всего нового, у восстановительной модели имеются как сторонники, так и противники. Многие нынешние противники восстановительного правосудия исходят из того, что оно влечет нарушение общепризнанных правовых принципов. Некоторые из этих принципов сложились уже давно, другие же являются для нас не такими устоявшимися, а только осваиваемыми в процессе демократических реформ, и поэтому воспринимаются как наши достижения последних этапов развития, от которых нельзя отказаться (тем более, когда они конституционно декларированы).

Однако принципы альтернативного правосудия не могут и не должны полностью совпадать с правовыми идеями, реализуемыми в обычном судопроизводстве. Есть правовые принципы, на которых может быть построено только государственное правосудие со своей системой требований, запретов и принуждения. И этим принципам не оказывается места в таких формах правосудия, как восстановительное. Прежде всего, к ним относится то, что многими правоведами определяется как принцип законности. Когда в нашей правовой системе идет речь о законности, то имеют в виду просто строгое следование имеющимся нормам закона и вовсе не имеют в виду, что эти законы должны отвечать неким «надзаконным» правовым принципам, включая такой, например, как принцип справедливости. И с таким узким пониманием законности каждый раз будет сталкиваться идея восстановительного правосудия, когда ее попытаются осуществить на практике.

Конечно, речь не идет об отрицании требования законности как установленной формальной меры равенства и справедливости. Просто необходимо идти дальше: от того, что формально законом признается как общеобязательное, к справедливости содержательной. Законы должны иметь правовое содержание, отвечать общепризнанным гуманитарным, нравственным стандартам. И при этом должны признаваться, в том числе, такие принципы, как уважение достоинства личности, обязательность восстановления нарушенного права, стремление к мирному урегулированию конфликта (если есть для этого определенные предпосылки), недопустимость ненужных несоразмерных ограничений (даже для правонарушителя), приоритет задач ресоциализации перед чисто «карательной» направленностью применяемых в таких случаях мер.

Что же касается прав потерпевшего, то этот вопрос очень не прост во всех процессах по уголовным делам, не только в процессах по делам несовершеннолетних. Как отмечает Т.Г. Морщакова, в России до сих пор подход к восстановлению прав потерпевших не отвечает ни международным стандартам их защиты, ни реальным потребностям в этой области. Считается, что права потерпевшего восстанавливаются в должной степени тогда, когда ему предоставлены широкие процессуальные возможности как лицу, выступающему на стороне обвинения: он вправе доказывать виновность обвиняемого, требовать строгого наказания, с этой же целью обжаловать судебные решения. И при этом не обращается должного внимания на то, чтобы реально, максимально был восстановлен нарушенный интерес потерпевшего. Представляется, что государство согласно конституционным предписаниям



должно обеспечивать потерпевшему не только доступ к суду, но и восстановление его прав независимо от того, найден ли их нарушитель. Права потерпевшего не могут быть защищены с помощью простого правила «око за око». Этот старый принцип ничему не учит кроме агрессии и никому не помогает - он не обеспечивает ни объективного обвинения, ни реальной поддержки жертве преступления. Восстановительное правосудие здесь демонстрирует большую эффективность.<sup>1</sup>

Таким образом, исходя из вышесказанного, можно сделать вывод о том, что восстановительный подход в системе обращения с несовершеннолетними правонарушителями - это новый взгляд на то, как обществу необходимо отвечать на преступление. Здесь важно понять, что работа с несовершеннолетними правонарушителями ведется в двух рамках - ювенальной юстиции и восстановительного правосудия. Важным в восстановительном подходе является обращение не только к несовершеннолетнему правонарушителю, но и к нуждам пострадавшей стороны, что часто упускается при традиционном реагировании на конфликты и правонарушения.

Суть предлагаемого подхода состоит в том, что всякое преступление приводит к осознанию правонарушителем причиненного им вреда и возникновению желания загладить вред, нанесенный жертве, а не только к наказанию правонарушителя за содеянное. Государство и социальное окружение жертвы и правонарушителя должны создавать для этого необходимые условия.

Таким образом, ядром программ восстановительного правосудия являются встречи жертвы и обидчика, предполагающие их добровольное участие. А содержание принимаемого на встрече соглашения не навязывается со стороны, а формулируется на основе предложений участников, что является фактическим гарантом его выполнения.

---

<sup>1</sup>См. Морщакова Т.Г. К дискуссии о восстановительном правосудии // «Неволя». 2005. № 4. С. 18.

## **Определение содержания понятия «субкультура» и его применение к сообществам несовершеннолетних, сформировавшимся в рамках пенитенциарных учреждений. Мониторинг как способ изучения субкультур**

Чащина Ирина Александровна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Никитина Наталья Александровна,  
ассистент кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Говорить о сообществах несовершеннолетних, сформировавшихся в рамках пенитенциарных учреждений, преступлениях, совершаемых несовершеннолетними под влиянием так называемой «криминальной субкультуры», и возможной профилактике таких преступлений, необходимо с сущностным представлением о таком явлении как «субкультура». В понимании сущности субкультуры нельзя ограничиваться только описательным языком, т.е. феноменологией. Для подлинного понимания того, почему субкультура появилась, почему она привлекательна как для отдельной личности, так и для групп молодых людей, необходимо, тщательно анализируя, выяснить, ответом на какие социальные и личностные противоречия она является. Важно понять, каким потребностям в своей специфичности она отвечает. Необходима реконструкция социально-психологических оснований возникновения субкультур для формирования представления об объекте у работников соответствующих служб и разработки эффективной программы профилактики преступлений, совершаемых подростками в постпенитенциарный период. Полное представление о субкультуре может помочь наиболее эффективно проводить воспитательные мероприятия.

Сегодня термин «субкультура» вошел в обиход современного человека и у каждого вызывает свои эмоции и ассоциации, но говорить о наличии представления о данном явлении нельзя, в силу его многоаспектности и многогранности. На наш взгляд, субкультуру нужно воспринимать нейтрально, имея представления обо всех её достоинствах и недостатках. Субкультуру имеет смысл рассматривать как социальное явление, имеющее предпосылки к появлению в социальной структуре и укладах общества или сообщества. Но для того, чтобы объективно говорить о теме, важно определиться с пониманием слов «культура» и «субкультура».

Определений слову «культура» в различных источниках встречается множество. Этот термин обладает огромным количеством смысловых оттенков (культура ума, культура чувств, культура поведения, физическая культура). Слову «культура» в период с 1871 по 1912 год было дано 7 определений, в период с 1920 по 1950 год их число возросло до 150. Только в отечественной литературе насчитывается более 400 определений, а всего на данный момент

точное количество исчисляется четырехзначными числами<sup>1</sup>. В чем же причина такого разнообразия? Культура выражает всю глубину и неизмеримость человеческой жизни. А многие исследователи отображают только какую-то одну сторону культуры. Мы изучили определения, даваемые этому понятию, и сочли наиболее удобным и отражающим суть понятия определение, данное Л. Г. Иониним в работе «Социология культуры»<sup>2</sup>.

Итак, мы понимаем под культурой присущую данному обществу или большой социальной группе систему ценностей, представлений о жизни и поведенческих кодов, определяющих образ жизни (и жизненный стиль), т.е. нечто специфическое в способе самовыражения индивида, социальной группы, народа.

Субкультуру же принято считать определенной системой ценностей, традиций, обычаев, жизненных стилей, установок, присущих более мелкой социальной общности. Атрибуты, ритуалы субкультур как устойчивые образцы поведения, а также свойственные им ценности, как правило, отличаются от таковых в господствующей культуре, хотя с ними и связаны<sup>3</sup>. Изучив материалы, представленные в Интернете, мы столкнулись со следующими определениями термина: субкультура - это свод накопленных определенным мировоззрением ценностей и порядков группы людей, объединённых специфическими интересами, определяющими их мировоззрение. Также субкультура — суверенное целостное образование, часть общественной культуры. С точки зрения культурологии, субкультуры — это такие объединения людей, которые не противоречат ценностям традиционной культуры, а дополняют её. Субкультуру часто связывают с неформальными молодежными объединениями. Изначально «субкультурой» называли обязательно молодежные группы, и, прежде всего, те ее части, которые социологами считались девиантными.

Субкультура отличается от традиционной культуры особым сленгом, стилем одежды, взглядами на жизнь, манерами поведения. М. Брейк отмечал, что субкультуры как «системы значений, способов выражения или жизненных стилей» развивались социальными группами, находившимися в подчиненном положении, «в ответ на доминирующие системы значений: субкультуры отражают попытки таких групп решить структурные противоречия, возникшие в более широком социальном контексте»<sup>4</sup>.

У. Берроуз говорил, что под субкультурой социальных групп следует понимать основные характеристики социальных ценностей, норм и предпочтений, находящие отражение в социальной позиции и в других формах самопроявления личности (своего рода внутренняя культура индивида, из которой складывается макрокосм).

По элементам субкультуры – языку, манере поведения, одежде, музыке, литературе, кинематографу, отношению к закону и т. д. – то есть духовной и

1 Гуревич П.С. «Культурология», Учебник – 3-е изд., 2000 г. – 280с.

2 Ионин Л.Г. «Социология культуры», М., «Логос», 1996 г. – с. 165-166.

3 Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б.С. «Социологический словарь» / Пер. с англ. под ред. С.А. Ерофеева, Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1997. – с. 325.

4 Екинцев В.И. «Девиантное поведение в молодежных субкультурах», Забайкал. Гос. Гум. пед. ун-т, Чита 2007 г. – 154 с.

материальной культуре, можно судить о характерных особенностях коллективного сознания и поведения социальной группы по отношению к внешнему миру.

Таким образом, мы не видим единства в представленных определениях. М. Брейк делает акцент на «жизненных стилях», У. Берроуз на «характеристике социальных ценностей и норм». Но в большинстве определений можно выделить общее: субкультура неотделима от понятия культуры, и в основе её лежат специфические ценности.

В российском законодательстве определение термину «субкультура» не дается, о представителях данных социальных групп в ином контексте так же не упоминается. Многие исследователи данного вопроса, в том числе и Левикова С.И., отмечают, что для любой молодежной субкультуры характерна оппозиция к обществу, поскольку на данном этапе их развития молодые люди не могут получить от общества желаемого<sup>1</sup>. Следует отметить, что далеко не все молодежные субкультуры, находясь в оппозиции, вырастают в криминальные и требуют принятия профилактических мер. В литературе встречается два подхода к определению криминальной субкультуры. Ряд авторов понимают криминальную субкультуру в широком смысле, а именно как образ жизнедеятельности лиц, объединившихся в криминальные группы и придерживающихся определенных законов и традиций. Другие авторы понимают под криминальной субкультурой исключительно тюремное сообщество. Кожевников отмечает, что субкультура, основанная на тюремном законе, - феномен не только широко распространенный, но и обладающий огромной устойчивостью, способный к самовоспроизведению, самовозрождению и регенерации. То есть феномен не только социальный, но и теперь уже культурный. А с культурными явлениями можно бороться и пытаться воздействовать на них только культурными же средствами<sup>2</sup>. Остановимся подробно на криминальной субкультуре сложившейся в рамках пенитенциарных учреждений. Изучение этой субкультуры помогает понять неформальные законы, по которым живет тюремное сообщество, оценить происходящие в ней изменения, изучить внутренние вопросы воспроизводства правонарушений в исправительных учреждениях, научиться управлять этим явлением и, наконец, поставить эти знания на службу закону и борьбе с правонарушениями и преступлениями в пенитенциарных учреждениях<sup>3</sup>. Следует добавить, что внутреннее понимание причин и сущности криминальной субкультуры поможет выстроить наиболее эффективный механизм работы с несовершеннолетними преступниками. Субкультура, складывающаяся в рамках пенитенциарных учреждений усилиями в первую очередь отрицательно ориентированных осужденных, их групп, особенно лидеров этих групп, она образует иной уровень регулирования отношений - неформальный, в отличие от формального, создаваемого законами и

---

1 Левикова С.И. О готах, готике и больном российском обществе // *Общественные науки и современность*. 2006. N 4. С. 163.

2 Кожевников Т.С. Криминальная субкультура в местах лишения свободы и меры ее профилактики // *Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление*", 2008, N 2.

3 Кутякин С.А. Криминальная субкультура в местах лишения свободы России // *"Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление"*, 2008, N 4.

подзаконными нормативными актами. От активности или, наоборот, пассивности реализации норм криминальной субкультуры во многом зависит состояние правопорядка в пенитенциарных учреждениях, эффективность деятельности администрации в достижении конечного результата - исправления осужденных и предупреждения рецидива преступлений<sup>1</sup>. Криминальная субкультура – это классический пример субкультуры, который характеризуется высокой степени закрытости и противоречия нормам права. В отличие от субкультур, которые изучаются в рамках социологии и культурологи, тюремная субкультура отличается тем, что вступление в нее зачастую не является осознанным решением индивида, данная субкультура представляет собой искусственно созданный социум, к которому несовершеннолетний вынужден приобщиться, попав в пенитенциарное учреждение. Так же, следует отметить, что формируемые в рамках конкретных пенитенциарных учреждений субкультуры уникальны, динамичны и требуют изучения на уровне каждого учреждения. С нашей точки зрения необходимо введение системы мониторинга в пенитенциарных учреждениях, с целью изучения формирования неформальных сообществ и их основных установок. Общий смысл различных определений понятия «социальный мониторинг» сводится к обозначению мониторинга как системы регулярного (с заданной периодичностью) сбора информации, ее анализа и оценки с использованием заранее выбранных индикаторов, контролирующих состояние каких либо процессов<sup>2</sup>. Исходя из такого определения, можно выявить следующие функции социального мониторинга:

- выявление текущего состояния, тенденций и вектора изменения исследуемых процессов и явлений, в отношении которых предполагается разрабатывать программу действий на будущее;

- установление связи с различными элементами исследуемой среды, формирование каналов обратной связи с целью получения информации о плюсах и минусах реализуемой политики, проектов или программ;

- проверка соответствия предмета исследования существующей законодательной и нормативно-правовой базе, утвержденным правилам и процедурам, контрактным обязательствам и т.д.<sup>3</sup>. Данная функция наиболее актуальна, так как на данный момент понятие «субкультура» законодательно не закреплено, и сложно стандартизировать и привести в соответствие с существующей картиной правила и процедуры воспитательного характера, существующие в пенитенциарных учреждениях. Мониторинг может проводиться в различных формах, в форме анкетирования, фокус – групп с осужденными в пенитенциарных учреждениях, методом включенного наблюдения. Принципиальна систематичность и фиксированность мероприятий, связанных с мониторингом, и учет уникальных особенностей субкультуры в конкретно взятом пенитенциарном учреждении.

---

1 Антонян Ю.М., Верещагин В.А., Алманов Г.Б. Тюремная субкультура и нейтрализация ее негативных проявлений // Государство и право. 1996. N 10. С. 72.

2 Стороженко И.В. Методологические основы антикоррупционного мониторинга в криминологическом значении // Российская юстиция. 2010. N 9. С. 56 - 60.

3 Кривокозов И.А. Социальный мониторинг: теоретико-методологическое обоснование, статистический анализ. М.: РАУ, 1994.

## **Определение жестокого обращения с детьми на примере административной практики Пермского края**

Чернова Ирина Геннадьевна,  
ассистент кафедры социальной работы  
Пермского государственного национального исследовательского  
университета

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Проблема защиты несовершеннолетних от жестокого обращения становится все актуальнее в современной России. За девять первых месяцев 2011 года в России 48,1 тысяча несовершеннолетних стали жертвами преступлений, из которых 723 ребенка погибли, более 1 тысячи детей причинен тяжкий вред здоровью; против 4,9 тысяч несовершеннолетних совершены преступления сексуального характера. Не меньше фиксируется и случаев жестокого обращения с детьми в семьях. По официальным данным МВД России за данный период были взяты на учет 45,5 тысяч родителей, а по фактам домашнего жестокого обращения возбуждено 4048 уголовных дел<sup>1</sup>. В Пермском крае в 2011 году 3 тысячи 290 несовершеннолетних стали жертвами жестокого обращения<sup>2</sup>. Высоким (11,0 в 2009 году) остается и коэффициент латентности преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ «Неисполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего»<sup>3</sup>.

Сегодня государство понимает, что настолько латентную проблему невозможно решать только карательными методами, выявляя и фиксируя жестокое обращение с детьми. Большой упор на профилактику жестокого обращения делается в разных регионах России со стороны общественности. В основном ведется системная работа по вторичной профилактике, то есть работа с жертвами жестокого обращения и их обидчиками. Первичная профилактика занимает лишь малый процент от всей проводимой работы в данном направлении.

В Пермском крае на сегодняшний день системной работы по профилактике жестокого обращения с несовершеннолетними не ведется. Существуют отдельные нормативные акты, устанавливающие механизмы взаимодействия субъектов системы профилактики; социальные проекты, акции и единичные мероприятия. Так, согласно Постановлению КДНиЗП Пермского края от 22.09.2009 года № 5/3 предлагается механизм взаимодействия субъектов

---

<sup>1</sup> См.: Брынцева Г. 7 тысяч обид // Российская газета. Столичный выпуск. 12.10.2011. №5604 (228). Полоса 10.

<sup>2</sup> Абдулина Т.Ю. 8 лет. Итоги // <http://abdyllinatu.wordpress.com/>. 19.03.2012.

<sup>3</sup> Иншакова С.М. Теоретические основы исследования и анализа латентной преступности. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 231.

системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних по выявлению фактов жестокого обращения с несовершеннолетними. Согласно данному Постановлению в Пермском крае определен термин «жестокое обращение с детьми», а также даны рекомендации по определению признаков насилия. Таким образом, под жестоким обращением с детьми в практике Пермского края признано понимать «действия (или бездействия) родителей и других лиц, наносящее ущерб физическому или психическому здоровью ребенка (побои, избиения, угрозы в их адрес, внушение чувства страха и т.п.), а также покушение на их половую неприкосновенность».

К сожалению, в науке и практике до сих пор не существует единого понятия «жестокое обращение с детьми», отсюда противоречивое определение признаков данного деяния и его квалификации как преступления по статье 156 УК РФ. По-мнению, судьи Верховного Суда РФ С.А. Разумова, жестокое обращение «может быть выражено в избиении, издевательствах, унижении человеческого достоинства, отказе в питании, ограничении в свободе передвижения и т.д.»<sup>1</sup>. И.К. Вагина считает, что «жестокое обращение – это действия или бездействия, причиняющие ребенку физические или психические страдания: побои, издевательства, заперение на длительное время в помещении, оскорбление, лишение пищи, воды, тепла, света, неудовлетворение иных жизненно важных потребностей»<sup>2</sup>. В литературе существует и мнение, что жестокое обращение является специфическим способом совершения данного преступления, и под ним понимается, причинение ребенку страданий путем нанесения ему побоев, лишения его пищи и воды, крова и т.п.<sup>3</sup> А.Н. Игнатов определяет жестокость через «не предоставление несовершеннолетнему питания, в заперении в помещении одного на долгое время, в систематическом унижении его достоинства, издевательствах, нанесении побоев и т.п.»<sup>4</sup>. А.А. Осипова понимает под жестоким обращением с детьми лишь «намеренное нанесение ребенку телесных повреждений одним из родителей или лицом, осуществляющим заботу о ребенке»<sup>5</sup>. П.Г. Пономарев под жестоким обращением понимает «систему такого поведения виновного по отношению к несовершеннолетнему, которое выражается в постоянных издевательствах, унижении чести и достоинства несовершеннолетнего, нанесение побоев, телесных повреждений, истязании, лишении свободы, одежды, пищи, жилища и иных действий, тяжело травмирующих психику и физическое здоровье потерпевшего»<sup>6</sup>. Жестокое обращение может выразиться, по мнению А.С. Михлина и В.А. Казаковой, «в побоях, истязаниях, причинении вреда здоровью, лишении пищи и воды, одежды и обуви, а также в насилии или угрозе насилия в отношении ребенка, оскорблении его человеческого достоинства, лишении

1 Комментарий к Уголовному кодексу РФ/ под ред. В.М.Лебедева. М., 2010 // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012; Комментарий к Уголовному кодексу РФ/ под ред. Н.А. Громова, М., 2007 // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012.

2 Комментарий к Уголовному кодексу РФ/ под ред. А.А. Чекалина. М., 2006 // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012.

3 Практика применения УК РФ. Комментарий судебной практики и доктринальное толкование// под ред. Г.М.Резника. М., 2005 // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012.

4 Комментарий к Уголовному кодексу РФ/ под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева. М., 2000 // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012.

5 Осипова А.А. Справочник психолога по работе в кризисных ситуациях. Ростов н/Д, 2005. С. 226.

6 Российское уголовное право. Особенная часть/ под ред. А.И. Рагога. М., 2008. С. 148-149.

тепла, света, содержания его взаперти, в клетке, на цепи и т.д.»<sup>1</sup>. Все эти и большинство определений, имеющих в научной литературе, не дают четкого понимания самого понятия «жестокое обращение с несовершеннолетним», так как просто перечисляют те действия или бездействия, которые попадают в объективную сторону данного состава. Определенное, данное в Постановлении КДНиЗП Пермского края, также настолько общее, что не представляет возможности его применять на практике для квалификации совершенного деяния.

В Приложении к данному Постановлению предложены рекомендации по определению признаков:

- физического насилия (это раны и синяки, ожоги, укусы, «синдром тряски ребенка»);
- психического насилия, т.е. эмоционально дурного обращения с детьми (это обвинения в адрес ребенка (брань, крик), принижение его успехов, унижение его достоинства, отвержение ребенка, длительное лишение ребенка любви, нежности, заботы и безопасности со стороны родителей, принуждение к одиночеству, совершение в присутствии ребенка насилия по отношению к супругу или другим детям, причинение боли домашним животным с целью запугать ребенка);
- сексуального насилия, т.е. это любой контакт или взаимодействие, в котором ребенок сексуально стимулируется или используется для сексуальной стимуляции.

Также, в данном документе упоминается еще один вид жестокого обращения с детьми – отсутствие заботы о детях (или пренебрежение потребностями ребенка), под которым понимается «невнимание к основным нуждам ребенка в пище, одежде, медицинском обслуживании, присмотре».

Проанализировав предложенные данным Постановлением КДНиЗП категории, можно сделать следующие выводы:

1. КДНиЗП Пермского края предлагает использовать в практической деятельности субъектам профилактики широкое понимание жестокого обращения с детьми, под которое могут подпадать самые разнообразные деяния в отношении несовершеннолетних.
2. Признаки физического насилия определены достаточно четко и применимы в практике выявления факта жестокого обращения с ребенком. Единственный возникающий вопрос: разграничение составов статьи 156 УК РФ, где законодатель упоминает термин «жестокое обращение», и иных статей УК РФ (особенно составов, предусмотренных главами 16 и 17 УК РФ).
3. Признаки психического насилия имеют расширенное толкование, поэтому деяния, отнесенные к этой категории, не имеют границ законного и незаконного поведения. Так, например, обвинение в адрес ребенка, принуждение к одиночеству иногда может иметь воспитательный характер. Особо обращено внимание на деяния, которые происходят в

---

<sup>1</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации /под ред. В.Т. Томина, В.В. Свечкова. М., 2010. // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012; Комментарий к Уголовному кодексу РФ /под. ред. В.И. Радченко. М., 2009. С. 250.



присутствии ребенка (насилие в отношении взрослого, иного ребенка, животного). По данным фактам в науке и практике до сих пор ведется спор о признании или непризнании таких деяний жестоким обращением.

4. Признаки сексуального насилия и отсутствия заботы о детях не описаны в данном документе, имеется лишь общее определение каждого. Отсюда на практике данные категории в пограничных случаях будут редко применяться.

Еще одна проблема возникает в толковании объективной стороны статьи 156 УК РФ, имеющей два признака<sup>1</sup> («неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего» и «жестокое обращение с несовершеннолетним»), которые в результате анализа данного Постановления получаются равнозначными. Жестокое обращение с детьми невозможно без неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей по воспитанию ребенка и наоборот. Например, истязание ребенка и/или просмотр порнографии в присутствии ребенка это и жестокое обращение, и ненадлежащее исполнение обязанностей; отсутствие у ребенка одежды это и жестокое обращение, и неисполнение обязанностей и т.д.

На мой взгляд, данные категории («неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего» и «жестокое обращение с несовершеннолетним»), нужно четко разграничивать в законодательстве РФ по содержательной характеристике деяния. На сегодняшний же день в России единого мнения по данной проблеме нет, и отсюда возникает разнообразная правоприменительная практика в разных регионах страны.

---

<sup>1</sup> Уголовный кодекс РФ: Федеральный закон от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 07.12.2011) // [электронный документ] (СПС «Консультант Плюс»). Проверено 14.03.2012.

## Процедура примирения с потерпевшим в Германии на примере проекта «Рукопожатие»

Чуприков Роман Александрович  
студент 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Никитина Наталья Александровна,  
ассистент кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

*«Война заканчивается только по обоюдному согласию»  
«Killer Elite»*

Как правило, при произнесении слова «правосудие» (например, уголовное правосудие) в сознании большинства людей возникает образ преступника, ожидающего справедливое наказание. И, значит, именно назначение наказания — это то, чего ожидают от органов правосудия в первую очередь. Но в связи с преступным событием возникает множество различных конфликтных «околопреступных» ситуаций, разрешение которых не менее важно, чем исполнение функций правосудия. Жертва часто остается в стороне, наедине со своими страхами и волнениями, а ведь именно реабилитация пострадавшего, возвращение его к нормальной жизни в социуме должны стать одними из задач для правосудия.

Среди ученых и практиков существует мнение, что уголовное правосудие в России преимущественно носит карательный характер. Понятие «правосудие» можно найти в Большом юридическом словаре: «Правосудие - форма государственной деятельности, которая заключается в рассмотрении и разрешении судом отнесенных к его компетенции дел - об уголовных преступлениях, о гражданских спорах и др.». Однако, в научной литературе есть точка зрения, что правосудие, можно разделить на три части: раскрытие преступления, розыск преступника и его наказание.<sup>1</sup> При этом часто в практике осуществления правосудия никакого внимания не обращается на проблемы жертвы. Она остается одна со своими переживаниями, что может привести к различным психологическим проблемам: депрессии, апатии, приступам гнева. В конечном итоге все это приводит к потере доверия к окружающим и даже к появлению желания отомстить. Зачастую для жертвы не играет особой роли, как и насколько строго накажут преступника. На самом деле, жертве важно, чтобы лично преступник ответил на волнующие ее вопросы: «почему я?», «повторится ли это со мной?», «не я ли виноват в этом?», «что я ему сделал?».<sup>2</sup>

1 Ткачев В.Н. Освобождение несовершеннолетних от уголовной ответственности и восстановительное правосудие :Дис. ... канд. юрид. наук./ В.Н. Ткачев. – Ростов н/Д., - 2002. – 197 с.

2 Карнозова Л.М., Максудов Р.Р. Организация и проведения программ восстановительного правосудия. Методическое пособие / Л.М. Карнозова Р.Р. Максудов.// - Москва 2006-2010. – с.106

Ответы на данные вопросы могут сыграть «позитивную роль» как для жертвы (жертва в психологическом плане сможет чувствовать себя защищенной, и будет доверие к окружающим), так и для преступника. Дело в том, что в Российской Федерации действуют положения статьи 76 УК РФ «Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим». Так же существует Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров (медиации)», который закрепляет процедуру медиации, способствующую примирению сторон, но данный закон не предусматривает разрешение уголовно-правового конфликта, как, например, в Германии. В связи с этим видится возможным внедрение института медиации в практику правосудия в России.

В представленной работе был произведен анализ российского и немецкого законодательств, и сделано это было по нескольким причинам:

1. Российская и немецкая уголовно-правовые системы принадлежат к германо-романской правовой семье, имеют общие корни<sup>1</sup>, поэтому будет эффективным изучить и, по возможности, перенять положительный опыт той страны, право которой больше всего схоже с российским.

2. В Германии сложилась гармоничная законодательная база по разрешению уголовных дел с участием несовершеннолетних. Так, например, в 1953 году вступил в силу закон «О суде по делам несовершеннолетних» (Jugendgerichtsgesetz), который действует по настоящее время с некоторыми изменениями.

Вышеуказанный закон «О суде по делам несовершеннолетних» (Jugendgerichtsgesetz) фактически является аналогом норм российского УК о несовершеннолетних, однако мы можем выделить особенности данного закона:

1. Возраст субъектов: от 14 до 21 года.

2. Орган назначения наказания — суд по делам несовершеннолетних.

3. Большинство мер, представленных в законе, носят штрафной характер.

4. По сравнению с Уголовным кодексом ФРГ, закон имеет большее количество санкций для более «правильного» назначения наказания, которые будут учитывать индивидуальные особенности личности.

5. С 2008 года вводится «превентивное задержание».<sup>2</sup> К превентивному задержанию можно отнести следующие виды:

— неотложная принудительная госпитализация лица, нуждающегося в психиатрическом лечении;

— помещение в медицинский вытрезвитель.

В Германии существует большое количество социальных программ, инициируемых различными негосударственными фондами, направленными на урегулирование конфликта-преступления, возникшего по вине несовершеннолетнего. К таким программам можно отнести проекты:

1 Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: учеб. для юридических вузов / М.Н. Марченко. // – М.: Зерцало, 2001. – с. 496-474.

2 Свободная энциклопедия [Электронный ресурс]. – Электрон, дан. – [USA]: Jugendgerichtsgesetz (Deutschland). – Режим доступа: [http://de.wikipedia.org/wiki/Jugendgerichtsgesetz\\_\(Deutschland/](http://de.wikipedia.org/wiki/Jugendgerichtsgesetz_(Deutschland))

«Waage» («Весы»), «Handschlag»<sup>1</sup> («Рукопожатие») и т.д. Урегулирование конфликта преступления происходит как до судебного процесса (дело от прокурора или же полицейского попадает «на стол переговоров»), так и практически включено в судебный процесс, т.е. от судьи дело передается на процедуру примирения преступника и жертвы, и если процедура не состоялась, дело возвращается обратно к судье. В Германии данный вид деятельности используется не только в качестве экспериментальной, но и часто входит, в программы психологической и социальной работы с несовершеннолетними, что говорит о ее эффективности.

Проект «Рукопожатие» создает условия для примирения преступника и жертвы через урегулирование несправедливости, возникшей в результате совершения преступления. Цель данного проекта: при непосредственном контакте жертвы и преступника урегулировать конфликт и сгладить подавленное психологическое состояние от причиненного вреда, т.е. данный проект имеет явную направленность на психологическое состояние жертвы. Процедура примирения проходит при участии посредника (третья сторона между преступником и жертвой), который задает некие рамки, т.е. темы для беседы сторон, например:

1.Беседа об инциденте (зачастую это первая встреча жертвы и преступника после совершения преступления, при этом стороны могут «просто сесть и поговорить» за «столом переговоров»).

2.Поиск путей решения возникшего конфликта (стороны самостоятельно принимают решение, без давления со стороны кого-либо).

3.Определение размера и формы компенсации причиненного ущерба, на которые согласны обе стороны.

При обращении к данной процедуре стороны и посредник обязаны соблюдать принципы, на которых основана процедура примирения, среди которых хотелось бы выделить: *добровольность* (стороны добровольно соглашаются на вступление в данную процедуру, а так же могут в любой момент по своему желанию «выйти» из нее), *конфиденциальность* (вся информация, сказанная во время процедуры примирения, не выйдет за рамки «стола переговоров»), а так же *равноправие* (каждая из сторон находится в равном положении, с точки зрения возможности осуществления действий).

Жертва в процедуре примирения, которую предлагает проект «Рукопожатие», может:

1.Обозначить преступнику последствия его действий (возникшие убытки, чувства (гнев, обида, досада, возмущение и т.п.)).

2.Достигнуть возмещения возникших убытков (при этом не государству, а лично жертве).

3.При внесудебном урегулировании спора значительно снизить психологический дискомфорт, который, как правило, существует при разрешении конфликта в судебном порядке; кроме того, нет необходимости нести судебные расходы.

---

<sup>1</sup> ProjektHandschlagReutlingen [Электронныйресурс]. – Электрон, дан. – [De].:ProjektHandschlagReutlingen. – Режим доступа: <http://www.projekt-handschlag.de/>

Данные возможности, которые предоставляются жертве, помогают ей в достаточно полной мере обеспечить ее права.

Хочется также отметить, что в Германии дело (т.е. уголовно-правовой конфликт) в большинстве случаев направляется на процедуру примирения прокуратурой или органами полиции. Основываясь на принципе равноправия, в ходе процедуры медиации, преступник, как и жертва, имеет некоторые возможности, которые может реализовать, а именно:

1. Выразить свою точку зрения на конфликт и на причину его возникновения (например, жертва сама спровоцировала преступника).

2. Показать, что он раскаивается, что он воспринимает чувства жертвы всерьез.

3. Избежать судебного наказания.

К тому же, и преступник, и жертва могут:

1. Вместе урегулировать начатый конфликт (в отличие от судебной процедуры, примирение заканчивает конфликт, а не порождает новые «постсудебные» конфликты).

2. Сгладить (устранить, по возможности) взаимные предубеждения и достигнуть примирения.

3. Избежать «ненужной» судебной тяжбы.

Результатом данной процедуры, служит соглашение, которое принимают и на которое согласны обе стороны. В данном соглашении предусматривается форма возмещения вреда, которая может выражаться в следующих формах:

1. Извинение.

2. Подарок.

3. Возмещение ущерба.

4. Возмещение неимущественного ущерба и т.д.

Если все участники с результатами процедуры, достигнутыми в результате проекта «Рукопожатие», согласны, то посредники направляют об этом сообщение в прокуратуру и суд. Для правосудия в этом случае есть возможность учесть результат примирения при назначении наказания (в том числе и прекратить судебное разбирательство).

Благодаря данной процедуре и жертва, и преступник могут остаться удовлетворенными, как в материальном, так и в психологическом плане, при этом осознав и разрешив сложившийся конфликт.

Мы считаем, что если применить данный проект на практике в России, то можно:

**1. Достигнуть основные цели уголовного наказания, т.е.:**

*а. Восстановление социальной справедливости, а именно при установлении компенсации будут учитываться интересы<sup>1</sup>:*

— Преступника, который заинтересован в назначении ему минимального наказания, т.е. компенсации, а посредством процедуры примирения он, практически, сам выбирает порядок, размер и форму компенсирования, с которыми соглашается, а так же избавляется от «социального клеймения»;

---

<sup>1</sup> Становский М.Н. Назначение наказания. / М.Н. Становский // - СПб.: Юридический центр Пресс, 1999. – С. 18.

—Потерпевшего, который заинтересован, в своем представлении, в назначении максимального наказания, а посредством процедуры примирения он, как и преступник, сам влияет на выбор компенсации, а так же на ее размер. При этом если одна из сторон не согласна с компенсацией, то дело направляется в суд;

—Общества, которое видит, что государство создало такой институт, посредством которого обеспечивает правопорядок в обществе, институт эффективный, способный разрешать возникшие конфликты, восстанавливать общественные отношения, нарушенные преступлением;

—Государства, которое не теряет, возможно, в будущем, человека (трудовой ресурс), возвращает «исправленное» лицо в общество.

*в.Исправление осужденного — в рамках программы преступник сам добровольно идет на процедуру внесудебного урегулирования спора и пытается сам уладить конфликт. В ходе ее часто происходит переоценка ценностей, собственного поведения, формирование уважительного отношения к жертве, следовательно, создаются условия для исправления личности.*

*с.Предупреждение появления новых преступлений — преступник при проведении процедуры, которую предлагает проект «Рукопожатие», может понять, как жертва относится к совершенному преступлению, понять ее чувства, какой вред ей был причинен, последствия своего поступка и, возможно, откажется от совершения преступлений в будущем.*

**2. Не обойти вниманием жертву,** которая сможет влиять на исход процедуры примирения, а так же общаться с преступником, задавать интересующие ее вопросы. Существуют так же процедуры, где жертва может не встречаться с преступником с глазу на глаз, но при этом может принимать участие в процедуре (например, через посредника);

**3. Программы примирения позволяют несовершеннолетнему избежать наказания в виде лишения свободы,** а значит, тем самым будет уменьшен поток несовершеннолетних, у которых существуют проблемы с ресоциализацией после отбытия наказания в исправительных учреждениях;

**4. Снизить затраты на содержание исправительных учреждений,** т.к. количество несовершеннолетних осужденных будет уменьшаться, необходимость в учреждениях исправительного типа будет падать.

Все это позволит достигнуть целей, которые стоят перед правосудием, наказанием, уголовно-исполнительной системой, системой профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних

В Красноярском крае есть условия для продвижения подобных проектов (программ-фильтров). Они могут реализовываться в рамках деятельности Ювенальной службы Красноярского края. Кроме того, возможно создание отдельных центров восстановительного правосудия, в которых будут реализовываться данные проекты. Проекты, аналогичные «Рукопожатию», не только помогут разрешить существующие конфликтные ситуации, но также будут иметь большое значение в сфере профилактической деятельности.

Поэтому стоит помнить о том, что проблему всегда легче предотвратить, чем пытаться ее решить, когда она уже существует.

## **Введение в проблему социального менеджмента в ювенальной юстиции. Критерии эффективности**

Шайдуллина Алия Хамитовна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щедрин Николай Васильевич,  
д.ю.н., профессор кафедры деликтологии и криминологии  
Юридического института СФУ

Появление такого направления в правосудии как ювенальная юстиция вероятно обусловлено целым рядом причин. Которые свидетельствуют о том, что старая система правосудия не показала себя эффективно функционирующей в рамках российского законодательства и сложившейся социально-экономической ситуации. Наиболее актуальными сейчас как раз являются вопросы о том, чем старая система не удовлетворяет современным тенденциям, а также, какие критерии можно выделить для их сопоставления.

Необходимость наличия достоверных данных, на которых можно было бы основывать разработку всеобъемлющих успешных программ по реформированию системы правосудия в отношении несовершеннолетних (ювенальной юстиции), была установлена Межучрежденческой группой по правосудию в отношении несовершеннолетних Управления Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности ещё в 1997 году. Экономический и Социальный Совет в своей резолюции 1997/30<sup>1</sup> обратился к научному сообществу с просьбой оказать содействие в выявлении общих проблем, подборке примеров надлежащей практики и анализе общего опыта и потребностей, что, в свою очередь, будет способствовать разработке стратегического подхода к оценке потребностей и к предложению эффективных мер. Учитывая, что в настоящее время недостаточность данных по оценке надлежащей практики всё также имеет место быть, всё также актуален вопрос разработки общих критериев для разработки и оценки программ в сфере правосудия в отношении несовершеннолетних, а также для выявления примеров надлежащей практики, основанной на соблюдении прав ребенка, которые определены в Конвенции о правах ребенка и других международных нормах и стандартах. Ожидается, что выработанные в результате этого процесса критерии станут полезным руководством по разработке и оценке соответствующих программ.

При разработке основанных на фактах программ необходимо проводить мониторинг и оценку результатов осуществления таких программ, что позволит определить, насколько достигнутые результаты соответствуют программным

---

<sup>1</sup> «Критерии разработки и оценки программ реформирования системы правосудия в отношении несовершеннолетних», Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2011 год.



целям. Также необходимо, чтобы результаты оценки были проанализированы и учтены при разработке будущих программ, а также, чтобы надлежащая практика и уроки, извлеченные при осуществлении предыдущих программ, были выявлены и использованы при разработке последующих мер реагирования. Для выполнения этих условий необходимо разработать методы и процедуры эффективного измерения, а также четкие критерии оценки результатов программ. Разработка программ должна основываться на передовой практике и на уроках, которые были извлечены из опыта прошлых программных инициатив в различных контекстах. При определении надлежащей практики следует в большой степени опираться на результаты прошлых оценок. Эти оценки сделают возможным определение надлежащей практики, которая может быть воспроизведена на национальном, региональном или международном уровне. Эти критерии должны отображать двоякую роль реформ правосудия в отношении несовершеннолетних: защита детей и их прав, а также защита общества посредством предупреждения преступности и рецидивизма.

На мой взгляд, эффективность действий различных органов в сфере социальной политики в отношении несовершеннолетних напрямую зависит от заданного вектора (целей, задач, предполагаемых результатов). Во-первых, как показывает многолетний опыт различных стран, преуспевающих в данном вопросе, основными трудностями здесь возникают в согласовании общих показателей и критериев оценки. Во-вторых, не менее актуальным остаётся вопрос сбора и анализа статистических данных. Ведь, чтобы измерить прогресс в деле предупреждения преступности среди несовершеннолетних и достижения целей защиты детей, необходимо наличие исходной информации о совершенных несовершеннолетними преступлениях и надежных показателей степени эффективности системы отправления правосудия в отношении детей, вступивших в конфликт с законом. Разработка таких показателей требует наличия статистических данных, сбор которых в настоящее время по большей части не проводится на систематической и достоверной основе. Важной задачей является составление национальной статистики в отношении ювенальной юстиции и преступности среди несовершеннолетних. Ее легче решить в контексте более широкого и функционального процесса сбора, анализа и распространения статистических данных о преступности и правосудии.

Имеется множество способов проведения мониторинга эффективности системы ювенальной юстиции. Общим для всех подходов является систематический сбор данных о воздействии эффективности и адекватности существующих мер реагирования на преступность среди несовершеннолетних в плане осуществления прав и обеспечения наилучших интересов ребенка. Системы мониторинга нередко измеряют реальные действия относительно установленных стандартов. Адекватность существующих мер реагирования оценивается в соответствии с нормативной базой или конкретными целями, поставленными перед системой. В случае ювенальной юстиции такая нормативная база обычно обеспечивается положениями конституции страны, касающимися защиты прав и свобод человека, а также обязательными для

исполнения международно-правовыми нормами, которые определены в Конвенции о правах ребенка, Международном пакте о гражданских и политических правах и других международно-правовых документах.

Один из наиболее широко известных разработок в области критериев оценок это руководство по оценке показателей в сфере ювенальной юстиции Детского фонда Организации Объединенных Наций и Управления Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности ("Руководство по оценке показателей в области правосудия в отношении несовершеннолетних"). Оно основано на наборе из 15 показателей: 11 динамичных количественных показателей и 4 (результативность, эффективность, воздействие, устойчивость) показателя в области политики. Вместе взятые, эти показатели представляют собой структуру для оценки и представления конкретной информации о положении детей, вступивших в конфликт с законом. Разработка этих показателей не преследовала цель предоставления всеобъемлющей информации о всех возможных аспектах проблематики детей, вступивших в конфликт с законом, или о системе ювенальной юстиции в той или иной стране. Скорее, они представляют базовый набор данных и обеспечивают инструментарий сравнительного анализа, который создает основу для оценки, исследования и разработки услуг и политики. Эти показатели (или приравненные к ним) могут быть применены для предоставления постоянного и очень полезного, хотя и ограниченного, способа мониторинга результатов программ. Поэтому они могут быть интегрированы в разработку системы оценки программ.

Выбранные 11 общих задач вытекают из двойственности целей разработки программ для ювенальной юстиции: а) защита ребенка и права детей; и б) обеспечение общественной безопасности и предупреждение преступности. Несмотря на то, что для каждой общей задачи могут быть установлены ряд промежуточных задач, в данном документе не рассматриваются такие комплексные случаи. Работа с 11 общими задачами позволяет объяснять, как такой метод поможет сфокусировать будущие дискуссии по поводу оценки программы и определению надлежащей практики. При разработке процедуры оценки программы используются различные виды измерений промежуточных и конечных результатов и воздействия с учетом конкретных характеристик и задач программы, а также доступность данных, имеющиеся ресурсы, отведенное время и прочие ограничения, в условиях которых будет проводиться оценка. Несмотря на это, можно считать, что для всех оценок программ может быть полезным предварительное определение методов измерения общих конечных результатов и мер воздействия, связанных с основными целями, которые обычно преследуются в рамках реформ ювенальной юстиции.

Также интересен социальный проект Пермской области «Реформирование системы профилактики социального сиротства (организационно-экономическая модель управления системой)»<sup>1</sup>. В нём специалистами отдела по защите прав детей администрации Пермской области и совместно с Высшей Школой

---

<sup>1</sup> «Критерии эффективности системы профилактики социального сиротства», Администрация Пермской области, отдел по защите прав детей, пермский филиал Высшей Школы Экономики.

Экономики был предложен подход к оценке программ на основе механизма анализ затраты – эффективность («cost-effectiveness analysis»).

Для того чтобы использовать данный механизм для анализа эффективности системы, необходимо интегральный социальный показатель каждого уровня отнести к затратам на функционирование каждого из них.

Социальная эффективность функционирования каждого уровня системы ювенальной юстиции может быть охарактеризована набором частных критериев социальной эффективности. Практическую значимость система частных критериев приобретает только в том случае, когда на основе анализа конкретной системы или сравнения нескольких систем между собой, можно было бы сделать однозначные выводы относительности социальной эффективности их функционирования. Таким образом, ряд критериев, объединенных определенным однородным признаком, необходимо интегрировать в один комплексный критерий. Агрегирование, очевидно, можно проводить внутри каждого уровня системы, в основе данного агрегирования лежит значимость различных частных критериев эффективности функционирования системы. Оценка значимости производится на базе экспертной информации в формате определенной методики, формализованной в оценку веса каждого из частных критериев в интегральном. Таким образом, на каждом уровне формируется интегральный критерий социальной эффективности. Используя полученные результаты можно провести анализ затраты-эффективность любой системы в динамике. Однако, в связи с существенным различием в социально-экономическом развитии муниципальных образований сопоставление полученных критериев эффективности функционирования СПСС в различных территориях некорректно. Интерпретация полученных критериев должна осуществляться с учетом уровня социально-экономического риска той или иной территории. Классификация территорий по уровню социально-экономического риска может осуществляться с помощью статистических процедур кластерного анализа в пространстве ключевых показателей социально-экономического развития.

При выборе показателей и выработке процедур измерения оценщики обычно сталкиваются с двумя видами проблем. Адекватность процедуры измерения обычно оценивается с точки зрения ее применимости (измеряет ли процедура то, что необходимо измерить?) и надежности (стабильность самой обычно применяемой процедуры измерения). Оба условия взаимосвязаны – если метод измерения не надежен, то измерения последствий не годны.

Кроме того, выбор показателей иногда осложняется проблемой, которая известна как "атрибуция результатов". Выбор показателей должен основываться на хорошем знании факторов (отличных от самой программы), которые могут повлиять на какой-либо показатель. На показатели могут оказывать влияние многие факторы, независимые от оцениваемой программы, что может создавать дополнительные трудности при определении того, какие из наблюдаемых последствий могут быть атрибутированы к программе, а какие – к внешним факторам. Изменения могут быть измерены, но почти невозможно определить,

является ли это изменение результатом программы или какого-либо другого фактора или меры воздействия.

Особого внимания требует также ситуация с внедрением механизма оценки программ в сфере ювенальной юстиции. А именно проблематичность таких его этапов как, например, сбор данных. Ведь ни для кого не секрет, что система профилактики правонарушений, связанных с несовершеннолетними скептически принимается обществом. Самое простое и прозрачное анкетирование в школах на предмет выявления неблагополучности и насилия в семьях вызвало бурю негодований со стороны родителей и учителей. Воспринятая как вторжение в частную жизнь и провокацию семейных конфликтов данная практика уже скорее не сможет быть полноценно и объективно использована для социологических исследований. Думаю, что проблема здесь напрямую связана с отсутствием информированием населения о приоритетных целях и задачах в области социальной политики и разъяснительной деятельности в этой сфере.

На основании вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что неразработанность содержания и механизмов осуществления такого понятия как ювенальная юстиция имеет место быть, и в ближайшее время данной сфере системы юстиции предстоит некоторое переустройство, перераспределение функций, которым в свою очередь должен предшествовать тщательный анализ действующих мер, необходимых изменений, новых потребностей и всего аппарата правосудия в целом.

# Международное публичное и частное право

## **Использование института «добрых услуг» в предупреждении геноцида**

Артёмова Евгения Владимировна,  
студентка 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна, к.ю.н., доцент кафедры  
международного права  
Юридического института СФУ

Генеральный секретарь ООН Пан Ги Мун по случаю 13-й годовщины геноцида в Руанде подчеркнул: «Предотвращение геноцида — долг всех и каждого в отдельности. Каждый вносит свою лепту: правительства, средства массовой информации, организации гражданского общества, религиозные группы и каждый из нас. Давайте же развивать и укреплять глобальное партнерство против геноцида. Давайте защищать народы от геноцида тогда, когда их собственные правительства не смогут или не станут делать этого».<sup>1</sup>

В апреле 2004 года Бывший Генеральный секретарь ООН Кофи Аннан, выступая по случаю десятой годовщины геноцида в Руанде, предложил следующий план действий по предупреждению геноцида: 1) предотвращение вооруженных конфликтов; 2) защита гражданского населения в условиях вооруженного конфликта; 3) необходимость покончить с безнаказанностью, используя систему правосудия национальных или международных судов; 4) сбор информации и создание системы раннего предупреждения; 5) необходимость принятия быстрых и решительных мер по ряду вопросов, в том числе в отношении военного вмешательства.<sup>2</sup>

Г.Х. Стэнтон, сотрудник Госдепартамента США, в 1996 году выделил восемь стадий геноцида: 1) классификация; 2) классификация и символизация; 3) дегуманизация; 4) организация; 5) поляризация; 6) подготовка; 7) истребление; 8) отрицание.<sup>3</sup> На первых шести стадиях геноцида предупреждение является самым необходимым и эффективным способом защиты. На седьмой стадии предупреждения как такового уже нет, здесь можно говорить о противодействии геноциду, а на восьмой стадии речь может идти уже только о восстановлении и реабилитации жертв. Геноцид тесно связан с определённой территорией, поэтому меры предупреждения в первую очередь должны быть разработаны на национальном уровне. Это должно поддерживать всё международное сообщество.

В 2005 году на Саммите тысячелетия было отмечено, что именно предотвращение и урегулирование смертоносных конфликтов должны быть главным элементом всех наших усилий: они охватывают повышение

1 <http://www.un.org/ru/preventgenocide/rwanda/neveragain.shtml>.

2 [http://www.un.org/russian/basic/sg/messages/2004/genocide\\_04.htm](http://www.un.org/russian/basic/sg/messages/2004/genocide_04.htm).

3 Gregory H. Stanton. '8 stages of genocide' // <http://www.genocidewatch.org/images/8StagesBriefingpaper.pdf>.

национальных возможностей по регулированию конфликтов, продвижению демократии и верховенства права и пресечению потоков стрелкового оружия и легких вооружений, а затем выливаются в прямые практические меры превентивного характера, такие, как использование добрых услуг, миссии Совета Безопасности ООН и превентивное развертывание.<sup>1</sup> Генеральный

Секретарь ГА ООН в докладе 2005 года подчеркнул важность и необходимость использования невооружённых способов разрешения конфликтов, уделив особое внимание посредничеству. Он отметил, что за последние 15 лет благодаря использованию «добрых услуг» закончилось больше гражданских войн, чем за прошлые два столетия, и это произошло в значительной степени потому, что ООН создавала возможности для переговоров, обеспечивала стратегическую координацию и предоставляла ресурсы для выполнения мирных соглашений.<sup>2</sup> В роли посредника, призванного распространять информацию о причинах геноцида и тенденциях его распространения, заблаговременно обращать внимание соответствующих сторон на опасность возникновения геноцида, вести разъяснительную работу и мобилизовывать усилия в поддержку принятия надлежащих мер, выступает Специальный советник по предупреждению геноцида.<sup>3</sup> Однако усилий одного органа явно недостаточно.

Эффективным элементом восстановительного правосудия, посредством которого достигается ускорение уголовного судопроизводства (*de lege ferenda*), финансовая экономия и эффективное восстановление нарушенных прав потерпевшего, – является медиация по уголовным делам.<sup>4</sup> В статье 33 Устава ООН медиация была признана в качестве одного из методов разрешения международных конфликтов. С 2000 года медиация стала активно применяться для урегулирования межкультурных, межнациональных, этнических, цивилизационных, экономических, торговых и военных конфликтов. В Рекомендации № R (2003)20 Комитета министров Совета Европы от 24 сентября 2003 года говорится о том, что государства «должны предоставлять возможность жертве воспользоваться преимуществами медиации, восстановительного правосудия».<sup>5</sup>

Медиацию как средство примирения конфликтующих сторон и как основополагающий элемент национально-международного предупреждения геноцида необходимо использовать во всех случаях, когда того требует обстановка в каждом конкретном государстве. Представляется, что при предупреждении геноцида должна использоваться особая процедура медиации, существенно отличающаяся от обычной медиации по уголовным делам.<sup>6</sup> Геноцид это особо опасное международное преступление, разрушающее основополагающие права человека, подрывающее мир и безопасность, и

1 Доклад Генерального секретаря ГА ООН № A/59/2005, п. 106 // <http://www.un.org/russian/largerfreedom/part4.htm>.

2 Доклад Генерального секретаря ГА ООН № A/59/2005, п. 108 // <http://www.un.org/russian/largerfreedom/part4.htm>.

3 <http://www.un.org/ru/preventgenocide/adviser>.

4 Маткина Д.В., Перспективы развития конвенциональной формы уголовного судопроизводства и конвенциональной формы внесудебного разрешения уголовно-правового спора (медиации) в России // ВЕСТНИК ОГУ, 2010 №3 (109), стр. 109.

5 Рекомендация № R (2003)20 КМСЕ от 24 сентября 2003 г. // СПС Консультант плюс.

6 Zartman, William. Preventive Negotiation: Avoiding Conflict Escalation (Carnegie Corporation of New York, 2000).

ставящее под угрозу само существование всего человечества. В связи с этим, к организаторам процедуры медиации и к самой процедуре должны предъявляться повышенные требования.<sup>1</sup>

Представляется, что медиация при предупреждении геноцида должна быть обязательной и публичной. Процедура должна состоять из письменных и устных выступлений сторон, вся процедура должна вестись под аудио- и видеозапись и дублироваться протоколом заседания, подписываемым всеми сторонами; должна состоять из конструктивного содействия в урегулировании конфликта через переговоры с обязательным участием четырёх сторон (конфликтующие стороны, специалисты, медиатор, наблюдатели от мирового сообщества). Если медиация не проходит в рамках одного заседания, то по итогам каждого промежуточного собрания должны приниматься двусторонние соглашения, обязательные для исполнения конфликтующими сторонами. По итогу всей процедуры медиации должен быть принят и подписан всеми сторонами многосторонний международный договор, исполнение которого будет обеспечиваться ненасильственными мерами дипломатического принуждения (эмбарго, разрыв дипломатических отношений, блокада и др.). В случае не достижения целей процедуры медиации дело о геноциде должно быть незамедлительно передано на рассмотрение в Международный трибунал.

Не всегда конфликтующие стороны готовы к мирному разрешению конфликта. Задача мирового сообщества привести конфликтующие стороны к примирению. На наш взгляд, специализированная процедура медиации при предупреждении геноцида и вооруженных конфликтов носит добровольно-принудительный характер.<sup>2</sup> Основанием для проведения процедуры медиации при предупреждении геноцида будет решение любого международного органа или международной межправительственной организации, принятое простым большинством голосов, либо заявление любого государства или любой из конфликтующих сторон с просьбой о проведении процедуры медиации, поданное в Совет Безопасности ООН или в специализированный международный орган, занимающийся предотвращением геноцида и вооруженных конфликтов. В удовлетворении данного заявления не может быть отказано, решение о проведении процедуры медиации должно быть принято в день подачи такого заявления. Процедура медиации должна быть проведена в срок, не превышающий двух недель с момента подачи заявления.

При вынесении решения о назначении процедуры медиации по геноциду, компетентный орган должен приобщить к решению список минимум десяти кандидатур на должность медиатора.

Кандидаты на должность медиатора должны соответствовать следующим требованиям: 1) иметь диплом соответствующего образца о законченном высшем юридическом образовании; 2) должны быть профессиональными

---

<sup>1</sup> Об этом написано в таких научных публикациях, как: *Beyond the Walls of Conflict: Mutual Gains Negotiating for Unions and Management* by David S. Weiss. Chicago, Ill.: Irwin Professional Publishing; *The Art and Skill of Successful Negotiation* by John Ilich. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall; *Bypass Court: A Dispute Resolution Handbook* by Genevieve A. Chornenki and Christine E. Hart. Markham, Ont.: LexisNexis; *Conflict, Power, and Persuasion: Negotiating Effectively* by Ben Hoffman. North York, Ont.: Captus Press.

<sup>2</sup> Toole, Daniel. *Humanitarian Negotiation: Observations from Recent Experience*. Cambridge, MA: Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, February 2001.



медиаторами, то есть иметь сертификат или диплом о прохождении специальной подготовки; 3) должны быть признанными специалистами в области конфликтологии; 4) должны соответствовать высоким профессиональным, моральным и нравственным требованиям, аналогичным предъявляемым требованиям к судьям международных судебных органов. Конфликтующие стороны избирают медиатора из числа кандидатов, предложенных в списке, путём согласования волей. Время и место проведения процедуры медиации определяются сторонами путём согласования их волей или по их просьбе этот вопрос разрешает избранный медиатор. У каждой из сторон медиации должны быть чётко определены их права, обязанности, полномочия и цели, к которым они должны стремиться. За не соблюдение и не исполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей, за нарушение порядка медиации, каждый участник процедуры медиации должен нести ответственность, вплоть до уголовной.<sup>1</sup>

Медиатором должен выступать нейтральный посредник, выполняющий роль профессионального помощника-консультанта, и его основная цель заключается в создании всех необходимых условий для урегулирования конфликта. Медиатор должен создавать условия для разрешения конфликта, не разрешая конфликт как судья.

Его основной задачей является контроль над соблюдением всеми участниками всех процедурных правил медиации. Целью такой процедуры является поиск конструктивных, деловых и нравственных взаимоотношений между конфликтующими сторонами, что должен гарантировать медиатор.<sup>2</sup> В ходе процедуры медиации должны обеспечиваться партнёрские, деловые коммуникации на переговорах. Медиатор должен помочь определить конфликтующим сторонам точки соприкосновения их интересов и позиций, найти основу для уважительного отношения друг к другу. До начала медиации медиатор обязан разъяснить сторонам цели медиации, их права и обязанности, последствия нарушения правил процедуры медиации. основополагающая задача медиатора – выполнять аналитическую функцию, побуждать стороны к тщательному анализу конфликтной ситуации и поиску решения проблемы. Организационными вопросами процедуры медиации должен заниматься секретарь заседания и его технические помощники.<sup>3</sup>

---

1 Об этом пишут такие авторы, как: I. William Zartman and J. Lewis Rasmussen (eds.). *Peacemaking in International Conflict: Methods and Techniques* (Washington, US Institute of Peace, 1997), pp. 81-153; Jacob Bercovitch and Jeffrey Z. Rubin. *Mediation in International Relations* (New York: St. Martin's Press, 1992), pp. 1-29; Chester A. Crocker and Fen Osler Hampson (eds.), *Managing Global Chaos: Sources and Responses to International Conflict* (Washington, DC: US Institute of Peace, 1996); Thomas Princen. *Intermediaries in International Conflict* (Princeton: Princeton University Press, 1992), pp. 3-66; Peter Berton, Hiroshi Kimura, and I. William Zartman (eds), *International Negotiation: Actors, Structure/Process, Values* (New York: St. Martin's Press, 1999) pp. 1-129.

2 Об этом пишут такие авторы, как: Raymond Cohen, *Negotiating Across Cultures: International Communication in an Interdependent World* (Washington, DC: US Institute of Peace, 1997, second edition); Guy Olivier Faure and Jeffrey Z. Rubin (eds), *Culture and Negotiation* (Newbury Park: Sage Publications, 1993); Zartman and Rasmussen, *Peacemaking in International Conflict*, pp.25-50; Terrence P. Hopmann. *The Negotiation Process and the Resolution of International Conflicts* (Columbia, SC: University of South Carolina Press, 1996), pp. 221-243; William I. Zartman (ed.). *Preventive Negotiation: Avoiding Conflict Escalation* (Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 2001); Jacob Bercovitch and Jeffrey Z. Rubin. *Mediation in International Relations* (New York: St. Martin's Press, 1992), pp. 1-29; *Effective Negotiation by Indigenous Peoples: An Action Guide with Special Reference to North America* by Russel Lawrence Barsh and Krisam Bastien. Geneva, Switzerland: ILO; Thomas Princen. *Intermediaries in International Conflict* (Princeton: Princeton University Press, 1992), pp. 3-66; *Interpersonal Peacemaking: Confrontations and Third-Party Consultation* by Richard E. Walton. Reading, Mass.: Addison-Wesley.

3 В их обязанности должно входить ведение письменного протокола заседания, аудио- и видеозаписи всей процедуры медиации от самого момента объявления об открытии медиации и до момента подписания итогового документа, опечатывания протоколов наблюдателей.

В процедуре медиации могут принимать участие специалисты различных областей, которых выбирает и назначает непосредственно медиатор. Обязательно участие в процедуре медиации по геноциду юриста, специализирующегося в международном публичном праве, с признанным авторитетом. Его задача – осуществлять юридическое сопровождение переговоров, проверку юридических документов, составление итоговых соглашений и разъяснение юридических вопросов всем участникам медиации. В процедуре медиации также должен обязательно участвовать психолог, специалист в области конфликтологии. В его функции входит составление плана переговоров для медиатора. Психолог должен в необходимый момент погашать напряжение между конфликтующими сторонами и консультировать медиатора по вопросам тактики ведения процедуры медиации, для выработки наиболее эффективных методов взаимодействия с целью сглаживания конфликта и предупреждения распространения геноцида. Нельзя недооценивать роль священнослужителей тех религиозных организаций, которые пользуются авторитетом у конфликтующих сторон. Само их присутствие будет способствовать развитию атмосферы уважения и толерантности друг к другу. Это элемент тонкой дипломатии, подчёркивающий значимость, как самой проблемы геноцида, так и значимость приглашённых на переговоры конфликтующих сторон.<sup>1</sup> Возможно привлечение иных специалистов в зависимости от того, какой именно вид геноцида, или какая именно его форма стали предметом разрешения конфликта посредством процедуры медиации. Это могут быть специалисты в области истории, культуры, религии и любые другие, которые могут способствовать лучшему пониманию сути конфликта.

Представляется, что в процедуре медиации должны участвовать независимые наблюдатели. Мировое сообщество может предлагать кандидатуры наблюдателей либо на заседании Совета Безопасности ООН, либо на заседании специализированного международного органа, занимающегося вопросами геноцида и вооружённых конфликтов. Количество независимых наблюдателей может быть от трёх до пяти или более, в зависимости от количественного состава «рабочей группы» и конфликтующих сторон в медиации. Независимые наблюдатели от мирового сообщества должны обязательно принимать участие на всех стадиях проведения процедуры медиации, что будет гарантировать беспристрастность и открытость медиации по геноциду, одни из наиболее важных принципов предупреждения «преступления преступлений». Представляется, что наблюдателями, как и специалистами, могут стать не все. Наблюдателями на процедуре медиации по предупреждению геноцида могут быть выдающиеся представители от международной общественности, дипломаты с признанным мировым авторитетом, судьи международных судебных органов в отставке,

---

<sup>1</sup> Этот вопрос рассмотрен в работе автора: Zartman, William. Preventive Negotiation: Avoiding Conflict Escalation (Carnegie Corporation of New York, 2000): 'Negotiation lies at the core of preventive diplomacy. This study is unusual in approaching preventive diplomacy by issue areas: it looks at the way in which preventive negotiation has been practiced, notes its characteristics, and then suggests how lessons can be transferred from one area to another, but only when particular conditions warrant such a transfer. The distinguished contributing authors treat eleven issues: boundary problems, territorial claims, ethnic conflict, divided states, state disintegration, cooperative disputes, trade wars, transboundary environmental disputes, global natural disasters, global security conflicts, and labor disputes. The editor's conclusion draws out general themes about the nature of preventive diplomacy'.

священнослужители, бывшие генеральные прокуроры международных юрисдикционных органов. В обязанности наблюдателей должны входить полномочия по контролю над деятельностью медиатора и специалистов, по отслеживанию и фиксации нарушений процедуры медиации, при этом наблюдатели не имеют права вмешиваться в сам процесс медиации, не имеют права высказывать своё мнение по обсуждаемым на медиации вопросам, не имеют права поправлять медиатора и специалистов. Наблюдатели не должны вмешиваться в работу медиатора.

У каждого наблюдателя должен быть «протокол наблюдателя», который должен вестись в режиме конфиденциальности. В протоколе наблюдатели обязаны фиксировать необходимую и важную информацию о процедуре медиации, о деятельности медиатора и о работе каждого специалиста. В протоколе может быть отражено и личное мнение любого наблюдателя по вопросам, обсуждаемым на медиации по предупреждению геноцида. Замечания в отношении поведения или работы медиатора и специалистов должны фиксироваться в разделе о нарушениях. Протокол может включать несколько разделов. В разделе «Исходные данные» указываются точные данные о месте, времени и теме процедуры медиации; контактные данные, наименование всех участников процедуры медиации (конфликтующих сторон, их представителей, специалистов, наблюдателей и иных участников); информация о том, кто и каким образом был избран медиатором; краткое изложение сути конфликта. Второй раздел – «Замечания и нарушения» – должен содержать описание процесса проведения медиации, замечания относительно работы медиатора и специалистов, допущенные нарушения, в том числе: кем было совершено, в чём это выразилось, какие и кем меры были приняты. В разделе «Особое мнение» любой из наблюдателей может изложить предложения, касающиеся существа медиации. Это могут быть предложения по процедуре проведения медиации или относительно поведения каждого из участников медиации.

Медиация может проходить в рамках нескольких взаимосвязанных заседаний. Итогом промежуточного заседания медиационной группы может стать двустороннее соглашение между конфликтующими сторонами, обязательное для исполнения. Соглашение должно содержать обязанность по прекращению насилия в отношении мирного населения, обязанность сложить оружие и объявления перемирия. Все документы, принятые в процессе медиации по предупреждению геноцида, должны быть незамедлительно переданы в Совет Безопасности ООН и в специализированный международный орган, занимающийся вопросами геноцида и вооруженных конфликтов. Данные материалы должны носить публичный характер. Перед официальным опубликованием документов на специальном заседании в присутствии всех участников медиации вскрываются для оглашения «Протоколы наблюдателей». Протоколы изучаются экспертной группой с точки зрения нарушений в процессе медиации, влияющих на законность подписанного в ходе медиации международного договора. По существу изложенного в Протоколах заслушиваются мнения конфликтующих сторон, объяснения медиатора и специалистов, а также наблюдателей. На этом же заседании решается вопрос об

ответственности виновных за допущенные нарушения. Если у конфликтующих сторон нет существенных замечаний, и экспертами не обнаружены нарушения, протоколы передаются в архив, и все итоговые документы медиации по предупреждению геноцида официально публикуются.

Результатом медиации может выступать подписание сторонами, участвующими в процедуре медиации, многостороннего международного договора. Его исполнение должно обеспечиваться ненасильственными мерами дипломатического принуждения (эмбарго, разрыв дипломатических отношений, блокада и др.). Вступает в силу данный международный договор с момента подписания. В договоре должны обязательно содержаться положения об обязанностях по прекращению насилия в отношении мирного населения, обязанность сложить оружие и объявления перемирия, прекращения вооружённых столкновений, последствия неисполнения обязательств, порядок разрешения споров, механизм контроля за исполнением и соблюдением данного договора. В случае не достижения целей процедуры медиации дело о геноциде должно быть незамедлительно передано на рассмотрение в Международный трибунал.

Содействие и бесплатную юридическую помощь государствам и правительствам в проведении мирных переговоров оказывают частные юридические фирмы. Примером является компания «PILPG», которая на условиях pro bono осуществляет консультирование государств по разработке постконфликтных правовых документов, а также помощь в расследовании военных преступлений.<sup>1</sup> Для облегчения использования подобного рода правовой помощи, компания разрабатывает и предоставляет консультации по вопросам предупреждения геноцида и иных конфликтов.

---

<sup>1</sup> Об этом подробнее см.: Power sharing and international mediation in ethnic conflicts / Timothy D. Sisk, Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, 2002; <http://publicinternationallawandpolicygroup.org/about/>, [www.hdcentre.org](http://www.hdcentre.org).

## К вопросу о принципах международного контрактного права

Белозеров Игорь Александрович,  
студент 2 курса магистратуры Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щербинина Ольга Евдокимовна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Особое внимание к принципам как международного, так и европейского контрактного права обусловлено наметившимся в последние годы переходом унификации и гармонизации его норм на более высокий уровень – от фрагментарной к всеобъемлющей, в рамках которой происходит поиск конкретных правил регулирования на основе общих принципов. При этом в современных отечественных и зарубежных исследованиях<sup>1</sup> отмечается отход правовой доктрины от юридического (этактического) позитивизма, в связи с чем большое значение уделяется осмыслению принципов как руководящих начал, стоящих над правовыми нормами, и выделению иных, помимо законодательства, источников определения правовых принципов.<sup>2</sup>

С. В. Бахин<sup>3</sup>, анализируя категорию «принцип» в международном праве выделяет два ее основных значения: с одной стороны, принцип понимается как фундаментальная идея, на которой базируется какая-либо правовая система, отрасль или область права, а с другой – как особая разновидность норм, которые носят обобщенный характер и выполняют функции системообразующего элемента применительно к конкретной области права. Именно последнее значение термина «принцип», по мнению С. В. Бахина, распространено в международном праве. С этим выводом следует согласиться.

Вместе с тем, со ссылкой на ст. 7 (2) Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года<sup>4</sup> (далее – Венская конвенция 1980 г. или просто Конвенция). С. В. Бахин отмечает, что существуют и другие значения рассматриваемого понятия. В ст. 7 (2) Конвенции указывается, что вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов – в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права. Уже более тридцати лет с момента принятия Конвенции на дипломатической конференции в апреле 1980 г. в Вене ученые-юристы работают над проблемой общих принципов, на которых она основана,

1 См.: Аносов М. А. Тенденции развития торгового права Европейского Союза: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 17, Базедов Ю. Возрождение процесса унификации права: Европейское договорное право и его элементы // Государство и право. 2000. № 2. С. 69.

2 Амирова Н. А. Принципы исполнения обязательств в торговом обороте: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 3.

3 Бахин С. В. Принцип добросовестности в международных контрактных отношениях // Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Берлин, 2004. С. 728.

4 Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. Выпуск XLVII. М., 1994. С. 335-357.

однако, по мнению профессора Петера Шлехтрима,<sup>1</sup> этот вопрос и в настоящий момент остается «наиболее проблематичным и сложным» при ее толковании и применении.

Венская конвенция 1980 г. не раскрывает содержание понятия «общие принципы». Сложности при формулировании и составлении конкретного перечня общих принципов, на которых она основана, объясняются различным подходом к принципам права в системах «цивильного» и общего права.<sup>2</sup> В литературе<sup>3</sup> отмечается, что текст ст. 7 (2) Конвенции представляет собой компромиссный вариант, основанный на ст. 17 Единообразного закона о международной купле-продаже товаров 1964 г.,<sup>4</sup> который изначально не допускал обращения к национальному праву, а подчинял все не урегулированные в нем вопросы общим принципам.

Одна из первых попыток всестороннего исследования общих принципов Конвенции была предпринята профессором Альбертом Критцером<sup>5</sup>, который выделил четыре общих принципа Конвенции: обеспечение необходимой кооперации, обязанность раскрытия существенной информации, разумность, равное отношение к отдельным трейдерам и уважение их различных культурных, социальных и правовых особенностей. А. Критцер подчеркивал, что этот список не является исчерпывающим, поскольку сама природа принципов не позволяет исчерпывающим образом определить перечень и содержание таких принципов.

Более детальный подход к общим принципам Венской конвенции 1980 г. представлен профессором Ульрихом Магнусом в работе «Общие принципы права купли-продажи ООН»<sup>6</sup>, где названы двадцать шесть таких принципов (автономия сторон, *pacta sunt servanda*, добросовестность и другие). Он отмечает, что судебная практика, основанная на общих принципах Венской конвенции 1980 г., ограничивается лишь отдельными выводами, а в литературе предлагаются различные комбинации таких принципов, в значительной степени пересекающихся с теми, которые образуют содержание *lex mercatoria*. Анализируя текст ст. 7 абз. 2 Конвенции, У. Магнус полагает, что формулировка «в соответствии с общими принципами, на которых она основана» позволяет рассматривать только такие общие принципы, которые выражены в самой Конвенции или следуют из нее с достаточной ясностью.

По мнению У. Магнуса общие принципы Конвенции образуют четыре группы:

- Прямо выраженные в Конвенции принципы (принцип добросовестности, ст. 7 абз. 2);
- Принципы, содержащиеся в совокупности норм Конвенции (требование идентификации товара, ст. 67 абз. 2, ст. 69. абз. 2);

1 См.: Schlechtriem P. / Schwenzler I. (eds). Commentary on the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Oxford, 2005. P. 5.

2 См.: Ерпылева Н. Ю. Международные коммерческие контракты: актуальные проблемы правового регулирования // Международное частное и публичное право. 2001. № 3. С. 26.

3 См.: Honnold J. O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. The Hague, 1999. P. 101.

4 Конвенция о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров (ULIS) от 01.07.1964 г. // СПС КонсультантПлюс.

5 Kritzer A. A Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Kluwer. New York, 1989 P. 79-84.

6 См.: Magnus U. The General Principles of UN-Sales Law // International Trade and Business Law Annual, Australia 33-56 // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html> (12.03.2012).

- Отдельная норма, имеющая характер общего принципа (вывод о включении выходных и праздничных дней в все сроки на основании ст. 20 абз. 2);
- Принципы, выводимые из общего контекста Конвенции (*pacta sunt servanda*).
- Проанализировав выделенные им принципы, У. Магнус приходит к выводу, что все они могут быть включены и в другие международные конвенции по унификации контрактного права, поскольку имеют общее значение, не ограничены лишь рамками купли-продажи, но относятся ко всему контрактному праву.

Не соглашаясь с тем, что прямо выраженные в Конвенции принципы являются общими принципами по смыслу ст. 7 (2), профессор Камилла Бааш Андерсен<sup>1</sup> указывает на смешение двух различных концепций: напрямую выраженных принципов, служащих руководством при толковании Конвенции (*interpretational guidelines*), и общих принципов, служащих для восполнения пробелов регулирования (вопросов, прямо не разрешенных в Конвенции). Она предлагает понимать «общие принципы» как «некодифицированное выражение идей, лежащих в основе Конвенции и пронизывающих ее» или как «дух Конвенции». Опираясь на практику международных арбитражей и национальных судов, К. Б. Андерсен указывает на опасность возведения отдельных принципов, являющихся средством толкования (*interpretational tool*), в ранг общего принципа (*general principle*), на котором основана Конвенция. Среди причин указывается, например, на неопределенность в вопросе о том, что представляет собой «пробел» в Конвенции, каковы пределы ее регулирования, а также на возможность использования достаточно гибких по своему содержанию принципов в качестве «черного хода» (*back door*), т.е. выбора наиболее подходящего варианта применения Конвенции с точки зрения конкретного национального правопорядка, что разрушает автономность права международной купли-продажи, утверждаемую Конвенцией. Для обеспечения единообразного применения общих принципов Конвенции К. Б. Андерсен предлагает достичь консенсуса относительно внутренних пробелов Конвенции, подробного перечня принципов и способов их использования.

Принципы действительно могут пониматься по-разному в различных правовых семьях и национальных правовых системах. Ярким примером тому является дискуссия о принципе добросовестности в системах гражданского и общего права. Вместе с тем, большинству национальных правовых систем свойственны некоторые общие правовые установления, иначе именуемые общие принципы права (*general principles of law*). Такие принципы, по мнению С. В. Бахина<sup>2</sup>, становясь регулятором в сфере международных отношений, абстрагируются от своей национальной первоосновы, обретая интернациональную специфику.

---

<sup>1</sup> Andersen C. B. General Principles of the CISG—Generally Impenetrable? // *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. London, 2008. P. 27.

<sup>2</sup> Бахин С. В. Принцип добросовестности в международных контрактных отношениях // *Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права*. Берлин. 2004. С. 729.

Представляется, что «общие принципы, на которых основана Венская конвенция 1980 г.» образуют самостоятельную правовую категорию, не сводимую к категории «общие принципы права». Несмотря на то, что принципы действительно могут иметь различное толкование и наполнение внутри отдельных национальных систем, думается, что Венская конвенция 1980 г. в соответствии с которой были приведены или приняты многие другие международные акты, основана на принципах, имеющих универсальный характер.<sup>1</sup> Перечень этих принципов (независимо от их количества) образует ядро, сердцевину международного контрактного права, при этом однако, не носит исчерпывающего характера, как и то, что Конвенция является основополагающим, но не единственным международным унифицированным актом в данной области.

При таких обстоятельствах возникает вопрос о том, как соотносятся между собой общие принципы Венской конвенции 1980 г. и сформулированные на международном уровне своды контрактного права<sup>2</sup> – Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА)<sup>3</sup>, Принципы европейского контрактного права (далее – ПЕДП)<sup>4</sup>, а также Свод принципов, правил и стандартов *lex mercatoria*, разработанные Центром транснационального права СЕНТРАЛ Кельнского университета (далее – Принципы СЕНТРАЛ)<sup>5</sup>.

Прежде всего, следует отметить, что, по мнению С. В. Бахина<sup>6</sup>, употребление термина «принцип» в названиях перечисленных документов не означает, что все представленные там правила являются принципами в смысле основополагающих норм или фундаментальных идей. Действительно, своды контрактного права, представляя собой акты так называемой ненормативной унификации<sup>7</sup>, в основной массе предусматривают положения договорного права разной степени обобщенности, выработанные с учетом сложившейся коммерческой и арбитражно-судебной практики.

В литературе<sup>8</sup> отмечается две основные функции таких сводов: конституирующая (способствуют дальнейшему развитию правил и норм, регулирующих общественные отношения, входящие в сферу применения таких принципов) и практическая (могут применяться сторонами договора как *lex contractus*). Думается, практическая функция принципов не ограничивается

---

1 На это обстоятельство указывает и Дайджест практики применения Венской конвенции 1980 г., подготовленный ЮНСИТРАЛ в 2008 г., в котором приводится перечень из четырнадцати общих принципов, выведенных на основе практики применения Конвенции международными арбитражами и национальными судами (автономия сторон, добросовестность, эстоппель и др). См.: UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-07.html#gapfilling> (12.03.2012).

2 Подр. см.: Бахин С.В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права (статья 1) // Правоведение. 2002. № 1. С. 149 - 158; Он же. Субправо: правовая природа и назначение (статья 2) // Правоведение. 2002. № 2. С. 149 - 158.; Дроздов-Тихомиров А. Правовые принципы как источник неформального регулирования международных коммерческих договоров // Международное публичное и частное право. 2009. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

3 Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.

4 Принципы европейского договорного права. Части I, II, 1999; часть III, 2003 / Пер. с англ. Б.И. Пугинского, Л. Т. Амирова // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2005. №3, 4.

5 Свод принципов, правил и стандартов *lex mercatoria* СЕНТРАЛ // Коммерческое право. 2008. № 2.

6 См.: Бахин С. В. Принцип добросовестности в международных контрактных отношениях // Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Берлин, 2004. С. 729.

7 Мазаев Р. И. Актуальные вопросы применения Принципов международных коммерческих договоров и Принципов европейского договорного права // Налоги. 2006. № 20 // СПС КонсультантПлюс.

8 См.: Аносов М. А. Тенденции развития торгового права Европейского Союза: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 21.



лишь применением их сторонами в качестве *lex contractus*. Не менее важной представляется способность принципов быть использованными при толковании и восполнении международных и европейских унифицированных правовых документов, в т.ч. Венской конвенции 1980 г., как это указано, например, в преамбуле Принципов УНИДРУА.

Принципы УНИДРУА были сформулированы на основе изучения и отбора наиболее эффективных правил (*best rules* или *best practices*) из числа норм международного коммерческого права, национального права, арбитражной и судебной практики и доктрины. Похожая методология лежит в основе и других сводов, которые, как носят в целом рекомендательный характер, в силу чего, как указывает Н. Ю. Ерпылева,<sup>1</sup> обладают большей гибкостью и адаптированностью по сравнению с юридически обязательными нормативными документами (мягкое право или *soft law*). Несмотря на многие положительные стороны таких кодификаций, в науке нет однозначного к ним отношения.<sup>2</sup> Однако в целом отмечается усиление роли и значения источников «мягкого права».<sup>3</sup>

Между тем, несмотря на сходство, названные документы отличаются друг от друга. Так, Принципы УНИДРУА отличаются от ПЕДП по предметной сфере применения: в отношении Принципов УНИДРУА это только международные коммерческие контракты, в отношении ПЕДП – все виды контрактов. Кроме того, отличия проводятся и по субъектному составу: Принципы УНИДРУА применимы только к отношениям между коммерсантами и (или) профессиональными участниками торговых отношений, ПЕДП применимы также к отношениям с потребителями и (или) непрофессиональными участниками торговых отношений. Далее, Принципы УНИДРУА рассчитаны на применение во всем мире, а ПЕДП прежде всего на применение в рамках ЕС, хотя могут быть использованы и в других странах. По мнению некоторых авторов,<sup>4</sup> названные различия свидетельствуют не об антагонизме данных документов, а об их взаимодополняющей роли в процессе применения.

Принципы СЕНТРАЛ отличаются от других сводов контрактного права, поскольку построены на идее «прогрессирующей кодификации» (*creeping codification*) транснационального права – открытого перечня принципов и правил *lex mercatoria*, который постоянно дополняется, но никогда не может быть закончен. Профессор Клаус Петер Бергер<sup>5</sup> в своей книге «Прогрессирующая кодификация *lex mercatoria*» перечисляет 78 принципов, правил и стандартов *lex mercatoria*, выводимых им из унифицированных международных актов, сводов контрактного права, национального права, арбитражной практики и юридической доктрины. По мнению Бергера, прогрессирующая и неформальная кодификация принципов (*creeping and*

---

1 Ерпылева Н. Ю. Международные коммерческие контракты: актуальные проблемы правового регулирования // Международное частное и публичное право. 2001. № 3. С. 26.

2 См. подр.: Сироткина О.В. Принципы международных коммерческих договоров": новеллы второго издания 2004 года // Международное публичное и частное право. 2007. № 5 // СПС Консультант Плюс.

3 См.: Аносов М. А. Тенденции развития торгового права Европейского Союза: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 9.

4 См.: Родионов А. А. Тенденции развития права международных коммерческих контрактов : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 20.

5 См. подр.: Berger K.P. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. The Hague / Boston, 1999. Chapter 4 ff.

informal codification) эффективнее, чем четкое фиксирование фундаментальных норм в виде сводов (restatement method), поскольку позволяет сохранить гибкость их применения.

Иного подхода придерживается профессор Оле Ландо<sup>1</sup>, выдвигающий идею Глобального кодекса международных коммерческих контрактов. Этот же автор был одним из инициаторов создания Единого европейского кодекса частного права. По выражению О. Ландо, Венская конвенция 1980 г., Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА и Принципы европейского договорного права представляют собой тройку международных актов (troika), образующих важнейшую часть нового *lex mercatoria*. Анализируя положения тройки, О. Ландо выдвигает восемь общих принципов международного контрактного права (автономность сторон, *pacta sunt servanda*, неформальность и др.). Также как и многие другие исследователи, он указывает на опасность применения принципов в рамках национальных правовых традиций. Вместе с тем, ссылаясь на практику применения Венской конвенции 1980 г. национальными судами, Ландо утверждает, что различий в понимании Конвенции в таких решениях относительно немного. Поэтому он полагает, что документальное оформление принципов будет способствовать предсказуемости и стабильности поведения субъектов международного контрактного права. По его мнению, правила, не прошедшие процесса формальной кодификации, никогда не получают признания и авторитета, свойственных писанному праву (black letter rules).

Подводя итог сказанному, можно сделать несколько выводов. Во-первых, несмотря на различный правовой характер рассмотренных международных актов, а также отличающиеся методологические подходы, представленные в научной литературе, можно зафиксировать наличие некоторых универсальных принципов международного контрактного права. Их универсальность проявляется в том, что они зафиксированы в большинстве, а в некоторых случаях даже во всех национальных правовых системах и, следовательно, признаются этими системами. Во-вторых, выделяя различное количество таких принципов, все авторы согласны в том, что в силу самой природы этих принципов невозможно установить их исчерпывающий перечень. В-третьих, имеющие характер основополагающих норм, на основе которых структурируется содержание международного контрактного права, принципы требуют документального оформления своего содержания для облегчения применения их национальными судами и арбитражами. В этой связи пример Венской конвенции 1980 г., в отношении которой до сих пор не удается определить «общие принципы», на которых она основана, представляется неудачным. Он еще раз подчеркивает, что унификация международного контрактного права далека от завершения, и не поспевает за ростом мировой торговли и развитием коммуникаций.

---

<sup>1</sup> См. подр.: Lando O. CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law // 53 American Journal of Comparative Law. Spring 2005. P. 379.

## **Перспективы развития корпораций в России в свете инновационной деятельности**

Береговая Евгения Викторовна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сидорова Татьяна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

В течение достаточно долгого времени термин «корпорация» служил синонимом термина «юридическое лицо», в гражданском праве не было известно понятие учреждения; все образования, даже те, которые наполнялись институтным содержанием, трактовались как корпорация. Лишь вследствие разработки Ф.К. Савиньи и германскими цивилистами понятия «учреждение» понятие «корпорация» приобрело более современное значение - юридическое лицо, основанное на членстве, участии.

В современных условиях термин «корпорация» в праве государств понимается по-разному. Так, в Швейцарии корпорациями называют один из двух основных типов юридических лиц наряду с учреждениями. В Англии корпорация может быть определена как само юридическое лицо, поскольку юридические лица здесь делятся на корпорации, представляющие собой совокупность лиц, и единоличные корпорации. В США корпорация, хотя и не является единственной формой юридического лица, включает самые разные организации. Корпорации здесь бывают четырех видов: публичные, квазипубличные, предпринимательские и непредпринимательские. К публичным относятся государственные и муниципальные органы. К квазипубличным - корпорации, служащие общим нуждам населения. Предпринимательские преследуют в качестве основной цели получение прибыли и сравнимы с акционерными обществами в странах континентальной системы права. Непредпринимательские корпорации не стремятся к получению прибыли. Во Франции и Германии при классификации юридических лиц термин «корпорация» не используется вовсе. Во Франции юридические лица подразделяются на товарищества и ассоциации, а в Германии - на союзы и учреждения. В России юридические лица делятся на коммерческие и некоммерческие.

Обобщая различные представления, можно дать следующее определение корпорации. Корпорация – это созданное и зарегистрированное в определяемом законом порядке юридическое лицо, основанное на членстве его учредителей (участников), внесших вклады (взносы) в имущество корпорации и получивших возможность управлять ее делами в порядке и форме, установленной законодательством и учредительными документами для осуществления любых,

не запрещенных законом видов деятельности, с целью извлечения прибыли и ее распределения между учредителями (участниками).<sup>1</sup>

Следуя этому определению, можно предположить, что в России корпорациями можно признать юридические лица, созданные в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов.

Не так давно в РФ был принят закон «О хозяйственных партнерствах» (далее – Закон о хозяйственных партнерствах). Закон определяет правовое положение хозяйственного партнерства, права и обязанности его участников, порядок его создания, реорганизации и ликвидации.

Хозяйственным партнерством признается созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой принимают участие как сами члены партнерства, так и иные лица, предусмотренные соглашением. Участниками партнерства могут быть как граждане, так и юридические лица. Количество участников хозяйственного партнерства не должно быть более 50 лиц.

Партнерства могут осуществлять любые виды деятельности, не запрещенные российским законодательством. При этом партнерство не вправе осуществлять эмиссию облигаций и иных эмиссионных ценных бумаг, а также размещать рекламу своей деятельности. Кроме того, партнерство не может быть учредителем или участником других юридических лиц, за исключением союзов и ассоциаций.

Появление новой организационно-правовой формы было вызвано отсутствием адекватной формы для ведения инновационной деятельности.

Если проанализировать российское законодательство, то можно установить отсутствие соответствующих специфическим требованиям участников инновационной (в том числе венчурной) деятельности организационно-правовых формы юридического лица, в достаточной мере учитывающие особенности реализации венчурных (особо рискованных) бизнес-проектов, а также сложившиеся международные стандарты их осуществления. Иными словами, ни одна из существующих в российском праве организационно-правовых форм юридического лица не соответствует одновременно всему (или хотя бы большинству) из указанного набора требований. Так, например, наиболее распространенные формы коммерческих организаций в России - общества с ограниченной ответственностью (ООО) и акционерные общества (АО) - хотя и соответствуют в некоторой степени ряду требований, предъявляемых инновационным бизнесом, не свободны от многих недостатков, серьезно затрудняющих их использование в инновационных (в том числе венчурных) бизнес-проектах. Одним из таких недостатков является крайняя степень зарегулированности условий формирования (изменения) уставного капитала (в связи с отсутствием в российском акционерном законодательстве концепции «переменного капитала»), что серьезно затрудняет возможность реализации столь важного для венчурных компаний поэтапного финансирования. Весьма негативную роль играет также невозможность

---

<sup>1</sup> Дanelьян А.А. К вопросу о корпорациях в российском праве. – Режим доступа: URL : <http://www.eurasialaw.ru/> - Загл. с экрана. Дата обращения - 10.01.2012.

<sup>2</sup> О хозяйственных партнерствах: Федеральный закон от 03 дек. 2011г. № 380-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2011. № 49 (ч. 5). Ст. 7058.

заклучения всеобъемлющих гибких соглашений между участниками (акционерами) общества, в полной мере соответствующих международной практике (например, в российских условиях невозможно участие в таких соглашениях самой компании, ее будущих участников и иных лиц, а объем допустимых для включения в такое соглашение положений жестко законодательно ограничен).

Императивные положения действующего правового регулирования о приоритете прав кредиторов над участниками организации при ликвидации и банкротстве, которые не позволяют участникам инновационного (в том числе венчурного) бизнес-проекта обеспечить надлежащую защиту интеллектуальной собственности, также существенным образом снижают пригодность организационно-правовых форм АО и ООО для их использования в качестве проектных компаний.

Эти, а также иные недостатки существующих организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц особенно негативно сказываются на малых и средних инновационных бизнес-проектах, которые лишены возможности привлекать заемные средства и развитие которых существенным образом зависит от договоренностей с соинвесторами.

Международный опыт показывает, что для реализации инновационных бизнес-проектов чаще всего используются организационно-правовые формы юридических лиц, являющиеся по своей правовой природе промежуточными между корпорациями (как юридическими лицами) и партнерствами (как договорными образованиями или квазюридическими лицами) и объединяющие в себе положительные свойства тех и других (LLC (Limited Liability Company, США), LLP (Limited Liability Partnership, Великобритания), KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien, Германия).

Эти проблемы могли бы быть решены путем изменения существующих организационно-правовых форм. Рассмотрим, что могло бы быть сделано и к чему бы это привело.

Во-первых, потребовалось бы внесения масштабных концептуальных изменений в российское законодательство. Так, например, только одно признание концепции «переменного капитала» для хозяйственных обществ потребует переделки всего акционерного законодательства и законодательства об обществах с ограниченной ответственностью, а также изменения колоссального количества подзаконных актов - всей совокупности сформированной за последние годы законодательной базы регулирования этих форм предпринимательской активности. Не менее проблематичной является попытка дальнейшего развития и адаптации для нужд инновационной предпринимательской деятельности институтов акционерных соглашений и договоров об осуществлении прав участников общества.

Во-вторых, попытка исправления недостатков ООО и АО с целью приспособления их к потребностям инновационного сообщества могла бы привести к дезорганизации законодательства об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, в частности, потому, что потребует замены используемых в настоящее время обязательных к

исполнению законодательных норм и правил на принятые в международной практике венчурного инвестирования и предпринимательства нормы, используемые по выбору (default rules) и в соответствии с договоренностями участников проекта. При этом такие изменения затронули бы интересы сотен тысяч и даже миллионов предприятий, уже функционирующих в этих организационно-правовых формах (ООО, АО), что делает этот путь принципиально неприемлемым.

Особенности подготовки, реализации и прекращения инновационного бизнес-проекта определяются специфическими требованиями, которые предъявляются к организационно-правовой форме юридического лица, используемого в качестве проектной компании участниками инновационной (в том числе венчурной) предпринимательской деятельности. Данные требования, сформировались преимущественно на основе выработанных деловой практикой и международно признанных условий осуществления проектов в инновационной сфере, а также под влиянием опыта правоприменительной деятельности российской венчурной индустрии.<sup>1</sup>

К числу таких требований относятся прежде всего:

- обеспечение возможности осуществления поэтапного внесения вкладов в компанию через ее капитал («commitments») в короткие сроки и наложения санкций за их невыполнение;
- наличие «корпоративного щита» (юридического лица) при одновременно минимальных требованиях к отчетности;
- ограниченная ответственность участников компании по ее обязательствам в пределах стоимости внесенных ими вкладов и пропорционально их размеру;
- организация управления, основанная на всеобъемлющем гибком соглашении сторон (участников), включая саму компанию и, в случае необходимости, иных лиц (в том числе не являющихся участниками компании), и обеспечение исполнения такого соглашения с использованием не подлежащих снижению санкций;
- возможность непропорционального распределения прав и обязанностей участников, прибыли и убытков, голосов и т.д.;
- возможность выпуска ценных бумаг (в том числе со специальными характеристиками, например, особыми ликвидационными правами);
- невозможность произвольного выхода (выдела доли) участников из венчурного (инновационного) бизнес-проекта в течение заранее установленного срока или до достижения установленной соглашением цели;
- максимально возможная конфиденциальность информации об инновационном (венчурном) бизнес-проекте для третьих лиц;
- минимальные затраты на ликвидацию компании (включая временные);
- возможность оценки вкладов в компанию по соглашению участников;
- возможность договорного установления специального порядка и условий оборота акций (долей) компании;

---

<sup>1</sup> Юрченко Д. Хозяйственные партнерства // Режим доступа: URL: <http://moses-lawyer.livejournal.com/2128.html>.

- возможность в соответствии с соглашением запрета на создание (финансирование) конкурирующих с данной компанией проектов;
- возможность в соответствии с соглашением предусмотреть ответственность за «переманивание» ключевых сотрудников компании в случае их выхода из венчурного бизнес-проекта;
- минимальная регуляторная нагрузка со стороны государства, в том числе упрощенный порядок ликвидации неуспешных компаний;
- возможность по условиям соглашения для внесения вкладов участниками в любой форме (как любых видов имущества, имущественных прав и иных прав, имеющих денежную оценку, так и исключительно управленческих и профессиональных навыков (репутации, опыта и деловых связей и проч.);
- возможность участия в нескольких проектных компаниях одновременно;
- возможность обеспечения в определенных случаях приоритета участников перед кредиторами и одних участников перед другими в случае ликвидации (прекращения) компании.

Таким образом, принятый закон внедряет в российское законодательство новую разновидность коммерческого юридического лица - хозяйственного партнерства, занимающего своего рода промежуточное положение между хозяйственным товариществом и обществом и в максимальной степени удовлетворяющего важнейшим требованиям, которые российские и иностранные венчурные инвесторы и предприниматели предъявляют к организационно-правовым формам, используемым для реализации венчурных и в целом инновационных бизнес-проектов.

Такой подход одновременно с объединением положительных свойств хозяйственных обществ (в части ограничения ответственности) и хозяйственных товариществ (в части гибкости управления) позволит реализовать большинство важнейших условий, выдвигаемых участниками венчурной проектной деятельности, а также избежать описанных выше нежелательных радикальных изменений в уже сложившемся российском законодательстве об акционерных обществах, обществах с ограниченной ответственностью и товариществах на вере.

Основные характеристики правового регулирования хозяйственного партнерства состоят в следующем. Во-первых, в возможности заключения гибкого всеобъемлющего соглашения, включающего в себя участников компании, а также (в случае необходимости) иных лиц, что позволяет принимать участие в управлении партнерством лицам, не являющимся его участниками. Во-вторых, в организации гибкого поэтапного финансирования за счет наличия складочного капитала. В-третьих, в ограничении ответственности всех участников по сделкам, совершаемым компанией.

Таким образом, хозяйственное партнерство получает относительно новое для российского законодательства правовое регулирование, но вместе с тем понятное и узнаваемое для международного венчурного сообщества и максимально соответствующее международным стандартам венчурной проектной деятельности.

Основным принципом нового правового регулирования хозяйственного партнерства является внедрение в его конструкцию максимального количества диспозитивных возможностей для участников устанавливать удобные для данного конкретного инновационного или иного бизнес-проекта или случая правила. Такой подход реализуется посредством включения в закон следующих особенностей договорного управления хозяйственным партнерством:

- государственная регистрация хозяйственного партнерства осуществляется на основании подлежащего государственной регистрации учредительного документа - устава партнерства, содержащего ограниченный законом набор сведений, а внутренние вопросы функционирования и управления партнерством детально определяются соглашением об управлении партнерством, подлежащим обязательному нотариальному удостоверению по месту нахождения партнерства (ст.ст. 1 – 3 Закона о хозяйственных партнерствах);

- условием участия любого лица в партнерстве является его вступление в соглашение об управлении партнерством;

- допускается возможность заключения соглашения об управлении партнерством не только всеми участниками партнерства, но также работниками и консультантами партнерства, в том числе имеющими трудовые или подрядные отношения с партнерством;

- изменение соглашения об управлении партнерством осуществляется по общему согласию участников;

- предусматривается отсутствие избыточных императивных законодательных ограничений, сдерживающих сферу и предмет применения соглашения об управлении партнерством за счет возможности установления в соглашении различного объема прав и обязанностей разных участников партнерства, различного порядка и условий приема новых участников, выхода старых, различных условий распределения прибыли и голосов при принятии решений в отношении осуществления предпринимательской деятельности, приоритета прав одних участников перед другими, а также иных условий, необходимых в связи с различными условиями реализации бизнес-проектов в инновационной сфере;

- предусматривается возможность включения в соглашение об управлении партнерством прав участника партнерства на непропорциональное принадлежащей ему доле в складочном капитале участие в управлении партнерством (ст. 4 Закона о хозяйственных партнерствах);

- допускается возможность для участников соглашения об управлении партнерством требовать (в том числе в судебном порядке) понуждения к исполнению условий соглашения об управлении партнерством в натуре нарушившей стороной (в том числе и самим партнерством) вне зависимости от применения гражданско-правовых санкций;

- предусматривается возможность признания недействительным решения партнерства, принятого в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения соглашения об управлении партнерством (ст.ст. 5 – 6 Закона о хозяйственных партнерствах);



- реализована возможность на основании соглашения об управлении партнерством обеспечить приоритет прав участников партнерства друг перед другом при распределении имущества и иных объектов гражданских прав при ликвидации партнерства (ст. 7 Закона о хозяйственных партнерствах);

- допускаются возможность (по условиям соглашения об управлении партнерством) ограничить на определенный срок выход участника из партнерства и возможность отчуждения им своей доли в складочном капитале.

Кроме того, закон предусматривает, в том числе следующие ключевые характеристики правового регулирования новой организационно-правовой формы хозяйственного партнерства:

- наличие общей правоспособности, обеспечивающей возможности использовать преимущества новой организационно-правовой формы хозяйственного партнерства для осуществления не только инновационной, но и любой не противоречащей закону предпринимательской деятельности, за исключением видов деятельности, которые не могут осуществляться хозяйственными партнерствами, согласно перечню, утверждаемому Правительством Российской Федерации;

- наличие статуса юридического лица, позволяющего в полном объеме реализовать концепцию ограничения ответственности его участников, которые не будут отвечать по его обязательствам, а партнерство не будет отвечать по обязательствам своих участников;

- наличие в структуре имущества партнерства переменного складочного капитала, обеспечивающего любые приемлемые для участников инновационного венчурного бизнес-проекта условия поэтапного финансирования;

- возможность внесения любого имущества (за исключением ценных бумаг) в оплату складочного капитала;

- введение возможности для заключения по соглашению с кредитором-субъектом предпринимательской деятельности договоров, предусматривающих условия о полном или частичном прекращении обязательств партнерства перед таким кредитором при наступлении условий, указанных в договоре, из которого возникло данное обязательство<sup>1</sup>;

- разделение складочного капитала партнерства на доли, которые по умолчанию являются свободно оборачиваемыми;

- отсутствие ограничений на участие одного и того же лица в нескольких хозяйственных партнерствах;

- отсутствие ограничений по участию в хозяйственных партнерствах любых юридических и физических лиц (в том числе иностранных юридических лиц и иностранных организаций, не являющихся юридическими лицами по иностранному праву);

- возможность защиты исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (в том числе при прекращении (ликвидации) партнерства) через использование механизма полного или частичного

---

<sup>1</sup> Юрченко Д. Хозяйственные партнерства // Режим доступа: URL: <http://moses-lawyer.livejournal.com/2128.html>.

исполнения обязательств партнерства перед кредиторами - субъектами предпринимательской деятельности от имени партнерства одним или несколькими партнерами в случае, если для удовлетворения этих обязательств партнерством потребуется обращение взыскания на принадлежащие партнерству исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности;

- отсутствие жестких требований к органам управления партнерством, с введением в правовую конструкцию единственного обязательного требования к наличию единоличного исполнительного органа - директора партнерства;

- наличие ограничений на количество участников партнерства (не менее двух);

- возможность внесудебного исключения участника партнерства при невыполнении им в установленный срок обязанности по первоначальному или последующему внесению в складочный капитал вклада или части вклада;

- минимальные требования к партнерствам в части обязательной отчетности, учета и хранения документов и обязательного раскрытия информации;

- применение общих правил о хозяйственных обществах по российскому законодательству в случае, если законом не предусмотрено иное.

Таким образом, в правовой конструкции нового вида юридических лиц - хозяйственного партнерства обеспечена реализация большинства важнейших из вышеперечисленных международно признанных требований, предъявляемых к организационно-правовым формам венчурных (инновационных) бизнес-проектов, что позволит в полной мере обеспечить выполнение поручения Президента Российской Федерации.

В соответствии со своей правовой природой хозяйственные партнерства занимают промежуточное положение между хозяйственным товариществом и хозяйственным обществом, что в максимальной степени удовлетворяет требованиям российских и иностранных венчурных инвесторов и предпринимателей к организационно-правовым формам, используемым для реализации венчурных и инновационных бизнес-проектов. С хозяйственными обществами хозяйственные партнерства объединяет ограничение ответственности участников партнерств, а с хозяйственными товариществами большая гибкость в управлении.

Законом о хозяйственных партнерствах детально регламентируются гражданско-правовые аспекты создания, функционирования и прекращения хозяйственных партнерств. Значительная часть правовых норм законопроекта носит диспозитивный характер, что предоставляет участникам хозяйственных партнерств возможность на договорной основе формировать правовую базу последнего, а также в короткие сроки сформировать непротиворечивую судебную практику для использования хозяйственных партнерств в инновационных правоотношениях.

## Неимущественные убытки юридических лиц: сравнительный анализ

Бурчик Наталья Александровна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

И физические, и юридические лица обладают определенными благами. В самом общем смысле эти блага принято подразделять на материальные и нематериальные. И если под материальными благами понимают имущество в денежной или материальной форме, то нематериальные блага – это, помимо прочего, честь, достоинство и деловая репутация организации (в том числе индивидуального предпринимателя) и гражданина<sup>1</sup>. Как правило, понятия «честь» и «достоинство» в отношении юридических лиц не применяются.

И если честь, деловая репутация и достоинство в отношении гражданина защищается простейшим способом – в судебном порядке путем возмещения убытков и морального вреда, то в отношении юридических лиц возникают проблемы.

Статья 152 Гражданского кодекса Российской Федерации закрепляет возможность граждан защитить свои нарушенные права путем обращения в компетентные органы: Гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением.

Один маленький нюанс, который рушит всю российскую практику – это часть 7 этой же статьи: правила настоящей статьи о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

Итак, в силу закона юридические лица получили право на возмещение морального вреда, вызванного умалением их деловой репутации. Налицо исключительно некорректная формулировка, но именно это послужило началом множественных проблем.

Тут следует привести неоднозначную практику российских судов, которые поначалу путались в применении вышеуказанной нормы. Пункт 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о возмещении морального вреда» гласит, что правила, регулирующие компенсацию морального вреда гражданам, следует применять и в отношении юридических лиц. Пусть вас не смущает достаточно

---

<sup>1</sup>См., напр.: Боннер А. Можно ли причинить моральный вред юридическому лицу?//Российская юстиция.1996.№ 6.

ранняя дата принятия постановления – оно еще действует и в полной мере используется судами.

Сюда же можно отнести и Постановление Пленума Верховного Суда «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении судами дел о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» от 1992 года, где прямо указывает на возможность получения юридическими лицами компенсации морального вреда. Правда, несколько лет назад, а именно 24.02.2005 года данное Постановление утратило силу в связи с принятием нового: «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» № 3, в котором вопрос о пункте 7 статьи 152 Гражданского кодекса вообще игнорируется. Отмечен лишь тот факт, что юридическое лицо вправе обратиться в суд за опровержением сведений, которые порочат его деловую репутацию.

В иных государствах практика по защите нематериальных благ как физических, так и юридических лиц относительно устоялась и реализуется посредством возмещения материального вреда, причиненного противоправными действиями виновной стороны<sup>1</sup>.

Так, например, статья 847 германского Гражданского уложения (далее - ГГУ) причинение и физических, и нравственных страданий признаются вредом:

«(1) В случае причинения телесных повреждений или вреда здоровью, а также в случае лишения свободы потерпевший вправе требовать справедливого денежного возмещения вследствие причинения ему вреда, который не имеет имущественного характера...».

Также понятие «моральный вред» активно используется в правовых актах Франции, оно весьма подробно разработано в Гражданском кодексе Франции. Статьи 9, 1382. И если статья 9 в разделе общих положений кодекса лишь перечисляет вероятные объекты посягательства, такие как жизнь, свобода, достоинство, честь, репутация и т.д., то статья 1382 прямо закрепляет обязанность посягнувшего возместить ущерб, который он принес:

«...всякое действие человека, которое причиняет ущерб, обязывает того, по чьей вине ущерб произошел, к его возмещению» .

В статье не конкретизированы ни действия, ни вид ущерба (Гражданский кодекс Франции в своих общих положениях различает и материальный, и моральный ущерб), однако обобщение в формулировке вовсе не означает сужение ее трактовки. В целом в юридической доктрине Франции моральный вред определяется как страдания, причиненные умалением защищаемых благ<sup>2</sup>.

В англо-саксонской же системе права и вовсе используется понятие «психический вред». В самом общем понимании оно соответствует «моральному вреду», но имеет ряд особенностей, например, дифференциацию на вред большей и меньшей категории: принято различать «обычный шок» (ordinary shock) и «нервное потрясение» (nervous shock). Чтобы признать психический вред нервным потрясением, необходимо, чтобы он выразился в диагностируемом и распознаваемом психическом расстройстве. Для обычного

1 Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. М:Москва, 1997. С. 58-62.

2 Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. М:Москва, 1997. С. 182.

же шока характерно наличие в основном негативных эмоций: страх, ужас, печаль, горе и проч.

Тут же следует отметить, что компенсация причиненного морального вреда осуществляется иностранными судами в денежной форме по нескольким весьма веским причинам:

во-первых, любое имущество (в натурально либо денежной форме) во многих европейских правовых актах признается универсальным эквивалентом любых нематериальных отношений;

во-вторых, логичное отсутствие, помимо денежной компенсации, какой-либо еще возможной и приемлемой альтернативы;

в-третьих, назначенными выплатами компенсируются как физические, так и психические страдания, причем важно иметь в виду, что особое значение имеет психологическая оценка своих физических и моральных потерь самим потерпевшим.

От материальных норм перейдем непосредственно к практике. Пожалуй, наиболее больше доверие в данном вопросе вызывает Европейский суд по правам человека (далее - ЕСПЧ).

В свете положений Европейской Конвенции по защите прав человека и основных свобод вносится ясность по многие пока еще смутные аспекты российской практики. И это несмотря на то, что наша практика страдает еще неким позитивистским уклоном, который проявляется в тяготении российских судов к осуществлению правосудия, опираясь исключительно на букву национального законодательства. Так, многие международные договоры – и вышеупомянутая Конвенция в частности – также не являются для российских законодателей тем флагманом, которыми, по идее, должны были стать.

Рассмотрение исков о защите чести, достоинства и деловой репутации является достаточно распространенной категорией дел, которая рассматривается в Европейском суде. И, анализируя ситуацию, можно с уверенностью утверждать, что Европейский суд идет по проторенной дорожке присуждения компенсации за причиненный вред – как материальный, так и нематериальный, то есть, в нашем случае, моральный.

Самым первым делом изданной категории дел явилось дело *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubiv. Austria* (1994) – «Объединение демократических солдат Австрии и Губи против Австрии». В данном деле Европейский суд впервые объявил, что заявитель-организация могла понести нематериальные убытки в результате нарушения статей 10 и 13 Конвенции по правам человека.

В деле *Immobiliare Saffi v. Italy* (1999) возник вопрос о том, могло ли торговое товарищество понести убытки в результате продолжительного чувства страха и беспокойства. Суд в данном деле не счел необходимым рассматривать настоящий вопрос по существу, однако уже само вычленение такого требования является немаловажной вехой в практике суда.

Пожалуй, одним из важнейших дел данной тематики явилось дело компании *Comingersoll S.A. v. Portugal* (2000), где речь шла о компенсации материальных убытков предприятию, которое пострадало от чрезмерного

затягивания процесса в национальном суде. Помимо основного требования (20 миллионов португальских эскудо), компания-заявитель потребовала 5 миллионов эскудо компенсации за нематериальные убытки. Заявители обосновывали свои доводы тем, что право на слушание дела в разумный срок является очевидно нематериальным и универсальным. А раз так, то нет причин для проведения различия между физическими и юридическими лицами.

Анализируя решение суда по данному делу (6 апреля 2000 года), становится понятно, что в самом общем смысле суд разделяет убытки на *pecuniary* - материальные (фактически понесенные убытки как результат заявленного нарушения<sup>1</sup>) и *non-pecuniary* - нематериальные (беспокойство, неопределенность и неудобство, вызванные нарушением, и иной нематериальный ущерб<sup>2</sup>).

Правительство Португалии, в свою очередь, заявило, что взыскать нематериальные убытки в пользу юридического лица не представляется возможным, так как такие чувства как страх, неудобство (затягиванием процесса), неуверенность присущи исключительно физическим лицам.

Европейский суд сослался на свою же практику – дела *Immobiliare Saffi v. Italy* (1999), упомянутое выше *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria* (1994), *Freedom and Democracy Party v. Turkey* (1998) – и присудил стороне-заявителю компенсацию морального вреда, отметив, что нематериальные убытки, понесенные компаниями, могут в равной включать в себя как «объективные», так и «субъективные» аспекты. Среди них, помимо деловой репутации, выделяют также учинение препятствий в управлении компанией, неопределенность ситуации, беспокойство и даже страх.

Более того, Европейский суд по правам человека присуждал в ряде случаев компенсацию за нематериальные убытки, которые понесли коммерческие компании<sup>3</sup>. По мнению Суда, нематериальный ущерб тоже подлежит возмещению, так как соприкасается с множеством объективных и субъективных аспектов, индивидуальными для каждой организации, учесть и описать которые не представляется возможным.

Следует также отметить, что Европейский суд, настаивая на необходимости возмещения моральных убытков юридическим лицам, упор делает на человеческую составляющую организации, на сотрудников, т.е. на конкретные нравственные и физические страдания, психологический стресс. То есть фактически он признает, что при умалении репутации юридического лица умаляется и репутация работника данной организации. Для иллюстрации приведу дело *Sovtransauto v. Ukraine*, в котором Европейский суд присудил 75 тыс. евро компенсации морального вреда компании-заявителю потому, что вследствие причинения ущерба репутации юридического лица у его сотрудников создалось длительное чувство неуверенности. Более того, некоторые судьи Страсбургского суда выразили мнение (которое потом было оформлено как «официальное мнение Европейского суда»), что компания может

<sup>1</sup> ...The loss actually suffered as a direct result of the alleged violation', *Comingersoll S.A. v. Portugal* case, part 28.

<sup>2</sup> ...non-pecuniary damage, that is reparation for the anxiety, inconvenience and uncertainty caused by the violation', *Comingersoll S.A. v. Portugal* case, part 29.

<sup>3</sup> См.: М.Д. Сальвия. Прецеденты Европейского суда по правам человека. СПб: Юридический центр пресс, 2004.

понести нематериальные убытки не только из-за беспокойства и неуверенности, испытываемых сотрудниками, но и потому, что юридическое лицо обладает некими атрибутами, которые могут быть нарушены государством.

Также примечательно дело «Греческие нефтеперерабатывающие заводы «Стрэн» и Стратис Андреадис против Греции (Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece).

В соответствии с контрактом, заключенным 22 июля 1972 г между греческим государством и г-ном Андреадисом, последний взял на себя обязательства построить и через компанию, которая будет создана впоследствии, управлять нефтеперерабатывающим заводом в Мегаре. Государство обязалось приобрести землю для строительства завода и ратифицировало контракт декретом, опубликованным в «Официальной газете», тем не менее, государство не выполнило своего обязательства. После прохождения многочисленных судебных инстанций Греции (для возможности подать жалобу в ЕСПЧ необходимо исчерпать всевозможные средства защиты в своем родном государстве – фактически пройти все инстанции) юридическое лицо подало жалобу в Европейский суд, который, после требуемого тщательного и всестороннего рассмотрения дела пришло к выводу о виновности государства. Европейский Суд единогласно постановил, что имело место нарушение статьи 6 п. 1 Конвенции в том, что касается права на справедливое судебное разбирательство; постановил, что не было нарушения статьи 6 п. 1 Конвенции в том, что касается продолжительности разбирательств; постановил, что имело место нарушение статьи 1 Протокола №1, постановил, что государство-ответчик должно выплатить заявителям в течение трех месяцев: (а) за материальный ущерб – свыше 100 миллионов драхм; 16 054 165,16 долларов США и около 600 тысяч французских франков плюс простые проценты по ставке 6% за период до даты судебного решения, (б) моральный ущерб, расходы и издержки, понесенные в Страсбурге: 125 тысяч фунтов стерлингов.

Необходимо отметить, что в своих требованиях заявитель не просил присуждать ему компенсацию морального вреда, однако, как можно увидеть, суд счел необходимым выплатить организации сумму в качестве компенсации за перенесенное.

В деле *Freedom and democracy party v. Turkey* (1998) суд присудил общественной организации – политической партии – компенсацию морального вреда в связи с тем, что ее члены перенесли чувство расстройств и разочарования в результате нарушения статьи 11 Конвенции.

Суд также принимает во внимание деятельность национальных судов стран-участниц Конвенции. Судебная практика некоторых государств демонстрирует нам, что возмещение нематериальных убытков юридическим лицам имела и имеет место быть. Хотя, как отмечает Европейский суд, трудно выделить общее правило для всех государств-членов<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Comingersoll S.A. v. Portugal case, part 27.

Как мы видим, решений суда по данному вопросу существует множество. И, так как суд связан своими прошлыми решениями по схожим делам и активно ссылается на собственную практику, можно предсказать, что он и дальше будет присуждать компенсацию морального вреда различным организациям. Более того, суд в своих решениях отмечает, что, поскольку денежная компенсация – единственная форма возмещения убытков, являющаяся наиболее реальной и действенной, Суд обязательно должен иметь полномочия по присуждению денежной компенсации и за нематериальные убытки тоже<sup>1</sup>.

В случае Российской Федерации видится только два возможных выхода из ситуации.

Первый выход – сложный и объемный – менять устоявшуюся практику, подстраиваться под европейские страны. Формально наши суды не связаны прецедентом, поэтому вынесение положительных решений на основе буквального толкования закона не станет препятствием для защиты прав юридических лиц.

Однако, видится, что в условиях современной действительности самым лучшим выходом будет изменение формулировки статьи, добавление нормы, которая исключит хозяйствующие субъекты из перечня лиц, которым возмещается моральный вред. Ибо при изменениях в практике появляется опасность злоупотребления правами, что определенно не скажется лучшим образом на деятельности российских судов.

Таким образом, подводя итоги, следует отметить, что данную проблему не стоит обходить стороной – увеличение количества исков в арбитражных судах и судах общей юрисдикции создает лишь неразбериху при применении норм права. Буквальное и понятное толкование нормы сможет помочь верному правоприменению и, как следствие, полноценной защите прав граждан и организаций.

---

<sup>1</sup> Там же.



## Проблемы правового статуса транснациональных корпораций

Гладких Анастасия Константиновна,  
студентка 4 курса юридического факультета  
Новосибирского государственного университета  
экономики и управления

Научный руководитель:  
Кушарова Маргарита Прокопьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса Новосибирского  
государственного университета экономики и управления

Актуальность работы. В условиях укрепления международного правопорядка правовой статус транснациональных корпораций должен быть надлежащим образом урегулирован. Однако специфика ТНК такова, что имея отделения на территории многих стран, ТНК в целом не подпадает под юрисдикцию какой-либо отдельной страны и ее деятельность как единого образования не может быть урегулирована национальным правом какого-либо государства.

Определение национальности ТНК, как личного закона стоит в ряду тех вопросов, по которым в международном частном праве исследователи не могут прийти к единому мнению. Личный закон юридических лиц может пониматься в четырех вариантах:

1) теория инкорпорации - юридическое лицо принадлежит тому государству, на чьей территории оно учреждено (США, Великобритания, Канада, Австралия, Чехия, Словакия, Китай, Нидерланды, Российская Федерация);

2) теория (ценз) оседлости - юридическое лицо имеет национальность того государства, на чьей территории расположен административный центр, управление компанией (Франция, Япония, Испания, ФРГ, Бельгия, Украина, Польша);

3) теория центра эксплуатации (места осуществления основной хозяйственной деятельности) - юридическое лицо имеет национальность того государства, на чьей территории оно ведет свою основную деятельность (Италия, Индия, Алжир);

4) теория контроля - юридическое лицо имеет национальность того государства, с территории которого контролируется его деятельность (прежде всего посредством финансирования). Теория контроля определена как господствующее правило коллизионного регулирования личного статуса юридических лиц в праве большинства развивающихся стран (Конго, Заир). В качестве субсидиарной коллизионной привязки эта теория используется в праве Великобритании, США, Швеции, Франции.

Различное определение национальной принадлежности юридических лиц порождает проблемы "двойной национальности", двойного налогообложения,

невозможности признать компанию банкротом или наложить арест на ее уставный капитал. Например, юридическое лицо, зарегистрированное в России и осуществляющее основную производственную деятельность в Алжире, будет иметь двойную национальность: по алжирскому законодательству (в соответствии с теорией центра эксплуатации) такая компания считается лицом алжирского права, а по российскому (теория инкорпорации) - лицом российского права. Для обоих государств такое юридическое лицо считается "отечественным", следовательно, и налоговым резидентом. В итоге возникает проблема двойного налогообложения. Если же компания зарегистрирована в Алжире, а место ее основной производственной деятельности - Россия, то данное юридическое лицо с точки зрения Алжира подчиняется российскому праву, а с точки зрения России - алжирскому. В подобном случае компания является "иностранной" для обоих государств и, соответственно, не имеет налогового домицилия.

Итак, что же представляют собой транснациональные корпорации?

ТНК, как правило, представляют собой вертикально интегрированную структуру с иерархическим подчинением нижестоящих подразделений вышестоящим. Во главе всей системы находится головная (материнская) компания, расположенная в большинстве случаев в промышленно развитой стране. По своей организационно-правовой форме головная компания, как правило, представляет собой акционерное общество (предпринимательскую корпорацию либо иную аналогичную форму), образованное в соответствии с местным законодательством. Отделения ТНК, имеющие самые многообразные формы, расположены и действуют в различных странах мира. Вся структура ТНК характеризуется наличием в качестве ее элементов холдинговых компаний, то есть держащих акции других компаний, входящих в структуру ТНК. С их помощью строится так называемая "система участия", то есть участие одних компаний в капитале других, которая позволяет первым оказывать существенное влияние на деятельность вторых<sup>1</sup>.

Для отнесения корпораций к транснациональным обычно применяют следующие критерии:

- число стран, в которых действует корпорация (минимум составляет от 2 до 6 стран);
- определенное минимальное число стран, в которых размещены производственные мощности корпорации;
- определенный размер, которого достигла корпорация;
- минимум доли иностранных операций в доходах или продажах корпорации (как правило, 25%);
- владение не менее, чем 25% «голосующих» акций в трех или более странах;
- интернациональный состав персонала и высшего руководства корпорации.

---

<sup>1</sup> Лысенко Д. Л. Проблема правового статуса транснациональных корпораций: Международно-правовые аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2003. С. 57.

Понятие ТНК следует отличать от иных категорий, тесно к нему примыкающих, но не аналогичных ему: региональных предприятий, международных юридических лиц, консорциумов, стратегических альянсов.

Под региональным предприятием понимается образование, которое принадлежит двум или более лицам, обладающим гражданством (государственной принадлежностью) стран определенного региона, либо контролируется ими.

Под международными юридическими лицами обычно понимаются юридические лица, которые созданы либо непосредственно в силу международного договора, либо на основании внутреннего закона одного или двух государств, принятого в соответствии с международным договором.

Консорциумом, как правило, является объединение, образуемое на основе временного соглашения между полностью сохраняющими свою самостоятельность банками или промышленными компаниями для совместного размещения займа или осуществления единого промышленного проекта большого масштаба.

Стратегические альянсы также представляют собой форму объединения самостоятельных компаний для достижения какой-либо цели.

Возможны случаи, когда какое-либо из названных образований будет одновременно являться ТНК, однако данный факт не дает оснований для смешения этих категорий.

До сих пор наукой и правом пока не выработано единого понятия ТНК.

Л. А. Лунц полагает, что многонациональные компании с правовой точки зрения представляют собой конгломерат юридических лиц различной «национальной» принадлежности, где головная организация именуется транснациональной. При этом с экономической точки зрения вся эта группа (головная компания и ее дочерние компании) образуют единое целое, единое «предприятие». Л. П. Ануфриева рассматривает ТНК как совокупность формально самостоятельных юридических лиц, имеющих различную государственную принадлежность, фактически управляемых материнской компанией. Л. А. Ляликова также считает, что ТНК — это группа образований, каждое из которых является субъектом национального права той или иной страны. При этом сама группа не есть субъект национального права той или иной страны. Я. В. Кривой пишет, что ТНК — коммерческие объединения взаимодействующих организаций, которые расположены на территории нескольких государств, проводят единую хозяйственную политику и подчинены единому руководству<sup>1</sup>.

В целом можно обозначить, что в науке международного права существуют два основных подхода к вопросу о правовом статусе ТНК.

Представители первого (Г.М.Вельяминов, Д.К.Лабин, И.И.Лукашук и др.) полагают, что ТНК не обладают качеством субъекта международного права и приравнивание ТНК к государству невозможно.

---

<sup>1</sup> Лисица В.Н. Транснациональные корпорации: понятие и особенности правового регулирования // Российский юридический журнал. 2007. № 2. С. 89.

Сторонники другого подхода (Н.В. Захарова, Р.А. Мюллерсон и др.) – признают ТНК субъектом международного права. В западной доктрине международного права наряду с концепциями, согласно которым отрицается, (хотя и допускается в будущем) качество международной правосубъектности за ТНК (М. Н. Шоу) или же подтверждается возрастающая тенденция признания за компаниями «некоторой степени правосубъектности» и при этом отрицается статус субъекта международного права за ними (П. Маланчук), прочно установилась концепция признания ТНК субъектами международного права (Ф. Джессап).

Сегодня развитые государства и ТНК заинтересованы в выведении ТНК из - под национальных режимов государств – пребывания. Для этого «золотой миллиард» всяческим образом лоббирует признание правосубъектности ТНК в международном публичном праве.

Субъект международного права имеет права и соответствующие обязанности, может нести международную ответственность по своим обязательствам, может осуществлять защиту своих прав, включая средства коллективной и индивидуальной обороны и т.д. Соответствующие возможности государств и ТНК в этих отношениях, мягко говоря, лежат в разных плоскостях.

Таким образом, вполне понятно, что ТНК на данный момент не являются субъектами международного права.

Если недостаточно национального законодательства и невозможно применять нормы международные для регулирования деятельности ТНК, то, на мой взгляд, стоит создать некую третью правовую систему, наряду с международным и внутригосударственным правом. Например, международное транснациональное право. Теория о данной отрасли права уже давно существует. Данная концепция ТНП выдвинута американским ученым Ф.С. Джессепом еще в 1956 г. и далее разделялась и разделяется многими видными отечественными и западными учеными.

Логика такова: международное право регулирует отношения между субъектами международного права, внутригосударственное право не затрагивает комплекса взаимных хозяйственных отношений негосударственных образований, в частности – ТНК, связанных с пересечением границ людьми и грузами (товарами). Соответственно относительно автономная «третья система права» - ТНП – имеет специфический предмет и объект правового регулирования. «Относительно» потому, что при всей своей автономности не может игнорировать общих для цивилизованных наций принципов и правил, действуя как бы внутри правового поля и международного права и внутригосударственного права.

В настоящее время доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой Всероссийской академии внешней торговли В. М. Шумилов – наиболее известный, преданный теме, последовательный и настойчивый сторонник ТНП. По его мнению, участники международных отношений сами вырабатывают нормы поведения, которые находятся за рамками внутреннего права и не охватываются ни внутренним, ни международным правом. Транснациональное право предстает как синтетическая правовая сфера, в

которой взаимодействуют как субъекты международного права, так и субъекты внутреннего права. Из-за международного характера деятельности ТНК целесообразным становится регулирование ТНК на международном уровне, что будет иметь ряд преимуществ.

В заключении следует отметить, что деятельность ТНК в условиях форсирующей глобализации не прекращается, а напротив приобретает более масштабные размеры, чем ставит сложные задачи перед международным правом. Проблема правового регулирования деятельности транснациональных корпораций приобретает все большее значение для международной политики и правопорядка. А значит, что современные и будущие законодатели имеют широкое поле для деятельности, связанной с созданием эффективной международно-правовой базы, что регламентирует деятельность ТНК.

## **Признание и установление эквивалентности иностранных документов об образовании**

Зубченко Олеся Владимировна,  
студентка 4 курса юридического факультета Новосибирского государственного университета экономики и управления

Научный руководитель:  
Кушарова Маргарита Прокопьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса  
юридического факультета Новосибирского государственного университета экономики и управления

В условиях интеграции в международное сообщество и процессов массовых миграций любое развитое государство нуждается в привлечении дипломированных иностранных специалистов. Сегодняшний век - это век наукоёмких проектов подобных инновационному центру «Сколково», Научно-исследовательской лаборатории при МГУ, российско-нидерландско-японского совместного проекта «Сахалин 2» и т.д., где в процессе реализации необходим учёт иностранного опыта.

Про инновационный политический курс последнего десятилетия делает необходимым улучшение условий обучения и трудовой деятельности иностранных специалистов в Российской Федерации, в целях повышения их интереса к сотрудничеству с отечественным работодателем. Институт признания документов об образовании, ученых степенях и ученых званиях, а так же периодов обучения, играет в этом плане немаловажную роль, как один из способов улучшения положения дипломированного иностранца в России. С другой стороны это показатель отношения к стране на международной арене. Чем отношения теплее, тем легче выпускникам наших ВУЗов устроится на работу на территории другого государства, например Греции или Чехии. Такое правило справедливо и по отношению к иностранцам на территории Российской Федерации.

На сегодняшний момент самым нуждающимся в высококвалифицированных кадрах принято считать научный сектор. В связи, с чем основные меры со стороны государства были направлены на привлечения научных работников, и соответственно на улучшение их положения.

2010-2012 годах в связи с выбранным инновационным курсом был проведён комплекс мер по улучшению положения дипломированного иностранца в России, или желающего приобрести диплом отечественного образца. В рамках закона от 20 марта 2011 №42-ФЗ «о внесении изменений в федеральный закон “о миграционном учёте граждан и лиц без гражданства в РФ” и отдельные законодательные акты РФ» был отменён порядок постановки на учёт высококвалифицированного специалиста по месту пребывания, на срок,

не превышающий 90 дней<sup>1</sup>. Так же за счёт научной сферы расширен перечень работ, на которые возможно привлечение иностранных высококвалифицированных специалистов без разрешения на то со стороны государства. Да и само понятия «высококвалифицированный специалист» получило несколько иное наполнение, а конкретно снижен ценз годовой заработной платы научного работника, по отдельным видам работ, необходимый для присвоения статуса высококвалифицированного работника.

В качестве дополнительной меры по созданию комфортных условий для иностранного специалиста с 1-го февраля 2012 года вступили в силу изменения, касающиеся порядка признания иностранных документов об образовании. Начал действовать федеральный закон «о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования процедур признания документов об образовании, учёных степенях и учёных званиях».

Основной его целью стало – упрощение процедуры признания иностранных документов на территории Российской Федерации. Более простая её форма должна послужить причиной повышения спроса на образовательные услуги российских ВУЗов со стороны иностранцев, а так же заинтересовать зарубежных высококвалифицированных специалистов в наших рабочих местах. Одновременно это грамотный политический ход, имеющий целью получения резонанса в международном сообществе и ответных действий со стороны иностранных государств (принятие схожих по содержанию законов, упрощающих процедуру признания русских дипломов. Однако насколько реальными явились эти изменения. Одним из главных стало появление новой статьи 27.2, которой был дополнен ФЗ «об образовании» с параллельной утратой силы ст. 23 ФЗ «о высшем и послевузовском профессиональном образовании». П.2 ст.27.2 гласит: «На территории Российской Федерации признаются документы иностранных государств об уровне образования и (или) квалификации, подпадающие под действие международных договоров Российской Федерации и (или) выданные иностранными образовательными организациями, перечень которых устанавливается Правительством Российской Федерации, только в случае отсутствия такого соглашения иностранец обращается с заявлением о признании в Рособрнадзор.»<sup>2</sup>

Ранее не зависимо от наличия соглашения между государствами на основании ст.23 ФЗ «о высшем и послевузовском профессиональном образовании» иностранцу приходилось подавать в территориальный орган Рособрнадзора пакет документов с заявлением о признании. А уже после вступало в игру наличие соглашения. При его присутствии Рособнадзор, ставил вопрос о признании документа, результатом которого признание в 90 случаях в качестве эквивалентного российским. В отсутствии соглашения процедура затягивалась за счёт проведения экспертиз Главэкспертцентром на неопределённый срок, и решение Рособрнадзора о признании, в конечном

---

<sup>1</sup> Ст. 3 Федерального закона от 20.03.2011 N 42-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации" и отдельные законодательные акты Российской Федерации".

<sup>2</sup> Ч.2 Ст.27.2 Закона РФ от 10.07.1992 N 3266-1 (ред. от 28.02.2012) "Об образовании".

счёте, было не столь очевидно. К тому же заявитель, был вынужден нести дополнительные неудобства в виде расходов на проведённые экспертизы. Согласно ныне действующему законодательству, как-то, ст. 27.2 ФЗ «об образовании» иностранным гражданам, с чьим государством гражданства у нас есть соглашения, не требовалось подавать пакет документов в Рособрнауки, признание происходило автоматически, на основании международного соглашений. Тот же порядок касается и иностранцев, получивших своё образование в стенах ВУЗов, отнесённых к «золотому списку». Недостатком является то, что на сегодняшний момент порядок определения того “золотого” списка ВУЗов, чьи документы признаются автоматически без процедуры нострификации, до конца не разработан Минобрнауки, однако предположительно это будут первые 200-300 ВУЗов мира по заслуживающей доверие всемирной системе ARWU.<sup>1</sup>

Насколько вероятна и необходима была упрощенная процедура признания документов «золотого списка»? Сложно представить, что студенты Оксфорда, Кембриджа, Массачусетского Университета Технологий и прочих ВУЗов, что опережают МГУ по рейтингу ARWU действительно приедут работать в Россию. Скорее всего, порядок признания документов об образовании был упрощён, для стран с которыми у нас есть соглашение о взаимном признании или правовой помощи. Обратимся к соглашениям.

Ежегодно Рособрнадзор публикует перечень государств, с которыми у нас есть такие соглашения, сейчас их насчитывается около 70<sup>2</sup>. Если анализировать по контингенту стран, то это в основном страны СНГ, Африки и Латинской Америки, развитые страны Европы представлены только Германией, Францией, Чехией. К тому же такие соглашения не всегда имели реальной силы, например, несмотря на соглашение с Германией от 18 февраля 1999, ФРГ до принятия нового закона не имела возможности признать наши документы об образовании, так как законодательство об образовании ФРГ предусматривало возможность признания иностранного документа об образовании только для своих граждан.

Остаётся не совсем ясно, не возникнет ли коллизия норм международного права и внутринационального. Законодатель не раскрывает, какие соглашения имелись им в виду в ст. 27.2 ФЗ «об образовании». К примеру, соглашение с Германией от 18 февраля 1999 г, упомянутое ранее, п. 3 ст.1 «Для признания в каждом конкретном случае требуется предоставление подлинника диплома, свидетельствующего о присуждении российской ученой степени или германской академической квалификации<sup>3</sup>». То есть априори признаётся, что документы об образовании всё же должны пройти процедуру признания через Рособрнадзор и тем более экспертизу в Главэкспертцентр. Для реализации нового порядка, закреплённого федеральным законом от 1 апреля 2012,

---

<sup>1</sup> Проект постановления Правительства Российской Федерации Об утверждении критериев включения иностранных образовательных организаций в перечень иностранных образовательных организаций, которые выдают документы иностранных государств об уровне образования и (или) квалификации, признаваемые на территории Российской Федерации, занесён от 28.02.2012.

<sup>2</sup> glavex.ru.

<sup>3</sup> П. 3 ст.1 совместное заявление о взаимном академическом признании периодов обучения в высших учебных заведениях, документов о высшем образовании, российских ученых степенях и германских академических квалификациях от 18 февраля 1999 года.



необходимо заключение международных соглашений, предусматривающих такой порядок.

Однозначной ошибкой законодателя было установление идентичного с процедурой признания дипломов, порядка признания периодов обучения. В 30 процентов дисциплин изучаемых за определённый период времени в ВУЗах даже разных регионов нашей страны не совпадают. Что указывает на необходимость учитывать специфику национального образования и непостоянство перечня дисциплин, необходимых для изучения за данный период обучения. В ситуации с периодами обучения не может иметь места упрощённый порядок признания, необходима обязательная экспертиза для сопоставления структуры и объема учебных курсов, предметов, дисциплин (модулей), требований к результатам освоения образовательной программы на данный период обучения. В решении Рособнадзора должен содержаться перечень дисциплин, изученных лицом за период обучения.

Так же стоит отметить, что сегодня Министерством образования и науки ещё до конца не сформирован перечень ВУЗов, чьи документы об образовании могут признаваться на территории других государств. Тем не менее, известно, что в этот перечень войдут все аккредитованные российские высшие образовательные учреждения, но такой способ формирования списка, не позволяет учитывать престижность и качество обучения, предоставляемых конкретным университетом, не создаёт условия для полезной конкуренции между ВУЗами. Закон об образовании не даёт понятия, будет ли признаваться период обучения студента, если закончить образовательное учреждение он не смог в связи с отзывом свидетельства об аккредитации у своего ВУЗа.

Безусловным плюсом закона является то, что Правительство своим постановлением теперь ограничит срок проведения процедуры признания документа об образовании 4 месяцами, как это принято в международном деловом обороте.

На сегодняшнем этапе сложно представить, как будет происходить реализация закона, пока что законодателем был установлен лишь общий порядок признания, реальное же его наполнение возможно только через принятие напора актов исполнительных органов власти, таких как о порядке признания, о перечне образовательных учреждений, чьи документы признаются автоматически, о перечне российских образовательных учреждениях, чьи документы могут признаваться иностранными государствами, административный регламент Рособнауки, положение о форме документов о признании и установлении эквивалентности и т.д.

В целом действия российской стороны по упрощению системы признания документов об образовании носили односторонний характер, тем не менее, вызвали ответные действия со стороны международного сообщества. Ярким примером тому служит ФРГ. С 1 апреля в Германии вступает в силу закон о признании иностранных дипломов, где существенно (а именно на 350 наименований) будет расширен перечень профессий претендующих на проверку эквивалентности в Германии. Так же новый закон упразднит привязку к гражданству. В целом процедура признания будет близка к процедуре

признания в РФ до принятия изменений от 1.02.2012. И по факту, если иностранные, в том числе российские граждане, имеющие документ об образовании, выданный ВУЗом страны своего гражданства раньше не имели права на признание таких документов, то теперь они имеют права на инициирование процедуры признания. В 90 процентах такой документ будет признан только в качестве документа, подтверждающего освоение группы дисциплин и (или) период обучения по образовательной программе определенного уровня. В ситуации с ФРГ, решающими оказались не действия РФ, а скорее тот факт, что в Германии проживает почти 300 тысяч иностранцев преимущественно из стран, не входящих в ЕС, которые работают не по специальности именно из-за того, что их дипломы не были признаны. Между тем в Германии все острее встает вопрос о нехватке квалифицированных специалистов. В одной лишь области естественных и технических наук, недостает 117 тысяч специалистов.

Несмотря на внутренние факторы, упрощение порядка признания документов об образовании сыграло роль грамотного политического хода, что повышает нашу авторитетность на международной арене и дает нам право ожидать ответных действий со стороны международного сообщества. Однако скудость договорной базы и недоработанность нового порядка признания не позволяет на практике привлечь высококвалифицированные кадры в Российскую Федерацию.

## Проблема оговорки в праве международных договоров

Канина Кристина Олеговна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Павельева Эвелина Анатольевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Межгосударственные отношения в большей части урегулированы нормами международного права. Государства, заключая международные договоры, создают для себя нормы, посредством которых осуществляется регулирование их сотрудничества. Однако иногда государства создают для себя правила, с помощью которых исключают себя из под действия общих норм и подчиняют себя действию иных, но закрепленных в этом же договоре. Такое правило в международном праве обозначается как оговорка.

Рассматривая институт оговорок к международным договорам в современном международном праве, можно утверждать о существовании сложившегося механизма его международно-правового регулирования, включающего нормы как договорного, так и обычного характера, регламентирующие процедуру заявления и принятия государствами и международными организациями оговорок к различным договорам.

Большое значение в правовом регулировании права международных договоров играют три основные конвенции:

- Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г.<sup>1</sup>;
- Конвенция о праве международных договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 г.<sup>2</sup>;
- Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 г.<sup>3</sup>.

С одной стороны, оговорку можно рассматривать в качестве одного из способов взаимодействия национального и международного права, который помогает «примирить» две системы и облегчить переход к полному соответствию норм внутреннего законодательства международно-правовым нормам<sup>4</sup>. Говоря о взаимодействии международного и национального права, думается, можно говорить в той части, что государства принимая оговорку

1 Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вместе с "Процедурой арбитража и примирения в соответствии со статьей 66") (Заключена в г. Вене 21.03.1986) // Международное публичное право. Сборник документов. Т. 1.- М.: БЕК, 1996. С. 87 - 113.

2 Венская конвенция о праве международных договоров (Заключена в г. Вене 23.05.1969) // Ведомости ВС СССР. 10 сентября 1986 г. N 37. Ст. 772.

3 Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров (Заключена в г. Вене 23.08.1978) // Международное публичное право. Сборник документов. Т. 1.- М.: БЕК, 1996. С. 144 - 159.

4 Гиришвич М.Г. Институт оговорок в международном праве // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2011. N 1-2. С. 64 - 114.

стараятся максимально приблизить к своей правовой системе нормы международного договора, или исключить себя из под действия норм международного договора, чтобы не создать неблагоприятных последствий для своей правовой системы.

Оговорка – это продолжение международного договора, а, следовательно, и общие положения Венской конвенции применяются при ее применении.

Исключительную значимость института оговорок подтверждает еще и тот факт, что Комиссия международного права продолжает работу по его кодификации вот уже более 10 лет, хотя напрямую вызываемых оговорками международных споров не так много.

В Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года оговорка понимается как одностороннее заявление в любой формулировке и под любым наименованием, сделанное государством при подписании, ратификации, принятии или утверждении договора или присоединении к нему или когда государство направляет уведомление о правопреемстве в отношении договора (выделено авт.), посредством которого оно желает исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора в их применении к данному государству.

Определение 1969 года легло в основу определений оговорок, закрепленных в Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 г. и Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 г. С учетом особых объектов этих договоров была расширена формальная часть определений, что приспособило их к целям именно этих конвенций.

В научной литературе под «оговоркой» понимается одностороннее заявление в любой формулировке и под любым наименованием, сделанное государством или международной организацией при подписании, ратификации, акте официального подтверждения, принятии или утверждении договора или присоединении к нему, или когда государство направляет уведомление о правопреемстве в отношении договора, посредством которого это государство или эта организация желает исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора в их применении к этому государству или данной организации<sup>1</sup>.

Определение оговорки получило свое закрепление и на практике. Оно было применено судебными органами при решении следующих дел: о делимитации континентального шельфа между Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и Французской Республикой<sup>2</sup>, Белилос против Швейцарии<sup>3</sup>, Хрисостомос против Турции<sup>4</sup> и др.<sup>5</sup>

1 Колесник В.В. Оговорки к международным договорам : Автореф. к.ю.н. - М., 2001.

2 Арбитражное решение от 30 июня 1977 года United Nations. Reports of International Arbitral Awards. Vol. XVIII.

3 Решение Европейского суда по правам человека от 29 апреля 1988 года roflaZ/Publications of the European Court of Human Rights. Series A. Judgments and Decisions. Vol. 132. Council of Europe, Strasbourg, 1988.

4 Решение Европейской комиссии по правам человека от 4 марта 1991 г. //Revue universelle des droits de l'homme. 1991.

5 Колесник В.В. Оговорки к международным договорам : Автореф. к.ю.н. - М., 2001.

На наш взгляд, оговорка обладает определенными признаками. В частности, оговорка является односторонним заявлением. Заявление одной и той же оговорки группой государств не стоит рассматривать в качестве коллективного волеизъявления. Каждое из государств-участников международного договора самостоятельно выражает согласие с правовыми последствиями оговорки, а также с возможными возражениями на нее со стороны других участников. Таким образом, реализуется принцип свободного согласия в праве международных договоров. При этом суверенное право государств заявлять оговорки может быть ограничено только самим договором, т.е. с согласия самого государства.

Односторонний характер не является препятствием для совместного заявления оговорки несколькими государствами или международными организациями. Хотя на сегодняшний день подобные случаи неизвестны, такую возможность исключить нельзя. Если несколько государств или международных организаций заявляют совместную оговорку, то она исключает или изменяет юридическое действие определенных положений договора в их применении ко всей группе заявляющих ее государств или международных организаций. Характерно, что при этом оговорка сохраняет свой односторонний характер.

При разработке режима совместной оговорки, как полагает А.В. Жарский, необходимо учитывать, что совместное заявление оговорки подразумевает ее совместное изменение и совместное снятие, которые могут иметь место при том условии, что все участники группы, заявившей оговорку, согласны с ее снятием или изменением. В случае отказа кого-либо из них от участия в совместной оговорке следует исходить из того, что она является результатом соглашения и, по аналогии с договором, обязывает ее авторов координировать свои действия. Отсюда выход из нее должен производиться при согласовании с другими участниками<sup>1</sup>.

2. Особенностью оговорки является ее «согласие» с договором. Момент "рождения" оговорки в юридическом смысле - это выражение согласия с договором. Исключение составляет последующее формулирование оговорки, возможность которого предусмотрена в проекте руководящих положений об оговорках к международным договорам, принятых Комиссией международного права ООН. Однако если против такой оговорки в течение 12 месяцев заявит возражение хотя бы одно договаривающееся государство, то договор сохраняет силу в первоначальном виде<sup>2</sup>. В данном случае презюмируется, что оговорка является действительной.

3. Основной целью оговорки является исключение или изменение юридического действия конкретных положений договора в отношении субъекта, заявившего оговорку. Это - ключевой признак оговорки. Необходимо уяснить, является ли заявление государства оговоркой или оно направлено на изменение правового режима договора. Как известно, одностороннее заявление

---

1 Жарский А.В. Институт оговорок к международным договорам и его применение в практике Республики Беларусь. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2001.

2 Доклад Комиссии международного права: Пятьдесят пятая сессия (5 мая - 6 июня и 7 июля - 8 августа 2003 г. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты: Пятьдесят восьмая сессия. Дополнение N 10(A/58/10)). Нью-Йорк: ООН, 2003. С. 165.

может быть декларацией толкования, общеполитическим заявлением или любым другим видом заявления, но не оговоркой<sup>1</sup>.

Юридические последствия оговорок к международным договорам отражают их правовую природу. В настоящее время, явно выраженное принятие оговорки стало довольно редким явлением. Государства все чаще прибегают к молчаливому согласию, которое фактически приравнено к явно выраженному согласию по своим юридическим последствиям. Подчеркивается острота вопроса о моменте вступления договора в силу для заявивших оговорку государств и международных организаций. Прежде всего, это связано с проблемой затягивания вступления в силу самого договора и его регистрации.

Основные проблемы, связанные с юридическими последствиями согласия с оговорками и возражения против них, исследуются на основе примеров из практики государств, депозитариев (Генеральный секретарь ООН) и судебных органов (Межамериканский суд по правам человека). Отмечается, что явно выраженное принятие оговорки стало довольно редким явлением. Государства все чаще прибегают к молчаливому согласию, которое фактически приравнено к явно выраженному согласию по своим юридическим последствиям. Подчеркивается острота вопроса о моменте вступления договора в силу для заявивших оговорку государств и международных организаций. Прежде всего, это связано с проблемой затягивания вступления в силу самого договора и его регистрации<sup>2</sup>.

Юридический режим оговорок, закрепленный в Венских конвенциях, содержит в себе принцип взаимности, который означает, что сторона, принимающая оговорку, освобождается от применения положения, к которому заявлена эта оговорка, в своих отношениях с ее автором или она может применять это положение так, как это определено в оговорке. Заявившее оговорку государство со своей стороны не может требовать от других участников договора исключить применение положения, которое оно само исключило из своих обязательств. Принцип взаимности не абсолютен. Он не всегда действует автоматически, т.к. предполагает определенное равенство в положении договаривающихся сторон, которое не всегда возможно. Его применение может вообще быть исключено природой договора или же самой оговоркой (оговорки о территории).

Пробелы в венском режиме дают основание говорить о возможном совпадении последствий согласия с оговоркой и возражения против нее. Можно прийти к следующему решению данной проблемы: разделяя оговорки на две категории в зависимости от их направленности - исключение или изменение действия положений договора. В отношении исключающей оговорки это утверждение справедливо. В случае изменяющей оговорки возражение приводит к тому, что данное положение изымается из действия договора, в то время как для принявшего оговорку государства положение применяется в той мере, в какой оно было изменено этой оговоркой. В этом состоит разница между последствиями согласия с оговоркой и возражения против нее.

---

1 Шутак И.Д. Теория и практика оговорок в праве: система понятий: Терминологический словарь. Санкт-Петербург, 2001. С. 113.

2 Колесник В.В. Оговорки к международным договорам : Автореф. к.ю.н. - М., 2001.

Одним из наиболее ощутимых пробелов в Венских конвенциях является режим недопустимых оговорок. Прежде всего, речь идет об оговорках, несовместимых с объектом и целями договора. Исследуется характер недопустимой оговорки, критерий допустимости, его содержание и применение, последствия возражения против недопустимой оговорки, роль наблюдательных органов договоров в определении допустимости оговорки.

В Венской конвенции не говорится, кто должен решать вопрос о допустимости оговорки. На современном этапе развития института оговорок в большинстве случаев каждый участник договора самостоятельно оценивает ее допустимость и принимает решение о последствиях недопустимой оговорки. Фактически, в случаях, когда договор не содержит специальных положений, альтернативы этой системе не существует. Таким образом, в условиях отсутствия коллегиальной системы решения вопроса о соответствии или же обязательной силы решения третьей стороны оценка оговорки происходит на двустороннем уровне и имеет субъективный характер. Субъективен и критерий совместимости.

Депозитарий международного договора не может предрешать вопрос о характере оговорки. Он лишь отслеживает, не запрещена ли прямо такая оговорка, и в этом случае отказывает в приеме ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении.

На европейском уровне сложилась практика в области недопустимых оговорок. Наблюдательные органы имеют полномочия по определению допустимости оговорок, а в случае признания их недопустимыми - объявление недействительными и применение разделительного метода. Этот метод заключается в отделении оговорки от согласия государства на обязательность договора. В результате оно считается связанным всеми положениями договора, включая и те, к которым была заявлена недопустимая оговорка.

Оговорки - это неотделимая часть согласия государства на обязательность договора, в результате чего их нельзя игнорировать. Какова бы ни была природа международного договора, его режим регулируется правом договоров, в основе которого лежит согласие государств, при этом оговорки являются сопровождающим условием. Государство, которое не согласно взять на себя обязательства по договору или считает неприемлемым какое-либо его положение, не может быть связано этим договором или этим положением.

Анализ Венской конвенции не дает основания предположить, что весь договор может вступить в силу для заявившего оговорку государства вопреки его желанию. Из текста конвенции также не следует, что недействительная оговорка автоматически приводит к недействительности согласия заявившего ее государства на обязательность для него договора. Признав оговорку недопустимой, наблюдательные органы могут лишь заключить, что заявившее ее государство не связано договором.

Недопустимые оговорки приводят к крайне неблагоприятным последствиям. Они снижают эффективность международных договоров. Субъективность оценки допустимости не способствует сокращению их количества, т.к. последствия возражения против недопустимой оговорки

ограничиваются двусторонними отношениями между авторами оговорки и возражения. Необходимо направить усилия на разработку единого подхода государств и международных организаций к недопустимым оговоркам<sup>1</sup>.

Исходя из положений об оговорках, закрепленных в венских конвенциях можно утверждать, что оговорки ставят их авторов в более выгодное положение по сравнению с другими участниками договора. Если участники вступают в договор с различными интересами (так называемые асимметричные договоры), то в итоге складывается ситуация неравноправия сторон, поскольку автор оговорки избавляет себя от нежелательных обязательств в отношении со всеми участниками, тогда как для всех других сторон ограничение обязательств происходит лишь в отношении одного государства - автора оговорки. Это неравноправие в некоторой степени компенсируется свободой участников договора исключить возможность принятия оговорок к договору (и обеспечить единство договорного режима) либо ограничить ее.

Также на основе анализа Венской конвенции, можно говорить о том, что государство при формулировании оговорок не обязано ограничиваться лишь необходимыми для присоединения оговорками, поскольку, во-первых, вероятность того, что оговорка вызовет возражение, достаточно низка; во-вторых, даже возражение может привести лишь к двусторонним последствиям, из которых самое нежелательное, но наименее вероятное - невступление договора в силу между государствами и, более вероятно, невступление между ними в силу положений, к которым относится оговорка (ст. 21, п. 3, Венской конвенции), что по большому счету равносильно действию оговорки.

"Венский режим" обеспечивает гибкое регулирование института оговорок, что обусловлено: 1) суверенным правом государств заявлять оговорки и возражать против них, а также определять последствия возражения; 2) принятием такого объективного критерия формулирования оговорок, как их совместимость с объектом и целью договора; 3) диспозитивностью норм об оговорках (ст. 19 - 23), закрепленных в Венской конвенции 1969 г., предоставляя в каждом конкретном договоре возможность государствам самостоятельно устанавливать правовой режим оговорок. Именно гибкость правового регулирования создает возможности и предпосылки для широкого использования оговорок к международным договорам в целях защиты государственных интересов<sup>2</sup>.

---

1 Колесник В.В. Оговорки к международным договорам : Автореф. к.ю.н. - М., 2001.

2 Гиришвич М.Г. Институт оговорок в международном праве // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2011. N 1-2. С. 64 - 114.



## Международно-правовое обеспечение информационной безопасности

Кванталиани Ирма Элгуджевна,  
аспирант кафедры международного права  
юридического факультета  
Российский университет дружбы народов

Научный руководитель:  
Жданов Николай Васильевич,  
д.п.н., профессор кафедры международного права  
юридического факультета  
Российский университет дружбы народов

Наше поколение является свидетелем глобального процесса перехода к информационным обществам, независимого от уровня развития социальных структур. Несмотря на то, что роль информационных процессов в обществе находится в прямой зависимости от экономического, культурного и политического уровня стран, процесс информатизации охватывает все страны и континенты, играя все возрастающую роль в процессе глобализации жизнедеятельности всего человечества<sup>1</sup>.

С началом информационной революции, с бурным развитием информационных и коммуникационных технологий, понятие «информационная безопасность» приобретает особую актуальность и практическую значимость. Как и межгосударственные отношения, процессы, происходящие в информационном пространстве, регулируются нормами международного права.

Международное сотрудничество в сфере обеспечения информационной безопасности является неотъемлемой составляющей политического, военного, экономического, культурного и других видов взаимодействия стран, входящих в мировое сообщество<sup>2</sup>.

В 2004 году, в соответствии с резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 58/32 была создана Группа правительственных экспертов ООН (ГПЭ) по вопросам международной информационной безопасности. Результатом деятельности ГПЭ стал доклад Генерального Секретаря ООН Генеральной Ассамблее в 2005 году, который является первым документом, отражающим видение международным сообществом всего комплекса вопросов информационной безопасности.

Актуальность обсуждения вопросов информационной безопасности как на уровне государств, так и в рамках специализированных учреждений системы ООН, обуславливается тем, что эти вопросы представляют собой не только теоретическую проблему, но и тесно связаны с объективной международно-политической реальностью.

---

1 Семенов Э.П. Глобализация и социальная роль информатики//Науч.-техн. информация. Сер. 1. Организация и методика информационной работы, 2003. № 1. С. 5

2 Капустин А.Я. Международные организации в глобализирующемся мире: Монография. М., 2010. С.23

Информационная безопасность состоит не только из защиты информации, но представляет собой совокупность организационных, социально-экономических, правовых мер, направленных на обеспечение стабильности общества и государства<sup>1</sup>.

Результатом прогресса в развитии информационных технологий является информационное пространство международного сообщества, которое некоторые ученые называют «информационной средой» или «киберпространством». Это сфера кардинально отличается от традиционных сфер: космическое, воздушное, морское пространства, земля и ее недра<sup>2</sup>.

Основными направлениями международного сотрудничества в сфере обеспечения информационной безопасности являются:

- запрещение разработки, распространения и применения «информационного оружия»;
- обеспечение безопасности международного информационного обмена, в том числе сохранности информации при ее передаче по национальным и международным телекоммуникационным каналам и каналам связи;
- координация деятельности правоохранительных органов стран, входящих в мировое сообщество, по предотвращению кибертерроризма;
- предотвращение несанкционированного доступа к конфиденциальной информации в международных банковских телекоммуникационных сетях и системах информационного обеспечения мировой торговли, к информации международных правоохранительных организаций, ведущих борьбу с транснациональной организованной преступностью, международным терроризмом, распространением наркотиков и психотропных веществ, незаконной торговлей оружием и расщепляющимися материалами, а также торговлей людьми.

Сотрудничество в области проблематики обеспечения МИБ расширяется, что подтверждает всемирная встреча на высшем уровне по вопросам информационного общества в два этапа: в Женеве 10-12 декабря 2003 года и в Тунисе 15-18 ноября 2005 года<sup>3</sup>. Совместными усилиями удалось выработать документы, отражающие общий взгляд мировой общественности на проблемы, возникшие в результате стремления человечества овладеть новыми информационными технологиями, с целью использования их потенциала для прогрессивного развития<sup>4</sup>. Были приняты следующие международные декларативные документы:

«Декларация принципов: Построение информационного общества - глобальная задача в новом тысячелетии» (Всемирная встреча на высшем уровне по вопросам информационного общества WSIS-03/GENEVA/DOC/4-R. Женева, 12 декабря 2003 года<sup>5</sup>;

1 Семкин. С. К. Основы информационной безопасности объектов обработки информации: Научно-практическое пособие. - Орел: Труд, 2010. С.128.

2 Колобов О.А., Яснев В.Н. Информационная безопасность и антитеррористическая деятельность современного государства: проблемы правового регулирования и варианты их решения. – Н. Новгород. Фин. фак-т ННГУ, 2001. С. 5.

3 <http://emag.iis.ru/arc/infosoc/emag.nsf/BPA/d0f3ad3906ebb239c32575a70029baea>.

4 Каламкарян Р.А. Кодификация международного права и международный правопорядок. М., 2008. С.87.

5 <http://www.internet-law.ru/law/int/intorgofdoc/wsis/decl.pdf>.

«План действий» (Всемирная встреча на высшем уровне по вопросам информационного общества WSIS-03/GENEVA/DOC/5-R. Женева, 12 декабря 2003 года<sup>1</sup>;

«Тунисская программа для информационного общества» (Всемирная встреча на высшем уровне по вопросам информационного общества WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-R. Тунис, 15 ноября 2005 года<sup>2</sup>;

«Тунисское обязательство» (Всемирная встреча на высшем уровне по вопросам информационного общества WSIS-05/TUNIS/DOC/6-R. Тунис, 18 ноября 2005 года<sup>3</sup>.

Разработка концепции нового международного информационного порядка является следующим этапом развития международно-правового регулирования обеспечения международной информационной безопасности<sup>4</sup>. НМИП это концепция развития международных информационных отношений на принципах справедливости, демократии, ненасилия, высокой нравственности и духовности.

---

1 [http://www.mcbs.ru/files/documents/Documents/plan\\_deistvij.pdf](http://www.mcbs.ru/files/documents/Documents/plan_deistvij.pdf).

2 <http://www.un.org/russian/conferen/wsis/agenda.pdf>.

3 <http://www.un.org/russian/conferen/wsis/agenda.pdf>.

4 Днепровский А.Г., Богданов О.В. Правовые проблемы нового международного информационного порядка.: М., Наука, 1989. С.142.

## Государство как участник внешнеэкономических сделок

Костюченко Яна Олеговна,  
студентка 1 курс Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щербинина Ольга Евдокимовна  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

С развитием многообразных форм международного сотрудничества, разнообразных сфер его осуществления, расширяется круг субъектов, его реализующих, включая и государства. Государства вступают в различные частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом, как имущественного, так и неимущественного характера. Как правило, правовой формой таких отношений выступают сделки, чаще всего внешнеэкономические.

В настоящее время внешнеэкономическую сделку определяют, исходя из положения ряда международных актов применительно к международным коммерческим контрактам, используя при этом такие термины как «сделка», «контракт», «договор». В частности из преамбулы Принципов международных коммерческих договоров<sup>1</sup> следует, что международный характер договора может определяться различными способами, предусмотренными как в национальном законодательстве, так и в международных актах. Это могут быть ссылки на место нахождения предприятия или обычное место пребывания сторон в различных странах, использование таких критериев как договор, имеющий «существенные связи более чем с одним государством», затрагивающий интересы международной торговли. Представляется, что такое понимание международного коммерческого контракта можно применить и к сделкам, в которых одной из сторон является государство.

Заключением соответствующих сделок с участием государства оформляется выпуск займов и облигаций, продаваемых иностранцам; заключение концессионных соглашений и торговых сделок; заключение инвестиционных контрактов - соглашений; арендные и подрядные отношения с иностранным участием и др. Довольно часто государство в качестве стороны сделки с иностранным элементом выступает при заключении инвестиционных контрактов - соглашений, согласно которым иностранный инвестор осуществляет вложения в экономику принимающего государства в виде денежных средств, имущества, прав пользования и т.п., а государство предоставляет иностранному инвестору определенные гарантии, например, свободный вывоз с территории принимающего государства доходов, полученных от инвестиционной деятельности, страхование инвестиций, внесенных иностранным инвестором в экономику принимающего государства,

---

<sup>1</sup> Принципы международных коммерческих договоров. М., 1996.

запрет национализации<sup>1</sup>. В странах так называемой «налоговой гавани» (например, Бельгия, Нидерланды, Люксембург) для того, чтобы привлечь в экономику капитал из-за рубежа иностранным инвесторам предоставляются налоговые и другие льготы, стимулирующие инвестиционные вложения<sup>2</sup>.

Одной из форм частных прямых иностранных инвестиций являются концессии, цель которых заключается в развитии или восстановлении национальной экономики, освоении природных богатств и т.п. По концессионному договору государство передает в эксплуатацию частному инвестору на определенный срок природные ресурсы, предприятия и другие хозяйственные объекты, принадлежащие государству, за определенную договором плату<sup>3</sup>. Государство сохраняет на объект концессии свои права, если иное не предусмотрено сторонами в договоре; прирост имущества, связанный с осуществлением деятельности по договору концессии, является государственной собственностью. Если в процессе осуществления концессионной деятельности произошло расширение концессионных объектов, то государство обязано возместить затраты концессионеру<sup>4</sup>. В России, Кыргызстане<sup>5</sup>, Венгрии<sup>6</sup>, Норвегии<sup>7</sup>, Болгарии<sup>8</sup>, Польше<sup>9</sup>, Румынии<sup>10</sup>, Казахстане<sup>11</sup> и в ряде других стран порядок заключения и условия таких договоров регулируются в законодательном порядке. В соответствии с соглашением о разделе продукции<sup>12</sup> государство предоставляет инвестору на возмездной основе на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, а инвестор обязуется осуществить проведение работ за свой счет и на свой риск. Полученная продукция подлежит разделу между инвестором и государством. Представляется, что государству выгодно заключать соглашения о разделе продукции, так как инвестор осуществляет указанную деятельность за свой счет и на свой риск (нет необходимости расходовать национальный бюджет на поиски, разведку, добычу минерального сырья), осуществляя определенные вложения в экономику государства в виде платы за предоставление соответствующих исключительных прав.

В законодательстве имеет место также дефиниция такого соглашения как сервисное соглашение<sup>13</sup> с риском и без риска, а именно: по данному договору государство предоставляет иностранному инвестору на срочной основе право

---

1 Об иностранных инвестициях в Российской Федерации. Федеральный закон РФ от 09.07.1999 (ред. от 06.12.2011) // СПС КонсультантПлюс.

2 Налоговые гавани Нидерландов // [Электронный ресурс] – URL: [http://www.businesspress.ru/newspaper/article\\_mId\\_36\\_aId\\_403093.html](http://www.businesspress.ru/newspaper/article_mId_36_aId_403093.html).

3 О концессионных соглашениях. Федеральный закон РФ от 21.07.2005 (ред. от 19.07.2011) // СПС КонсультантПлюс.

4 Закон Польши о хозяйственной деятельности от 19.11.1999 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.polska.ru/biznes/biznes/rejestracja.html>.

5 Закон Кыргызской Республики о концессиях и иностранных концессионных предприятиях в Кыргызской Республике от 06.03.1992 г. // [Электронный ресурс] – URL: [http://www.base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?Rgn=245](http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?Rgn=245).

6 Меркулова Т.А. Закон о концессиях // Законодательство зарубежных государств. Реферативный сборник № 1. М., 1992. - С. 63-65.

7 Воробьев А.А. Роль концессионной системы Норвегии в освоении шельфа // [Электронный ресурс] – URL: [http://vestnik.mgimo.ru/files/20/27\\_Vorobyov.pdf](http://vestnik.mgimo.ru/files/20/27_Vorobyov.pdf).

8 Закон Болгарии о концессии от 01.07.2006 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.bulgaris.ru/AGPokonzesii/okonzesii001.html>.

9 Закон Польши о хозяйственной деятельности от 19.11.1999 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.polska.ru/biznes/biznes/rejestracja.html>.

10 Закон Румынии о коммерческих предприятиях 1990 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.romanianlawoffice.com/company-types-russian.htm>.

11 Закон Республики Казахстан об иностранных инвестициях от 27.12.1994 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=00024&uro=08001>.

12 О соглашениях о разделе продукции. Федеральный закон РФ от 30.12.1995 (ред. от 19.07.2011) // СПС КонсультантПлюс.

13 Дьяченко С. Нефтяные концессионные соглашения // Нефть, газ, право. 1996. № 6 (12). С. 28 – 35.

на осуществление конкретных видов работ и услуг, предусмотренных соглашением. При этом продукция, полученная в результате осуществления таких работ и услуг, остается в собственности государства. Некоторые авторы (С.Б. Немченко<sup>1</sup>, Н.В. Данилова<sup>2</sup>) полагают, что соглашение о разделе продукции является по своим признакам сервисным соглашением с риском и выделяется в отдельную категорию в связи с тем, что выплата возмещения и вознаграждения инвесторам производится в виде части добытого сырья.

Государство обычно участвует в международных частноправовых отношениях через свои государственные органы, статус которых определяется по праву принадлежности соответствующей стране. Действия государственного органа, как подчеркивает В.А. Канашевский<sup>3</sup>, рассматриваются как действия самого государства. Э.Х. де Аречага<sup>4</sup> заметил по этому поводу: «государство ответственно за свои органы, только за свои органы и за все свои органы».

От государственных органов необходимо отличать юридические лица, созданные государством. Юридические лица в отличие от государственных органов являются самостоятельными участниками гражданского оборота. Правовой статус таких субъектов (правоспособность, объем ответственности по своим долгам и т.д.) должен определяться правом государства, которое их создало.

Согласно ст. 126 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>5</sup> государство не несет ответственности за действия созданных им юридических лиц (исключение предусмотрено п. 5 ст. 115 ГК РФ: государство несет субсидиарную ответственность по обязательствам казенного предприятия в случае недостаточности его имущества), а последние не отвечают по долгам государства. По мнению В.А. Канашевского<sup>6</sup>, данные положения распространяются в равной степени на внешнеторговые объединения, которые действуют в форме унитарных предприятий.

Особенность участия государства в договорных отношениях с иностранными физическими или юридическими лицами, правовое положение государства в международных сделках обусловлены иммунитетом государства, порожденным государственным суверенитетом.

В настоящее время по вопросу об иммунитете государств нет единообразия: некоторые государства занимают позицию абсолютного иммунитета, другие придерживаются принципа функционального иммунитета.

В ряде стран (например, в США<sup>7</sup>, Сингапуре<sup>8</sup> и Великобритании<sup>9</sup>) приняты специальные законы о государственном иммунитете, которые

1 Немченко С.Б. Соглашение о разделе продукции – как правовой механизм рационального природопользования // [Электронный ресурс] – URL: <http://uristrus.narod.ru/articles/soglashenie.htm>.

2 Данилова Н.В. Право государственной собственности на недра. Дисс. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук. Тюмень, 2003. С. 147.

3 Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. М., 2008. С. 522-523.

4 Хименес де Аречага Э. Современное международное право. М., 1983. С. 416 - 417.

5 Гражданский кодекс Российской Федерации. М., 2011.

6 Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. М., 2008. С. 523.

7 Закон США об иммунитете иностранных государств 1976 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://book.net/index.php?p=chapter&bid=3469&chapter=135>.

8 Закон Сингапура об иммунитете иностранного государства 1979 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://video.zakon.kz/208826-immunitet-gosudarstva-absoljutyjni-ili.html>.

9 Закон Великобритании об иммунитете государств 1978 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://video.zakon.kz/208826-immunitet-gosudarstva-absoljutyjni-ili.html>.

закрепляют принцип функционального иммунитета. В Российской Федерации специального закона об иммунитете государства нет, но разработан проект Федерального закона РФ об иммунитете иностранных государств и их собственности<sup>1</sup>, который исходит из концепции функционального иммунитета иностранного государства.

В национальном законодательстве некоторых государств, а именно в Федеральном законе РФ о соглашениях о разделе продукции<sup>2</sup>, ГК РФ, ГПК Казахстана<sup>3</sup>, АПК РФ<sup>4</sup>, в Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь<sup>5</sup> и в Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Узбекистан<sup>6</sup> указано, что иностранное государство обладает иммунитетами (от предъявленного к нему иска, от принятия к нему мер по обеспечению иска и от обращения взыскания на его имущество) только в случае, когда оно выступает «в качестве носителя власти» (принцип функционального иммунитета). Принципа функционального иммунитета придерживается и Турция, так согласно турецкому законодательству юрисдикционные иммунитеты не предоставляются иностранному государству по правовым спорам, возникающим из частноправовых отношений<sup>7</sup>. В соответствии с чешским законом о международном частном праве и процессе<sup>8</sup> иностранные государства не подлежат юрисдикции судов данных государств, кроме случаев, когда они действовали в качестве частных лиц вне рамок своих официально-властных функций.

В то же время ст. 401 ГПК РФ<sup>9</sup>, ст. 553 ГПК Республики Беларусь<sup>10</sup>, ст. 389 ГПК Республики Узбекистан<sup>11</sup> закрепляют за иностранными государствами абсолютный иммунитет, в соответствии с которым процессуальные действия по отношению к иностранному государству допускаются только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором или федеральным законом.

Международные акты, такие как Европейская конвенция об иммунитете государства 1972 года<sup>12</sup>, Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности<sup>13</sup>, Кодекс Бустаманте<sup>14</sup>, закрепляют, что государства не вправе ссылаться на иммунитет, если они осуществляют

---

1 Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации о проекте Федерального закона о юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности от 08.04.2011 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 16.

2 О соглашениях о разделе продукции. Федеральный закон РФ от 30.12.1995 г. (ред. от 19.07.2011) // СПС КонсультантПлюс.

3 Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.07.1999 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.bulgaris.ru/AGPokonzesii/okonzesii001.html>.

4 Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. М., 2012.

5 Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15.12.1998 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=hk9800219&p2={NRPA}>.

6 Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Узбекистан от 01.01.1998 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://zakonuz.com/?class=kibv>.

7 Турецкий кодекс о международном частном праве и международном гражданском процессе 2007 г. // Журнал международного частного права. 2009. № 3 (65). С. 71.

8 Закон Чехии о международном частном праве и процессе // Международное частное право: иностранное законодательство. М., 2000. С. 615.

9 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. М., 2012.

10 Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь от 11.01.1999 г. // [Электронный ресурс] – URL: <http://pravo.kulichki.com/vip/gpk/index.htm>.

11 Гражданский процессуальный кодекс Республики Узбекистан от 01.01.1998 г. // [Электронный ресурс] – URL: [http://fmc.uz/legisl.php?id=k\\_grajjd\\_pr](http://fmc.uz/legisl.php?id=k_grajjd_pr).

12 Европейская конвенция об иммунитете государства 1972 года // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.zonazakona.ru/law/abro/389>.

13 Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года // [Электронный ресурс] – URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/state\\_immunities.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/state_immunities.shtml).

14 Кодекс Бустаманте // Международное частное право: иностранное законодательство. М., 2000. С. 785.

деятельность, несвязанную с выполнением государственных функций (например, заключают коммерческие сделки).

При рассмотрении проблемы иммунитета возникает вопрос о том, кто от имени государства имеет право ссылаться на государственный иммунитет?

Как правило, понятие «иностранное государство» включает в себя главу государства, правительства, агентство, учреждение иностранного государства. Законодательство и судебная практика Великобритании, США, Франции и ФРГ<sup>1</sup>, а также Европейская конвенция 1972 года<sup>2</sup>, Конвенция ООН 2004 года<sup>3</sup>, признают, что исполнительные органы государства подпадают под определение иностранного государства и могут включать в себя подразделения правительства. Для того, чтобы определить, какие органы «входят» в понятие «иностранное государство», английские суды применяют концепцию «суверенных полномочий»<sup>4</sup>. Например, в деле *Propend Finance Pty. LTD vs. Sing* (1997)<sup>5</sup> судом было признано, что выполнение полицейских функций является «правительственной деятельностью».

В американском законе об иммунитете иностранных государств 1976 года не содержится определения государства как такового, а лишь указывается, что понятие «иностранное государство» включает в себя политическое подразделение иностранного государства или агентство или учреждение этого иностранного государства».

Необходимо различать действия для осуществления суверенных полномочий – «*de jure imperii*», и действия в ходе осуществления коммерческой деятельности – «*de jure gestionis*». Х. Шах<sup>6</sup> пишет, что если самостоятельным образованием осуществляются суверенные функции, то оно может претендовать на тот же иммунитет, что и само государство. По этому поводу И.В. Силкина<sup>7</sup> в качестве примера называет решение по делу *David M. Roeiter vs. Islamic Republic of Iran (2003)*, в котором Министерство иностранных дел Ирана было признано Апелляционным судом США частью государства для целей иммунитета, так как осуществление внешней политики является важной и неотъемлемой государственной функцией.

Ни в литературе, ни в правовых актах не существует единства относительно того, распространяется ли иммунитет на части федеративного государства. Так, согласно Европейской конвенции 1972 года, части федеративного государства не пользуются иммунитетом, однако федеративное государство может заявить путем уведомления, адресованного Генеральному Секретарю Совета Европы, о распространении действия иммунитета на часть федеративного государства. Например, в деле *Bank of Credit and Commerce*

1 Дмитриева Г.К. Международное частное право. Учебник. М., 2000. С.266.

2 Европейская конвенция об иммунитете государства 1972 года // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.zonazakona.ru/law/abro/389>.

3 Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года // [Электронный ресурс] – URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/state\\_immunities.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/state_immunities.shtml).

4 Fox H.P. The Law of State Immunity. Oxford, 2002 // [Электронный ресурс] – URL: [http://www.disszakaz.com/catalog/aktualnie\\_problemi\\_immuniteta\\_inostrannogo\\_gosudarstva\\_i\\_ego\\_sobstvennosti\\_v\\_mezhdunarodnom\\_chastnom.html](http://www.disszakaz.com/catalog/aktualnie_problemi_immuniteta_inostrannogo_gosudarstva_i_ego_sobstvennosti_v_mezhdunarodnom_chastnom.html).

5 *Propend Finance Pty. LTD vs. Sing* // [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=49916e572>.

6 Шах Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 4-5.

7 Силкина И.В. Лица, имеющие право ссылаться на государственный иммунитет: современные тенденции в зарубежной судебной практике // Московский журнал международного права. 2005. №1. С. 5.



*International (Overseas) vs. Price Waterhouse (afirm) and Others (1996)* было установлено, что эмират Абу-Даби является составной частью ОАЭ, однако в отношении него не было дано приказа в Совете, и, следовательно, он рассматривался судом в качестве «самостоятельного образования»<sup>1</sup>.

Вызывающим наибольшую дискуссию является вопрос о том, распространяется ли государственный иммунитет на юридическое лицо государства, государственную корпорацию? Статья 27 Европейской конвенции 1972 г. определяет, что любое образование, отдельное от государства и наделенное правоспособностью, не включается в понятие государства (даже если этому подразделению поручено выполнение функций государственной власти) и может быть привлечено в суды другого государства. Вопрос о том, является ли то или иное образование отдельным от иностранного государства, решается в конкретном случае в соответствии с правом данного иностранного государства<sup>2</sup>, а также следует учитывать все обстоятельства, которые позволят установить, находится ли данное «образование» под правительственным контролем, то есть предоставление иммунитета должно зависеть от степени правительственного контроля<sup>3</sup>. В то же время американский Закон 1976 года к понятию иностранного государства относит агентства и учреждения и, следовательно, распространяет на них иммунитет государства.

Характеризуя государство как участника внешнеэкономических сделок, следует обратить внимание на вопрос о праве, применимом к таким сделкам. По мнению В.А. Канашевского<sup>4</sup>, в связи с особым положением государства в международных хозяйственных отношениях к его обязательствам может применяться только национальное право, кроме случаев, когда государство прямо выразило свое согласие на применение иностранного права. Однако, позиция автора не является бесспорной, поскольку из анализа правовых актов (ст.1211 ГК РФ<sup>5</sup>, ст. 44 Закона Украины о международном частном праве<sup>6</sup>, ст. 1 венгерского Указа<sup>7</sup>, ст. 616 ГК Литвы<sup>8</sup>, ст. 61 Кодекса международного частного права Болгарии<sup>9</sup>) следует, что если стороны договора, одной из которых выступает государство, как субъект хозяйственных отношений, не определили право, подлежащее применению к этому договору, то применимое право определяется согласно коллизионным нормам международного частного права. Следовательно, это может быть и право государства, которому принадлежит иностранный партнер, выступающий в контракте стороной с государством.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

---

1 International Law Reports. Volume 111. Cambridge University Press. 1998.

2 European Convention on State Immunity. Explanatory Report // Официальный сайт Совета Европы: // [Электронный ресурс] – URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/ca/Reports/Html/074A.htm>.

3 Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982. С. 123.

4 Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008. С. 541.

5 Гражданский кодекс Российской Федерации. М., 2011.

6 Журнал международного частного права. 2006. № 1.

7 Указ Президиума Венгерской Народной Республики о международном частном праве 1979 г. // Международное частное право: иностранное законодательство. М., 2000. С. 232-233.

8 Гражданский кодекс Литвы // Международное частное право: иностранное законодательство. М., 2000. С. 401.

9 Журнал международного частного права. 2009. № 1 (63). С. 60.

- государство может быть участником сделок с иностранными лицами, осуществляя их как непосредственно, так и через свои органы, но при этом в национальном законодательстве государств по-разному решается вопрос о наличии у государства иммунитета;

- государственным иммунитетом наделено как само государство, его органы, так и отдельные от него, самостоятельные образования (например, «агентства»), в случае осуществления ими суверенных функций государства;

- сделки с участием государства подчиняются как праву самого государства, так и праву, применимому в соответствии с коллизионными нормами международного частного права.

Информация с ограниченным доступом, составляющая коммерческую тайну: сравнительная характеристика правового положения и мер охраны.

## Понятие и признаки информации с ограниченным доступом

Кошляк Дмитрий Викторович,  
студент 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Правовой институт информации с ограниченным доступом в коммерческой сфере занимает особое место в правовых системах разных стран. Исследованием данной темы занимается множество авторов, однако сравнительных исследований комплексного характера не проводилось.<sup>1</sup>

Согласно российскому законодательству информация, составляющая коммерческую тайну (секрет производства), это «сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны» (ч.2 ст.3 ФЗ «О коммерческой тайне»)<sup>2</sup>

Информация, в отношении которой может быть введен режим коммерческой тайны это так называемая коммерчески значимая информация (КЗИ).<sup>3</sup> Следовательно, коммерческая тайна это совокупность отношений, возникающих по поводу КЗИ с особым статусом, который определяется наличием дополнительных признаков.<sup>4</sup>

Критерием отнесения сведений к информации имеющей коммерческую значимость служит признак «коммерческой ценности для лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью».<sup>5</sup> Этим признаком обладают как действительно, так и потенциально ценные сведения. О коммерческой ценности сведений будет свидетельствовать, например, факт их приобретения на предложенных их обладателем условиях.

Потенциальной коммерческой ценностью сведения закрытого характера будут обладать в случае их невостребованности возможными приобретателями в данный период времени в силу, например, недостаточности усилий обладателя сведений, направленных на пропаганду эффекта от их применения.

1 В данном направлении работают В.М. Богданов, М.С. Зельцер, А.Г. Картяшан, В.А. Северин, И.И. Салихов, Е.В. Шишмарева, И.Ю. Мирских, М. Schneider, M. Jager, M. Barrett, A. Vaumbach, M. Vixby, H. Kim, S. Stern, O.B. Добрынина, O.A. Гаврилова, В.Н. Лопатина и многие другие российские и зарубежные авторы.  
2 СЗ РФ. 2004, № 32. С. 3283.

3 Термин «коммерчески значимая информация» нашел широкое употребление в работах профессора В.А. Северина и является одной из важнейших категорий для искусственного выделения института коммерческой тайны в странах, где данный институт не сформировался или не нашел отдельного закрепления.

4 См. подробнее: Северин В. А., Коммерческая тайна в России, «Зерцало-М», 2007.

5 См. подробнее: Фатьянов А.А. Правовое обеспечение безопасности информации в Российской Федерации. М.: Юрист, 2001.; Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005.

Будучи востребованными, сведения из разряда потенциально ценных перейдут в действительно ценные.<sup>1</sup>

К коммерческой тайне не могут быть отнесены сведения, которые заведомо не могут обладать коммерческой ценностью. На практике часто возникают ситуации, когда руководители фирм относят к сведениям, составляющим коммерческую тайну, информацию не обладающую указанным признаком.<sup>2</sup>

Законодательство большинства стран содержит перечни сведений, в отношении которых не может быть установлен рассматриваемый режим.<sup>3</sup>

В России информация с ограниченным доступом должна отвечать определенным требованиям:

Коммерчески значимая информация не должна находиться в свободном доступе. Сведения теряют свой статус коммерческой тайны в случае, если они становятся общедоступными, т.е. отсутствует второй признак коммерческой тайны. Речь идет о случаях, когда, например, сам владелец информации опубликовал ее в СМИ и тем самым сделал ее известной широкому кругу лиц.

Владельцу сведений необходимо принять меры, обеспечивающие их конфиденциальность. Это означает, что информация не будет признана коммерческой тайной в тех случаях, когда ее владелец, хотя и не разгласил информацию сам, но не принял мер по ее охране от доступа других лиц, т.е. доступ к ней был открыт для каждого.<sup>4</sup>

Коммерчески значимую информацию с ограниченным доступом следует содержать так, чтобы ей можно было завладеть только противозаконным путем (хранить в сейфе или в служебном помещении). Владелец информации сам определяет ее статус, обеспечивает ее охрану, устанавливает порядок обращения с ней, определяет и ведет учет лиц, имеющих к ней доступ. Представляется необходимым закрепить в трудовом договоре обязанность работника соблюдать режим коммерческой тайны, а именно не разглашать информацию, ее составляющую, не использовать ее в личных целях, не разглашать ее после увольнения в течение определенного времени.<sup>5</sup> В связи с этим представляется ценным опыт зарубежных стран, где в трудовых договорах предусматривают запрет на дальнейшее трудоустройство в фирму конкурента.<sup>6</sup>

В России режим коммерческой тайны распространяется на «закрытую» и «охраняемую» коммерчески значимую информацию.<sup>7</sup>

При изучении данного института в ФРГ нами было выяснено, что аналогом российской коммерческой тайны является коммерческая и производственная тайна. Так, в своем решении по жалобе Deutsche Telecom AG

1 См.: Городов О.А. Недобросовестная конкуренция. Теория и правоприменительная практика. М.: Статут, 2008.

2 См.: Головастикова О., Сбереги коммерческую тайну // Известия (Москва), 2005, №20.

3 «Это сведения, содержащиеся в учредительных документах (договор, устав и пр.), в документах, позволяющих заниматься предпринимательством (лицензии, патенты и т.д.), данные о размерах имущества и денежных средств, о числе работающих, их зарплате и условиях труда, о вакансиях, о задолженности работодателей перед своими работниками, об уплате налогов, о нарушениях законодательства и фактах привлечения за это к ответственности и некоторые другие». Ст. 5 закона о коммерческой тайне: ФЗ от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // СЗ РФ. 2004, № 32. С. 3283.

4 Строганова И.В. Правовой режим конфиденциальной информации (гражданско-правовой аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004.

5 См.: Головастикова О., Сбереги коммерческую тайну // Известия (Москва), 2005, №20.

6 Соболева Т., Экономическая небезопасность красноярских компаний: как защитить свой бизнес? // Деловой квартал, 2007, № 24, С. 78.

7 Северин В. А. выделяет два вида КЗИ – открытую информацию и закрытую информацию, неизвестную третьим лицам, охраняемую ее обладателем в режиме «коммерческая тайна», составляющую небольшую, но самую ценную часть информации, необходимой для продвижения товаров и т.д.

федеральный конституционный суд ФРГ указал, что «под производственной и коммерческой тайной (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis) понимаются режимы информации, доступной ограниченному кругу лиц (признак секретности), доступ к которой ограничен (защита) владельцем в своих интересах».<sup>1</sup> При этом, под производственной тайной понимают информацию технического характера, а под коммерческой – информацию непосредственно коммерческо-предпринимательского характера. Это уровень дохода компании, списки клиентов, поставщик товаров, планы по развитию компании, и т.д.

В Германии отсутствует единый закон о коммерческой тайне и регулирование осуществляется отдельными актами. Нормы, посвященные охране данного института закреплены в законе «О недобросовестной конкуренции»<sup>2</sup> Нормы, касающиеся специальных производственных сфер, содержатся в отраслевом законодательстве.<sup>3</sup>

Немецкие авторы называют некоторые виды сведений, которые не могут охраняться режимом коммерческой тайны:<sup>4</sup>

- данные, которые становятся открытыми при прохождении процедуры по получению лицензии (Genehmigungsverfahren);

- информация, которая передается при оформлении патента;

- данные опубликованные в прессе;

- в силу прямого указания закона. Например, в п. 3 § 22 Закона «О защите людей и окружающей среды от воздействия вредных веществ» (Chemikaliengesetz) содержится закрытый перечень информации, которая не может быть защищена режимом коммерческой или производственной тайны;<sup>5</sup>

- информация, которая является очевидной для любого специалиста в данной области;

- информация, которая может быть получена заинтересованным лицом добросовестным путем и без больших трудностей.

Под открытостью и доступностью информации не следует автоматически понимать возможность её восприятия с помощью метода «обратного инжиниринга» (reverse engineering). Чем больше усилий требуется на такое «деконструирование», тем менее очевидна открытость и доступность информации.<sup>6</sup>

Суть этого метода заключается в изучении имеющегося в широкой продаже продукта с целью обнаружения секретов его работы или того, как он сделан. Источником информации при обратном инжиниринге выступает продукт, находящийся в широкой продаже, приобретаемый на законных основаниях (законный источник). Соответственно такой способ получения информации, составляющей коммерческую тайну, по формальным признакам не может быть признан противозаконным.

1 BvR 2087/03 (87) // [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060314\_1bvr208703.html].

2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb // [http://www.gesetze-im-internet.de/uwag\_2004/\_17.html].

3 См. напр.: Umweltinformationsgesetz, Chemikaliengesetz и т.д.

4 Stern S., Der Schutz von Unternehmensdaten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltinformationsgesetz, GRIN, 2010, (30).

5 Chemikaliengesetz // [http://www.gesetze-im-internet.de/chemg/\_22.html].

6 Kim, H., Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach dem Umweltinformationsgesetz, Berlin: P. Lang, 1999, (103).

Однако это верно только в том случае, если производитель не предпринял меры по сохранению признака секретности. Методы борьбы с обратным техническим анализом можно разделить на технические (различные технические ухищрения, приводящие, например, к саморазрушению "секретных" структур продукта при попытке нарушить его целостность или произвести копирование) и юридические. Так, некоторые производители включают в договоры купли-продажи пункт о запрещении в отношении приобретаемого товара проведения обратного инжиниринга.<sup>1</sup>

На наш взгляд, в ФРГ и РФ к конфиденциальности информации предъявляются практически аналогичные требования.

Принципы режима коммерческой тайны закреплены в некоторых международных актах. Так, п. 2 ст. 39 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)<sup>2</sup> содержит правила, определяющие требования к минимальному объему понятия закрытой информации, правомерно находящейся под контролем физических и юридических лиц, относящейся к коммерческой тайне. Указанная информация должна быть:

- секретной в том смысле, что она в целом или в определенной конфигурации и подборе ее компонентов не является общеизвестной или легкодоступной лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией,

- коммерчески ценной в силу своей секретности,

- объектом надлежащих в данных обстоятельствах шагов, направленных на сохранение ее секретности со стороны лица, правомерно контролирующего эту информацию.

Сравнительный анализ позволяет сделать вывод об унификации требований к информации с ограниченным доступом на национальном и международном уровнях.

Цели, задачи и классификация мер по охране информации.

Под защитой информации с ограниченным доступом подразумевается:

- деятельность, направленная на предотвращение утечки конфиденциальной информации, несанкционированных и непреднамеренных воздействий на конфиденциальную информацию.<sup>3</sup>

- комплекс административных, организационных и технических мероприятий по ограничению доступа к информации и ее носителям в целях обеспечения ее сохранности и недоступности третьим сторонам.<sup>4</sup>

- принятие правовых, организационных и технических мер, направленных на:

1. обеспечение защиты информации от неправомерного доступа, уничтожения, модифицирования, блокирования, копирования, предоставления,

1 См.: Пронин К.В. Защита коммерческой тайны. М.: ГроссМедиа, 2006.

2 «Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights» // [http://www.wto.org/english/docs\_e/legal\_e/27-trips\_04d\_e.htm].

3 Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о сотрудничестве в области защиты информации, 9 июля 1997 г. // Бюллетень международных договоров. 1997. № 10. С. 71.

4 Соглашение между Правительством РФ и Правительством Словацкой Республики о защите информации ограниченного доступа, 29 апреля 1997 г. // Бюллетень международных договоров. 1997. № 9. С. 47.

распространения, а также от иных неправомерных действий в отношении такой информации;

2. соблюдение конфиденциальности информации ограниченного доступа;
3. реализацию права на доступ к информации.<sup>1</sup>

В национальном законодательстве закреплены меры по защите информации и критерии их эффективности.<sup>2</sup> Они являются достаточными, если:

1. исключается доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, любых лиц без согласия ее обладателя;
2. обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны.

Меры по обеспечению конфиденциальности можно классифицировать на внутренние и внешние. В литературе выделяют так же правовые, организационные, технические и психологические меры.<sup>3</sup> Нами будут рассмотрены именно правовые меры.

Применение внутренних мер по обеспечению конфиденциальности направлено на рабочий персонал предприятия. Такие меры являются наиболее эффективным способом обеспечения безопасности информации независимо от принадлежности владельца информации к той или иной правовой системе.<sup>4</sup> Их наличие затруднит деятельность не только инсайдеров, но и служб экономической разведки конкурирующих компаний.

На наш взгляд, эффективной мерой охраны информации с ограниченным доступом может стать закрепление в трудовом договоре определенных обязанностей сотрудников хозяйствующего субъекта, имеющих доступ к сведениям, составляющим коммерческую тайну:

Представляется необходимым предусмотреть обязанность работника по выполнению требований инструкций, положений, приказов по обеспечению сохранности коммерческой тайны.<sup>5</sup>

В трудовой договор следует включить пункт, запрещающий использовать знание коммерческой тайны для занятий деятельностью, которая может нанести ущерб хозяйствующему субъекту, в том числе и спустя некоторое время после увольнения.

Другой эффективной правовой мерой безопасности может стать принятие инструкции или положения о безопасности информации, где обязательно должны найти отражение следующие вопросы:

1. Состав и объем сведений, составляющих коммерческую тайну;

---

1 Об информации, информационных технологиях и о защите информации: ФЗ РФ от 27 июля 2006 № 149-ФЗ (ред. от 06.04.2011, с изм. от 21.07.2011) // Российская газета, 2006, № 165.

2 О коммерческой тайне: ФЗ от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // СЗ РФ. 2004, № 32. С. 3283.

3 См. подробнее: Брединский А., Берушавили А., Защита коммерческой тайны: Теория и практика // [\[http://www.sec4all.net\]](http://www.sec4all.net).

4 Акцент на определяющее значение воздействия на персонал при экономической разведке делается во всей узкоспециальной литературе по данной теме. См. например: Столяров Н. В. Зарубежный опыт защиты информации в процессе организации работы с кадрами (на примере США) // [\[http://www.sec4all.net\]](http://www.sec4all.net); Р-система: введение в экономический шпионаж: практикум по экономической разведке в современном российском предпринимательстве. М.: Хамтек паблишер, 1997; Нежданов И.Ю. Технологии конкурентной разведки, 2010 // [\[forum.razved.info/pdfs/Igor-Nezhdanov-Tekhnologii-Razvedki.pdf\]](http://forum.razved.info/pdfs/Igor-Nezhdanov-Tekhnologii-Razvedki.pdf).

5 Помимо положений и требований для персонала большое значение имеют инструкции службы безопасности фирмы (включая требования к самим сотрудникам) и являются отдельным интересным предметом исследований в сфере обеспечения охраны информации.

2. Процедура допуска работников хозяйствующего субъекта, а также лиц, привлекаемых к его деятельности, к сведениям, составляющим коммерческую тайну. Помимо обычных проверок благонадежности и подписания договора о неразглашении можно предусмотреть специальные квалификационные требования. Например, в США такой допуск возможен только после получения работником специального сертификата в результате обучения на тренинге по вопросам коммерческой тайны.<sup>1</sup>

3. Вопросы ответственности за обеспечение сохранности коммерческой тайны.

4. Процедура по передаче всех носителей информации, составляющих коммерческую тайну, которые находились в его распоряжении, соответствующему должностному лицу или в соответствующее подразделение хозяйствующего субъекта при увольнении работника.

5. Во внутренних документах необходимо предусмотреть обязанность работника немедленно сообщить соответствующему должностному лицу или в соответствующее подразделение хозяйствующего субъекта в случае попытки посторонних лиц получить от работника сведения, составляющие коммерческую тайну.<sup>2</sup> Особое внимание следует обращать на деятельность сотрудников компаний, занимающихся сбытом продукции и услуг. Такой персонал должен быть проинструктирован по вопросам информационной безопасности. Представляется необходимым, чтобы лица, занимающиеся сбытом, не обладали информацией о новых разработках, еще не поступивших в производство.

Внешние меры по обеспечению конфиденциальности коммерческой тайны применяются при осуществлении торгово-экономических, научно-технических, валютно-финансовых и других деловых связей, в том числе с иностранными партнерами. Примером таких мер является закрепление в гражданском договоре характера, состава сведений, составляющих коммерческую тайну и взаимных обязательства по обеспечению её сохранности в соответствии с избранным правом.<sup>3</sup>

Сравнительный анализ режима коммерческой тайны позволяет сделать вывод о гармонизации российского и немецкого законодательства в отношении отдельных требований к охраняемым сведениям. Вместе с тем, российское законодательство предоставляет владельцу информации с ограниченным доступом меньший объем прав в сфере использования мер охраны, чем законодательство ФРГ. На наш взгляд, для создания эффективного механизма охраны сведений с ограниченным доступом в коммерческой сфере ценным будет использование опыта зарубежных государств и международных стандартов.

---

1 Столяров Н. В. Зарубежный опыт защиты информации в процессе организации работы с кадрами (на примере США) // [http://www.sec4all.net]

2 При этом под «посторонними» следует понимать так же и персонал фирмы, без права доступа к охраняемой информации.

3 См.: Брединский А., Беручашвили А., Защита коммерческой тайны: Теория и практика // [http://www.sec4all.net].



## Особенности понятия права собственности в правоположениях Европейского суда и российской правовой системе

Лобанова Алена Сергеева,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сидорова Татьяна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Значение права собственности в жизни человека невозможно переоценить. Каждый из нас так или иначе сталкивался с понятиями имущество, вещь, собственность. Право собственности является центральным, системообразующим институтом частного права. Нормы этого института в той или иной степени оказывают влияние на различные отрасли права. Право частной собственности — одно из фундаментальных личных прав, рассматривающееся в области имущественного права.

На международном уровне принята ценностная концепция права собственности. Ее отличительными свойствами являются: равенство субъектов частной собственности, распространение права собственности на объекты, обладающие признаками экономической ценности и наличности, вне зависимости от их материальной или нематериальной природы, широкие полномочия собственника, существование неопределенного круга носителей пассивных обязанностей, а также возложение на государство дополнительно активных обязанностей по обеспечению права собственности.<sup>1</sup>

Так статья 17 Всеобщей декларации прав человека (далее Декларация) предусматривает, что каждый человек имеет право владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими и никто не должен быть произвольно лишен своего имущества.

Более последовательно и объемно защита права частной собственности проводится в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее Конвенция). Статья 1 Протокола № 1 к Конвенции предусматривает, что каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своего имущества (possessions). Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права. При этом указывается, что предыдущие положения не умаляют права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Учебный курс (учебно-методический комплекс) / Забелова Л.Б. М. ТК-Велби, 2006. С. 17.

или штрафов. Но в некоторых странах, например Германии и Швеции, интересы общества главенствуют над интересами частной собственности, право на имущество ограничено прогрессивными налогами, которые устанавливают экономические барьеры, противодействуя чрезмерной концентрации собственности у частного лица.

На национальном уровне право собственности закреплено в ст. 8 и ст. 35 Конституции РФ, в которых, также как и международных актах, отмечается охрана этого института действующим законодательством, защита от произвольного незаконного лишения имущества, подчеркивается что в некоторых случаях интерес общества может стоять выше частного и принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения.

Но несмотря на нормативную регламентацию имеется проблема в определении права собственности, поскольку, в различных государствах и международно-правовых договорах взгляды.

В научных кругах существуют различные точки зрения на вопрос понятия собственности. Одни отрицают его как понятийно-содержательную категорию, другие, наоборот, считают емким, а практики ЕСПЧ вовсе

Так А.А. Рябов пишет: «Использование общего понятия «право собственности» для научного правосознания в ряде случаев приобретает характер презумпции. Если доподлинно не установлено иное, единство одноименных юридических явлений подразумевается. И это является отправной точкой».<sup>1</sup>

Д.М. Генкин ссылается на утверждение К. Маркса, что «попытка формулирования понятия права собственности - есть ошибка, поскольку собственность и право собственности для каждой эпохи, для каждой общественно-экономической формации своя. В стремлении определить собственность, как независимое отношение, как особую категорию, как абстрактную и важную идею - значит впадать в метафизическую ошибку»<sup>2</sup>

К.И. Скловский утверждает, что право собственности является наиболее полным воплощением личности в вещи.<sup>3</sup>

Наиболее интересно мнение М.А. Рожковой, поскольку обладает высокой практической значимостью. Она утверждает, что термин «собственность», употребляемый в постановлениях Европейского суда по правам человека (далее ЕСПЧ), не позволяет уяснить смысл и значимость сформулированных им правоположений в силу разного смысла, вкладываемого при переводе норм. Она отмечает, что в переводе использован «бытовизм» т.к. Протоколом № 11 к Конвенции ее текст, нумерация статей, и их заголовки были существенно изменены. В связи с чем ст. 1 Протокола № 1 получила название "Protection of property", что в официальном переводе звучит как «Защита собственности». Старая редакция этой статьи говорила о праве беспрепятственно пользоваться

1 Рябов А.А. Проблемы понятия права собственности //Собственность: Теория и практика. Сб. науч. статей. М.: МГЮА, 1998. С. 191.

2 Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М.: Победа, 1961. С. 30-31.

3Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. Пособие.- 2-е изд./ Под ред. К.И. Скловского. М. Дело, 2000. С. 149.

своим имуществом, а новая редакция уже регламентирует право на уважение своей собственности.

В свою очередь эта погрешность привела к следующим последствиям:

1. Прецедентная практика ЕСПЧ пошла по пути толкованию понятия «имущество» в широком автономном смысле.

2. Устоялось мнение о том, что в ст. 1 Протокола № 1 закреплено право собственности как одно из основных прав человека. «Гарантируя право собственности в рассматриваемой статье, мы демонстрируем непонимание разницы между понятиями право собственности и объекты имущественных прав, экономические активы, отождествляем эти понятия. В результате этого предпринимается попытка применять конструкции права собственности к категориям, которые не относятся к таковым. Поскольку подобный подход бесперспективен изначально, то делается вывод об автономном значении права собственности в практике ЕСПЧ, которое не совпадает со значением в национальных правовых системах» аргументирует Рожкова М.А.<sup>1</sup>

-Следует особо отметить, что в решениях ЕСПЧ институт защиты права собственности получил особое развитие, которое можно определить как отход от вещно-правовой концепции права собственности. Известно, что понятие «собственность», содержащееся в ЕКПЧ, имеет автономное значение, основанное на ценностной концепции права, для которой характерно распространение институтов прав собственности и способов защиты этого права на все оборотоспособные объекты, обладающие признаками экономической ценности, вне зависимости от материальной или нематериальной природы этих объектов, а также на определенные и исполнимые требования. Именно по признаку экономической ценности ЕСПЧ относит к имуществу:

-суммы, присужденные окончательным и обязательным судебным или арбитражным решением (Бурдов против России, п.59);

- права требования, в силу которых заявитель может претендовать на законное ожидание получить эффективное право на собственность (Принц Адам II, п. 83);

- лицензии на осуществление хозяйственной деятельности;

-будущий доход, если он уже был получен или является предметом определенного требования (пенсия) (Сторксен против Норвегии, п.88);

- клиентура ревизора или адвоката (Ван Мари, п.41);

- право долгосрочной аренды помещения (Лат Ридис, п. 55);

- право на акцию (Совтрансавто холдинг" (РФ) против Украины, п. 84).

В определенных ситуациях право собственности может быть ограничено, причем государство пользуется приоритетом в определении интересов общества, учитываемых при ограничении (Джеймс, п. 46).

В правоприменительной практики национальными судами РФ толкование значение права собственности, его защита не совпадают с правовыми категориями в прецедентах ЕСПЧ. Российские правоведы и судьи опираются на

<sup>1</sup> См.: Рожкова М.А. К вопросу о понятии «Собственность» в Конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека // Журнал международного права и международных отношений. 2009. № 3. С. 60-61.

вещно-правовую (объекты - материальные вещи) конструкцию права собственности, которая в ряде элементов (объекты, правомочия субъекта, круг обязанных лиц) значительно уже, чем ценностная концепция (объекты - материальные и нематериальные ценности, реально и эффективно участвующие в экономическом обороте), которой придерживаются судьи ЕСПЧ при истолковании понятия собственности применительно к ст. 1 Протокола № 1.<sup>1</sup>

Резюмируя вышесказанное отмечу:

- ст. 1 Протокола № 1 защищает право на имущество, а не право собственности;

- при толковании права собственности в практике ЕСПЧ необходимо применить прогрессивный подход, ценностную концепцию права собственности;

- правоположение о том, что значение право собственности, имущество не является автономным (не подлежат расширению при толковании) должно быть обязательным для всего мирового сообщества, независимо от национальной правовой системы и национального законодательства.

Единство понятийного аппарата позволит устранить существующие негативные последствия и проявит себя как превентивная мера.

---

<sup>1</sup> Нешатаева Т.Н. Уроки судебной практики о правах человека: Европейский опыт. М.: Городец, 2007. С. 22-24.

## Защита деловой репутации: сравнительный анализ

Санникова Алина Юрьевна,  
студентка 1 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Вопрос о защите деловой репутации один из самых дискуссионных в доктрине.

В качестве родового понятия по отношению к понятиям чести, достоинства и деловой репутации выступает понятие нематериального блага.

Нематериальные блага характеризуются двумя неразрывно связанными между собой признаками: отсутствие материального (имущественного) содержания, неразрывная связь с личностью носителя, предопределяющая неотчуждаемость и непередаваемость этого блага.

С.В. Потапенко обращает особое внимание на то, что «честь, достоинство и деловая репутация – в определенной мере близкие понятия, но, тем не менее, их следует различать. В действующем законодательстве нет определений и понятий чести, достоинства, деловой репутации. Это связано с тем, что моральное пространство гораздо шире правового».<sup>1</sup>

Деловая репутация представляет собой общественную оценку деловых и профессиональных качеств физического или юридического лица положительного содержания. Если распространены сведения, умаляющие деловую репутацию гражданина, то, как правило, здесь не возникает каких-либо сложностей при ее защите.

В каждом конкретном случае обладатель нарушенного права вправе выбрать подходящие для этого способы защиты, исходя из специфики и характера нарушения. Нередко способ защиты нарушенного права определен специальным законом, регламентирующим конкретное правоотношение.

Понятие "репутация"<sup>2</sup> находится в органической связи с честью и достоинством. Если представление о достоинстве личности исходит из принципа равенства всех людей в моральном отношении и их самооценки, то понятие чести, наоборот, дифференцированно оценивает людей, что тем или иным образом находит отражение в их репутации.<sup>3</sup> Понятие репутации в известном смысле совпадает с понятием чести в ее внешнем, объективном значении.<sup>4</sup> В репутации личности в большей мере проявляются ее деловые качества, чем морально-этические. Репутация человека в известном смысле

1 Потапенко С.В. Диффамационное право: гражданско-правовой аспект: уч. пособие. - Абакан. 2007. – С. 102.

2 От лат. geritatio - обдумывание, размышление.

3 Словарь по этике / Под ред. И.С. Кона, М., 1975. С. 351.

4 Маленина М.Н. Защита чести, достоинства, деловой репутации предпринимателями // Законодательство и экономика. 1993. № 24. С. 18-20.

формируется на основе его поведения и отношения к интересам других людей, общества и государства, складывается на основе его поведения посредством восприятия его облика другими людьми, что может являться источником существенной информации не только о вкусах и привычках, но и о внутренней сущности индивида.

Применение термина «деловая репутация» к юридическому лицу, не способному на моральные страдания, наталкивает нас на использование английского института *non-pecuniary damage*, "нематериального" вреда на юридические лица, который базируется на привлечении дополнительных оснований из практики Европейского Суда по правам человека.

Субъектами-носителями деловой репутации являются граждане, в том числе и индивидуальные предприниматели, а также юридические лица. Дискуссионным является вопрос, имеют ли государственные и муниципальные органы власти право на защиту деловой репутации? Судебная практика не отличается единством. Например, Европейский суд по правам человека в деле "Партия свободы и демократии против Турции"<sup>1</sup> посчитал, что политическая партия может требовать возмещения морального вреда в качестве компенсации ее разочарованным членам, считавшим себя потерпевшими. В России политические партии подобных процессов не инициировали.

Нам представляется обоснованной позиция судебных органов, которые признают государственные и муниципальные органы, в том числе и должностных лиц, носителями деловой репутации. Решением данной проблемы могло бы стать законодательное закрепление права юридического лица на защиту деловой репутации и возможность возмещения немущественного (репутационного) вреда.

Правовое регулирование защиты деловой репутации осуществляется комплексом актов, в который входят как международные акты, так и национальное законодательство.

В ряде стран правовое регулирование защиты деловой репутации осуществляется на уровне Гражданского кодекса (Россия, Беларусь). В других странах приняты специальные законы (Закон о диффамации Англии<sup>2</sup>). В некоторых странах защита деловой репутации основывается лишь на положениях Конституции. Примером служит Германия. О распространении сведений, порочащих деловую репутацию лишь косвенно упоминается в Конституции ФРГ. В Бельгии<sup>3</sup> защита деловой репутации осуществляется на основании общих принципов ответственности по деликтному праву.

Следует учитывать также и правовые позиции высших судебных органов, которые формируют единообразную практику по защите деловой репутации. В

---

1 Постановление Европейского суда по правам человека от 8 декабря 1999 года по делу «Партия свободы и демократии против Турции» // URL: <http://www.echr.coe.int>.

2 Закон о диффамации Англии 1952 года // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.legislation.gov.uk>.

3 Гражданский кодекс Бельгии // [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.rus-bel.org/node/4586>.

России они сформулированы в постановлениях Конституционного Суда РФ<sup>1</sup> и Верховного Суда РФ<sup>2</sup>.

Специфика личных нематериальных благ предопределяет выбор способов и пределов защиты. В зарубежных странах защита деловой репутации осуществляется по-разному. Эффективная система защиты закреплена в Законе о диффамации Англии 1952 г.<sup>3</sup> Согласно английскому закону действия по распространению таких сведений дифференцируются на квалифицированную клевету и простую клевету. Под первой понимается клевета, выраженная в письменной форме, а также в любой иной форме, которая придает распространению сведений постоянный характер, в то время как простая клевета является клеветой в устной или иной форме, придающей распространяемым сведениям временный (преходящий) характер.

Удовлетворение требований заявителя возможно, если потерпевшим будет доказано, что сведения являлись порочащими, относились к потерпевшему и были распространены.

В России под распространением сведений, порочащих честь и достоинство граждан и организаций понимается опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио и телевидению, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в иной форме неопределенно широкому кругу лиц, нескольким или хотя бы одному лицу. Сообщение таких сведений лицу, которого они касаются, не может признаваться их распространением. Сообщивший эти сведения практически не имеет возможности предотвратить их дальнейшее распространение.<sup>4</sup>

В рамках английского судопроизводства при рассмотрении дела судом присяжных в компетенцию судьи входит решение вопросов и материального права. В отношении исков, вытекающих из диффамации, судья должен решить вопрос о том, является ли высказывание (публикация) в принципе порочащим. В случае отрицательного вывода судья дело прекращает. В противном случае он передает дело присяжным заседателям, которые будут решать вопрос юридического факта, т.е. имело ли высказывание (публикация) порочащий характер в конкретном деле. При этом потерпевшему нет необходимости доказывать, что третьи лица, получившие соответствующие сведения,

---

1 Существование компенсации вреда, причиненного деловой репутации основано на правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в Определении от 4 декабря 2003 г. N 508-О: "Применимость того или иного конкретного способа защиты нарушенных гражданских прав к защите деловой репутации юридических лиц должна определяться исходя именно из природы юридического лица. При этом отсутствие прямого указания в законе на способ защиты деловой репутации юридических лиц не лишает их права предъявлять требования о компенсации убытков, в том числе нематериальных, причиненных умалением деловой репутации, или нематериального вреда, имеющего свое собственное содержание (отличное от содержания морального вреда, причиненного гражданину), которое вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения (пункт 2 статьи 150 ГК РФ). Данный вывод основан на положении статьи 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации, в соответствии с которым каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом". // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2005. N 4.

2 Согласно п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ доказывание соответствия действительности распространенных сведений лежит на ответчике. Истец обязан доказать факт распространения сведений лицом, к которому предъявлен иск, а также порочащий характер этих сведений. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2005. N 4.

3 Закон о диффамации Англии 1952 года // URL:<http://www.legislation.gov.uk>.

4 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 N 3 "О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц".

восприняли их как порочащие. Понятие "факт диффамации" относится к порочащему значению высказывания (публикации), а не к последствиям в отношении репутации потерпевшего. Как видим, не имеет правового значения, доверяют распространенным сведениям получившие порочащую информацию третьи лица или нет.

Честь, достоинство и деловая репутация считаются нарушенными при одновременном наличии определенных условий.

Например, в Беларуси, сведения для применения ст. 153 ГК Республики Беларусь, опровержения которых требует лицо, должны быть распространены, т.е. сообщены другим лицам или хотя бы одному лицу – гражданину или юридическому лицу.<sup>1</sup>

В английском законодательстве иной подход. Если в содержании порочащих сообщений высказывается мнение того или иного лица (в отличие от утверждения факта), добросовестный комментарий об общественной значимости ставших известными ответчику порочащих сведений не влечет ответственности за диффамацию. Он в этом случае обязан доказать, что в сообщении выражал свое мнение, а не утверждал наличие порочащего факта. И для ответчика, и для суда разграничение мнения фактов представляет собой не всегда простую задачу.

Мнение или комментарий может считаться добросовестным, если ответчик считал его верным и не имел умысла причинить вред потерпевшему. При этом необходимым условием исключения ответственности за мнение является его "общественная значимость". Английские суды понимают этот термин достаточно широко: все случаи, когда происходящее интересует многих людей и может произойти с ними или с другими людьми, считаются обстоятельством общественной значимости, что облегчает процесс доказывания.

Основанием ответственности за диффамацию является относимость распространенных порочащих сведений к потерпевшему. В Великобритании, по общему правилу, ответственность за диффамацию в соответствии с принципом общего права наступает независимо от вины распространителя порочащих сведений. В то же время в Законе 1952 г.<sup>2</sup> введено понятие "невиновная диффамация", ответственность за которую не наступает, если причинитель вреда делает предложение потерпевшему об опровержении распространенных порочащих сведений. Такое предложение должно быть сделано в приемлемой для потерпевшего форме (в частности, с извинениями) и без необоснованной задержки. Если предложение потерпевшим принято, то судебное разбирательство прекращается.

Германское законодательство не содержит единого принципа ответственности, характерного для причинения как имущественного, так и неимущественного вреда. Согласно ст. 2 Конституции ФРГ: "Каждый имеет

---

<sup>1</sup> Круг П. Юридические лица и неэкономический вред деловой репутации // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 10.

<sup>2</sup> Закон о диффамации Англии 1952 года // URL:<http://www.legislation.gov.uk>.



право на свободное развитие своей личности, поскольку он не нарушает прав других и не идет против конституционного порядка или нравственного закона".<sup>1</sup>

Под распространением сведений как английское, так и российское право понимают их сообщение хотя бы одному лицу, не считая потерпевшего. В случае распространения сведений в отношении определенного социального класса, организации или определенной категории лиц судья руководствуется правилом о том, что распространенные сведения касаются и данного конкретного лица, являющегося истцом по делу. Между тем каждое повторное распространение порочащих сведений рассматривается как новый факт диффамации, что создает самостоятельное основание для иска и повлечет ответственность распространителя таких сведений.

В соответствии с английским законом сведения признаются соответствующими действительности, если распространитель порочащих сведений докажет их истинность в основном. Иногда порочащее сообщение может содержать несколько утверждений. Недоказанность соответствия действительности одного из взаимосвязанных между собой утверждений сама по себе не может служить основанием для ответственности, если в сочетании с другими утверждениями оно не причиняет существенного ущерба репутации истца. Вопрос об этом решается присяжными заседателями как вопрос об установлении факта диффамации.

По мнению Европейского суда<sup>2</sup> ответственность за "нематериальный вред", причиненный юридическим лицам, несет правительство.

Возмещение "нематериального вреда" деловой репутации осуществляется на основе решения суда, если к моменту рассмотрения спора она не восстановлена. Цель компенсации "нематериального вреда", причиненного деловой репутации юридического лица, - исключительно восстановление деловой репутации. Даже если оно произошло без участия нарушителя, возмещать "нематериальный вред" не нужно. Если при этом потерпевший понес расходы, они могут быть взысканы как убытки. Если восстановление деловой репутации произошло до принятия судом решения, в том числе и тогда, когда нарушитель не предпринял для этого никаких действий, то нет оснований для возмещения "нематериального вреда".

Представляется необходимым внести изменения в российское законодательство в части возможности взыскания компенсации «ущерба деловой репутации» с установлением предельных минимальной и максимальной суммы взыскания. Компенсация должна взыскиваться альтернативно с убытками при условии доказанности факта распространения об истце порочащих недостоверных сведений.

Федеральный Верховный суд Германии ни разу не присуждал компенсацию за неэкономический вред юридическому лицу, занимающемуся

<sup>1</sup> Конституция Федеративной Республики Германия // URL:<http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>.

<sup>2</sup> Европейский суд по правам человека в деле от 06.04.2000 «Компания Комингерсоль С.А.» против Португалии» пришел к выводу о том, что суд не может исключить возможность присуждения коммерческой компании компенсации за нематериальные убытки, которые «могут включать виды требований, являющиеся в большей или меньшей степени «объективными» или «субъективными». Среди них необходимо принять во внимание репутацию компании, неопределенность в планировании решений, препятствия в управлении компанией (для которых не существует четкого метода подсчета) и, наконец, хотя и в меньшей степени, беспокойство и неудобства, причиненные членам руководства компании (§ 2). // URL:<http://www.echr.ru>.

предпринимательской деятельностью. Верховный суд отграничил такие компании от некоммерческих юридических лиц, указав, что последние могут предъявлять доказательства в пользу необходимости подобной компенсации<sup>1</sup>.

В Италии суды занимают аналогичную позицию. Помимо некоммерческих юридических лиц, они признали возможность получения компенсации за неэкономический вред юридическому лицу и за общественными органами (муниципалитетами).

В ГК Республики Беларусь речь идет только о таком нарушении, как распространение не соответствующих действительности порочащих сведений, поэтому гражданско-правовой способ не может быть использован для защиты от оскорбления.<sup>2</sup> Правила ст.153 ГК Республики Беларусь нельзя применить и в том случае, когда речь идет о научном споре.<sup>3</sup>

Анализ ст. 153 ГК Республики Беларусь позволяет сделать вывод, что сущность гражданско-правовой защиты чести, достоинства и деловой репутации состоит в реабилитации, восстановлении доброго имени лица и реализуется в правоотношении, относящемся по своему характеру к виду охранительных. Для заявителя требование понуждения опровержения порочащих сведений является способом защиты деловой репутации. Для распространителя таких сведений – это санкция за его неправомерное поведение, которая применяется независимо от его вины, даже если он добросовестно заблуждался относительно характера сведений.

Страны общего права (Англия, Уэльс и США) не признают в явном виде принцип компенсации юридическим лицам за неэкономический вред. Понятие «компенсации» за убытки коммерческих компаний рассматривается как вопрос о фактически понесенных и подлежащих доказыванию убытках. В Англии и Уэльсе под компенсацией понимается только покрытие экономического ущерба. Согласно судебному решению 1966 года, «душе юридического лица не может быть причинен вред».<sup>4</sup>

Однако в Англии и Уэльсе, и в США признают применимость штрафных санкций в делах с участием истцов — юридических лиц, обосновывая это соображениями государственной политики сдерживания и наказания. Юридические лица имеют право на возмещение значительных денежных убытков, которые никак не связаны с вопросом о характере (экономическом или неэкономическом) причиненного им вреда.

В Бельгии вопрос относительно того, действует ли такое право в отношении юридических лиц, являющих собой отдельный субстрат, или же такое право может возникать в тех случаях, когда затронутыми оказываются широкие общественные интересы остается неурегулированным. В числе стран, где суды дали положительный ответ на этот вопрос, можно назвать Францию, Грецию, Мексику, Нидерланды, Испанию и Швейцарию.

<sup>1</sup>Официальный сайт Верховного суда Германии // URL://[http://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/home\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/home_node.html).

<sup>2</sup> Зикрацкий С. История возникновения и развития защиты деловой репутации юридических лиц в Беларуси // URL://[http://law.bymedia.net/index.php?option=com\\_content&task=view&id=43&Itemid=104](http://law.bymedia.net/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=104).

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь // URL://<http://pravo.levonevsky.org/kodeksby/gk/201002/index.htm>.

<sup>4</sup> The judiciary of England and Wales // URL: <http://www.judiciary.gov.uk>.

В Мексике суды не сформировали единую позицию. Так, в 2003 году мексиканский федеральный суд<sup>1</sup> принял решение по требованию юридического лица о возмещении неэкономического вреда в его пользу, отметив, что репутация юридического лица относится к основам его существования и деятельности, вследствие чего, вмешательство в осуществление права на незапятнанную репутацию является случаем причинения морального вреда в смысле ст. 1916 ГК.<sup>2</sup> Однако в том же году другой мексиканский федеральный суд отклонил аналогичное требование, заявив, что юридическим лицам, согласно ГК, не может быть причинен вред причинение которого возможно только физическим лицам.

России следует обратить внимание на проблемы, возникающие на практике, с которыми сталкиваются страны, при применении национального законодательства. Представляется необходимым принять в России закон о диффамации, в этой связи опыт зарубежных стран представляет практический интерес. Наиболее продуктивно осуществляет защиту деловой репутации Англия, где принят Закон о диффамации. Учитывая опыт Бельгии, представляется необходимым закрепить положение, что государственные и муниципальные органы власти являются субъектами-носителями деловой репутации наряду с юридическими лицами. В законе следует урегулировать вопрос о возмещении неэкономического вреда юридического лица, учитывая трудности, которые возникли у судов Мексики.

---

1 Хорхе А. Варгас. Возмещение морального вреда по гражданскому праву Мексики: эквивалентно ли такое возмещение применяемым в США штрафным убыткам? // University of Miami Inter-American Law Review, 2004. Vol. 35. P. 260-262.

2 Гражданский Кодекс Мексики // URL: <http://constitutions.ru/archives/1630>.

## Проблемы охраны авторских прав на произведения в электронной форме

Сашина Мария Сергеевна,  
студентка 5 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сидорова Татьяна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Для того, чтобы определиться с понятием произведения в электронной форме, нужно выделить самый существенный признак – эта форма является машиночитаемой. То есть, для того, чтобы подобное произведение обрело форму, требуется специальное устройство (компьютер). Кроме того, такое произведение должно быть доступным для потребителей, как отмечает международный стандарт ISO 9707 от 1991 г.<sup>1</sup>

Особенно часто нарушения имеют место в электронной среде, т.к. нарушение права на произведение в этом случае не представляет особой сложности.

Итак, обратимся к нарушению личных неимущественных прав на произведение в электронной форме.

Пункт 1 ст. 6 bis Бернской конвенции также закрепляет право авторства и право на неприкосновенность произведения, которое сформулировано как «право <...> противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения»<sup>2</sup>. Право на имя здесь не названо. Хотя право авторства и право на имя не тождественны. Если право авторства указывает на сам факт создания произведения определенным лицом, то право на имя реализуется в основном в связи с использованием произведения и зависит от обнародования<sup>3</sup>. В данном случае будет рассмотрено нарушение права авторства.

В связи с широким распространением большого количества электронных объектов авторского права возникает вопрос об удостоверении авторства. Особую актуальность данная проблема приобретает в связи с необходимостью охраны авторского права на такие произведения, ведь изменить информацию в электронном файле несложно, не составив труда и изменение имени автора электронного произведения. Существует возможность путем воспроизведения создать некоторое количество таких объектов, обозначив другого автора. Однако для того, чтобы установить истинное авторство, нужно обратиться к тому экземпляру электронного объекта, который был создан первым. Этот

1 Чикунов, И.М. Электронные издания: определение, классификация/ И.М.Чикунов [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://it-claim.ru/Library/Books/TTS/wwwbook/ist4b/its4/chikunov.htm>. - Загл. с экрана.

2 Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 28.09.1979 г. [Электронный ресурс]// СПС «Консультант- Плюс»

3 Дозорцев, В.А. Авторские дела в суде: научно - практический комментарий/ В.А. Дозорцев. - М, 1983.- С. 67.

изначальный объект и будет являться оригиналом произведения. Однако здесь возникает следующая проблема: в связи с тем, что при открытии файла фиксируется время данного действия, настройки времени на всех компьютерах, имевших доступ к этому файлу, должны быть верными и не должны быть умышленно искажены. Поэтому оригинальный объект зачастую найти очень сложно. В итоге, для того, чтобы не делать поиск оригинала затяжным и малоэффективным процессом, Д.А. Кобыляцким предлагается указывать автором на оригинальность электронного произведения и на свое авторство. Исходя из этого, под оригиналом электронного произведения стоит понимать созданный автором на машиночитаемом носителе экземпляр произведения, названный им оригиналом, который имеет объективную форму.

Внесение корректировок может осуществляться либо на физическом носителе (например, бумажный носитель), либо машинным устройством (чаще всего компьютер). Очевидно, что на физическом носителе, который является статичным, изменять имеющуюся информацию очень трудно, в памяти компьютера это сделать значительно легче. Однако правоприменительная практика не делает различий с точки зрения технического доступа к оригиналу или экземпляру произведения. Имеет значение только то, что произведение подвергалось или не подвергалось изменению (искажению).

Разумным способом защиты электронного произведения от искажений будет его размещение на сервере, доступном большому количеству лиц. Если произведение известно среди огромного количества пользователей, является цитируемым, то снижается риск вероятности искажения данного произведения. Если же речь идет о научном произведении, то его широкая известность среди профессиональной диаспоры также способствует его защите (что касается, например, теста Роршаха)<sup>1</sup>.

Некоторое время назад в Государственной Думе началось обсуждение еще одного эффективного, однако, нетрадиционного способа защиты произведения – депонирования его в «Web-депозитарий». Иными словами, произведение отправляется в электронное хранилище, причем фиксируется дата приема произведения, а также данные автора или иного правообладателя. Заявитель получает свидетельство о принятии конкретного объекта на хранение в «Web-депозитарий». Таким способом можно уберечь произведение от искажения, зафиксировав дату его сдачи в «хранилище». Однако такое понятие как «Web-депозитарий» еще не введено в российское законодательство<sup>2</sup>.

В январе 2012 г. в США обсуждались законопроекты, получившие название «SOPA» (Stop Online Piracy Act) и «PIPA» (Protect IP Act). В соответствии с SOPA предлагалось лицам, обслуживающим электронные ресурсы, блокировать к ним доступ по требованию правообладателя, если выяснялось, что информация, содержащаяся в данном ресурсе, нарушает авторские права. «PIPA» предложил меры более широкого действия, а именно:

---

1 Кобыляцкий, Д. А. Свободный доступ к научным произведениям в глобальной информационной сети/ Д. А. Кобыляцкий // Инновационные технологии – основной ресурс социально-экономического развития России : материалы Междунар. научно-практической конф., Ростов-на-Дону, 13-14 дек., 2007. – Ростов н/Д., 2008. – С. 361–364.

2 Степанов В. Web-депозитарий: нетрадиционный метод защиты авторских прав/ В. Степанов, В. Наумов [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.russianlaw.net/law/netlaw/articles/paper14.htm>. - Заглав. с экрана.

блокировать иностранные сайты, содержащие нелицензионные произведения либо иные объекты, нарушающие авторские права. Причем, для наступления ответственности не требуется даже обращения в суд. Данная законодательная инициатива была негативно оценена, прежде всего, со стороны онлайн-энциклопедии «Wikipedia», которая в знак несогласия закрыла свой англоязычный сегмент на 24 часа. Мотивировала «Wikipedia» свои действия тем, что введение принятия данного закона существенно ограничит доступ к информации в Интернете и, следовательно, нанесет значительный ущерб свободе слова. Против принятия данного закона также выступили такие крупные компании как «Facebook», «Twitter», «Mozilla», «eBay», к которым присоединилась и российская компания «Лаборатория Касперского».

В итоге голосование по законопроекту было отложено ввиду больших разногласий, возникших на почве предлагаемых нововведений. Возможно, голосование будет возобновлено, когда сторонники и противники «SOPA» и «PIPA» придут к консенсусу<sup>1</sup>.

В целом, что касается охраны произведений в электронной форме, несмотря на то, что техническое вмешательство с целью незаконного доступа к такого рода произведениям не имеет существенного значения с точки зрения законодательства, представляется правильным выработать некие средства защиты или хотя бы выявления такого вмешательства, которое бы послужило доказательством факта незаконного изменения или искажения произведения в электронной форме.

Одним из приемлемых вариантов охраны произведения в электронной форме является помещение его на сервере, доступном широкому кругу лиц, т.к. в силу осведомленности лиц о наличии такого произведения, о его сюжете, и, что немаловажно, в случае его цитирования, произведение не только отвечает признаку творческого характера, но и проявляет этот признак вовне. К тому же, в связи с обнародованием среди широкого круга лиц эти лица будут непосредственно связывать данное произведение с именем конкретного автора, что и послужит охраной. Также эффективно защитить произведение поможет депонирование в «Web-депозитарий», что помогает подтвердить правоустанавливающий факт создания произведения определенным лицом.

---

<sup>1</sup>Америка примет закон против Интернета[ Электронный ресурс]. –Режим доступа: <http://1nsk.ru/news/world/34442.html>. - Заглав. с экрана.

## Модели медиации: сравнительный анализ

Сенченко Татьяна Андреевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

«Избегайте судиться. Убедите вашего соперника прийти к компромиссу.  
Обратите его внимание на то, что номинальная победа в суде - это часто  
реальное поражение в расходах и трате времени».  
Авраам Линкольн

Современное общество имеет достаточно высокий уровень конфликтности. Усложнение многообразных отношений между сторонами неизбежно приводит к увеличению споров.

Традиционным способом разрешения правовых споров является обращение в суд. Однако решение не всегда соответствует интересам сторон, в результате чего возникают проблемы с его исполнением. Юрисдикционный способ разрешения споров не способствует сохранению партнерских отношений между сторонами.

На протяжении многих лет исследователей разных научных областей интересуют альтернативные способы разрешения споров<sup>1</sup>. В последнее время они приобретают все большую популярность.

Главным альтернативным методом разрешения конфликтов некоторые исследователи называют медиацию<sup>2</sup>.

Понятие "медиация" происходит от латинского "mediare" – «посредничество», «середина»<sup>3</sup>. По своей правовой природе медиация является одним из видов посредничества, при котором спорящие стороны доверяют специалисту-медиатору (посреднику), уполномоченному сторонами, оказать им содействие в разрешении возникшего конфликта, а именно провести особую процедуру, целью которой является мирное урегулирование возникшего конфликта<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Понятие "альтернативное разрешение споров" (АРС) заимствовано из английского языка (от англ. "alternative dispute resolution" (ADR) - альтернативное разрешение споров) и в самом широком смысле означает любое внесудебное разрешение споров.

<sup>2</sup> Марков С.М. Зарубежный и российский опыт внедрения медиации в судебную систему: перспективы ее применения в современной России // Философия права. 2010. № 5. С. 99.

<sup>3</sup> Бельковец В. Решаем спор по-новому: процедура медиации // СПС КонсультантПлюс.

<sup>4</sup> Аболонин В. Развитие примирительных процедур в рамках саморегулируемых организаций // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 9. С.24.

Медиация получила широкую известность во многих зарубежных странах<sup>1</sup>, таких как Америка, Китай, а также во многих европейских государствах<sup>2</sup>.

В последние годы в России возрастает интерес к альтернативным формам урегулирования споров, из которых именно медиация в настоящее время приобретает большую популярность<sup>3</sup>.

Эффективность использования медиации подтверждается международной практикой. В литературе справедливо отмечают, что медиация позволяет разгрузить суды<sup>4</sup>. Так, среднемесячная нагрузка на судей в судах общей юрисдикции составляет более 30 дел в месяц, а в Арбитражном суде Красноярского края - около 50 - 60 дел в месяц<sup>5</sup>. С каждым годом количество рассмотренных в суде дел растет, соответственно увеличивается нагрузка на судей, что отрицательно влияет на качество правосудия<sup>6</sup>.

Для США и некоторых стран Европы, где стороны несут значительные расходы на судебные тяжбы, медиация снижает финансовые затраты сторон<sup>7</sup>. Такое преимущество характерно и для России<sup>8</sup>.

По отдельным категориям споров, расходы на медиацию будут значительно меньше судебных (например, споры по взысканию незначительных сумм задолженностей)<sup>9</sup>. Кроме того, при медиации стороны освобождаются от расходов на представителей, расходов на поиск и сбор доказательств, расходов на привлечение в процесс специалистов, экспертов.

Обращение к медиатору – более быстрый способ урегулирования возникших разногласий, чем судебное разбирательство<sup>10</sup>. Примером служит спор двух екатеринбургских компаний, которые за несколько десятков миллионов рублей вели спор в суде больше двух лет. После обращения к медиатору конфликт удалось решить за два месяца<sup>11</sup>.

Медиация способствует сохранению партнерских отношений между сторонами, а также повышает исполнимость соглашений.

В практике зарубежных государств существует большое разнообразие моделей медиации.

В юридической литературе выделяются разные модели медиации. Исследователи классифицируют их по различным критериям.

В американской доктрине различают следующие виды посредничества (медиации):

---

1 Марков С.М. Зарубежный и российский опыт внедрения медиации в судебную систему: перспективы ее применения в современной России // *Философия права*. 2010. № 5. С. 100.

2 Решетникова И.В. Состязательность гражданского судопроизводства через призму судебной практики // *Закон*. 2005. № 3. С. 82.

3 Круглый стол в Российской академии правосудия «Результаты продвижения идей и практик медиации в России. Внедрение посредничества в гражданских, уголовных, административных делах и иных категориях споров» // *Вопросы ювенальной юстиции*. 2009. № 3. С. 17-34.

4 Братенков С.И. Досудебное урегулирование споров как способ разрешения проблемы роста нагрузки судей // *Российская юстиция*. 2011. № 10. С. 49.

5 Материалы круглого стола «Медиация в Красноярском крае» (СФУ, 18 апреля 2011 года).

6 Материалы научно-практической конференции «Медиация и ее возможности в разрешении корпоративных, межкорпоративных и коммерческих споров» (22 июня 2007 года) // *Вестник Арбитражного суда города Москвы*. 2007. № 4. С. 33.

7 [Электронный ресурс]. – URL: <http://pravo.ru/interpravo/news/view/67090>.

8 Аболонин В. Развитие примирительных процедур в рамках саморегулируемых организаций // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2009. № 9. С. 23.

9 Решетникова И.В. Культивирование идеи примирения // *Российский судья*. 2010. № 4. С. 32.

10 Паринский А.И., Яковлева К.А. Что такое медиация и кто такие медиаторы? // *Арбитражный управляющий*. 2010. № 5. С. 18.

11 [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.ekaterinburg.arbitr.ru>.



1. Посредничество "секретаря" - процедура с поверхностным вмешательством медиатора в ход конфликта. Медиатор лишь организует переговоры сторон. Такую модель медиации иначе называют трансформативной (transformative approach). Участники сами определяют ход медиации, медиатор следует за ними. В данном случае, в центре внимания общение сторон<sup>1</sup>.

2. При посредничестве - консультировании: медиатор работает над сформировавшимися у сторон негативными представлениями друг о друге, их намерениями и образом поведения, старается преодолеть враждебность между сторонами. Данную модель иногда называют «медиацией, основанной на понимании» (understanding-based approach). Целью процедуры является разрешение спора посредством понимания, так как именно понимание сторонами перспектив и интересов другой стороны, как и их собственных, способствует преодолению возникшего конфликта.

3. Модель «челночного» или структурированного посредничества состоит в том, что медиатор работает со сторонами по отдельности, тем самым контролируя их взаимодействие<sup>2</sup>. Медиатор играет активную роль: он получает информацию от каждой стороны, сообщает о интересах сторон и из предложениях по урегулированию спора.

Критерием для выделения названных моделей медиации является роль медиатора в процессе урегулирования спора.

На наш взгляд, роль медиатора заключается в том, что он помогает сторонам увидеть положительное в предложении каждой стороны, перейти к удовлетворяющему обоим решению<sup>3</sup>.

В зависимости от сферы применения выделяются две модели медиации: частная медиация и интегрированная медиация (включенная в деятельность юрисдикционных органов)<sup>4</sup>.

Частная медиация представляет собой самостоятельную процедуру урегулирования правовых споров, которая существует наряду с юрисдикционными способами их разрешения.

Интегрированная медиация характеризуется внедрением частной медиации в работу юрисдикционных органов.

В зависимости от вида юрисдикционного органа интегрированную медиацию в России классифицируют на нотариальную, судебную и медиацию в деятельности иных органов гражданской юрисдикции<sup>5</sup>.

Похожую классификацию моделей медиации предлагает В.О. Аболонин. Он выделяет «сближенную» и «интегрированную» модели судебной медиации<sup>6</sup>.

«Сближенную» медиацию проводит профессиональный медиатор, работающий вне здания суда. Медиация представляет собой отдельную, самостоятельную по отношению к судебному разбирательству процедуру,

---

1 Медиация как средство альтернативного метода урегулирования споров: пособие для начинающих. Бишкек. 2008. С. 14.

2 Там же.

3 Рубинштейн Е.А. Медиация (примирительные процедуры) при разрешении правовых конфликтов // Настольная книга мирового судьи. М. 2010. С. 290.

4 [Электронный ресурс]. – URL: [http://www.notariat.ru/hot/press\\_4415\\_21.aspx](http://www.notariat.ru/hot/press_4415_21.aspx).

5 Там же.

6 Аболонин В.О. В поисках российской модели судебной медиации // Российский юридический журнал. 2011. № 5. С. 121.

однако она связана с судебным процессом, поскольку на время проведения медиации суд дает сторонам время и не совершает дальнейших процессуальных действий до получения результатов примирительной процедуры.

Данный подход получил широкое распространение в Нидерландах, что позволило исследователям назвать его голландской моделью<sup>1</sup>.

Интегрированная судебная медиация предполагает проведение процедуры одним из сотрудников суда либо специально обученным судьей в отставке. Медиация проводится в здании суда, в случае заключения сторонами медиативного соглашения оно тут же протоколируется в качестве мирового судьей-медиатором. В США данную модель называют «медиацией при суде»<sup>2</sup>.

Такая модель получила широкую известность в Германии и была официально признана в качестве одного из видов медиации в законопроекте "О поддержке медиации и других форм урегулирования конфликтов", предложенном правительством ФРГ. Модель «медиации при суде» ряд исследователей называют немецкой<sup>3</sup>.

Внедрение института судебной медиации в России предполагает проект Федерального закона<sup>4</sup> «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур»<sup>5</sup>.

Согласно положениям проекта ФЗ, судебным медиатором может выступать судья в отставке, помощник судьи, не принимающего участие в рассмотрении дела, работник аппарата суда, имеющий высшее юридическое образование. Кроме того, проект содержит поощрительную норму: помирившимся сторонам вернут часть уплаченной госпошлины (от 70% до 30 % в зависимости от того, на какой стадии процесса состоялось примирение).

Именно такая модель судебной медиации была внедрена в практику хозяйственного судопроизводства в Республике Беларусь, где показала высокую эффективность<sup>6</sup>. По сути, это разновидность судебно-административной модели медиации, поскольку урегулирование спора проводится должностным лицом хозяйственного суда<sup>7</sup>. Некоторые авторы высказывают справедливые замечания о том, что судебная медиация в Республике Беларусь существенно увеличила нагрузку на суд<sup>8</sup>, а следовательно не оправдала одну из поставленных при ее внедрении цель – снижение нагрузки на судебную систему.

В условиях загруженности судебной системы в России более применима «сближенная» модель медиации. Суды должны способствовать развитию медиации путем информирования сторон о возможности разрешения спора путем посредничества. Однако работники судебных органов не должны осуществлять медиацию. Это прерогатива специализированных центров

---

1 Там же. С. 122.

2 Марков С.М. Зарубежный и российский опыт внедрения медиации в судебную систему: перспективы ее применения в современной России // Философия права. 2010. № 5. С. 101.

3 Аболонин В.О. В поисках российской модели судебной медиации // Российский юридический журнал. 2011. № 5. С. 123.

4 Проект Федерального закона внесен в Государственную Думу РФ Высшим Арбитражным Судом РФ.

5 [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/30460.html>.

6 Елисеева А.А. Институт медиации в условиях инновационного развития российского общества // Журнал российского права. 2011. № 9. С. 39.

7 Худойкина Т.В., Брыжинский А.А. Проблемы и перспективы развития медиации // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 3. С. 112.

8 [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.yur-gazeta.ru/article.php?n=228>.

урегулирования споров. Сейчас такие центры активно создаются в разных субъектах Российской Федерации.

Ведется оживленная дискуссия о том, что судебное примирение не является медиацией в классическом виде. Некоторые авторы предлагают назвать судебную медиацию иначе и изъять ее из сферы действия закона о медиации<sup>1</sup>.

В юридической литературе встречается и иная классификация моделей медиации. Критериями для разграничения видов медиации являются: задачи примирительных процедур, основания разрешения споров, роль медиатора, навыки, необходимые медиатору для проведения примирительной процедуры.

Так, С.И. Калашникова, и С.К. Загайнова выделяют четыре модели медиации: классическая, расчетная, оценочная и терапевтическая<sup>2</sup>.

Классическая модель медиации рассматривается как процедура, направленная на взаимовыгодное урегулирование спора с учетом взаимных интересов сторон. В основе классической медиации лежит «гарвардский метод»<sup>3</sup> ведения переговоров (интегративные переговоры). При этом роль медиатора заключается в организации взаимодействия и управлении коммуникацией сторон.

Расчетная модель основывается на переговорах и направлена на разрешение спора посредством справедливого распределения ресурсов. Медиатор лишь организует процесс переговоров, при этом владение медиационными навыками не требуется.

Оценочная медиация характеризуется как процедура, направленная на урегулирование спора путем заключения соглашения, максимально приближенного к вероятному судебному решению по данному делу<sup>4</sup>. Особенностью этой модели является то, что медиатор не только организует процесс переговоров, но и вправе высказывать свое мнение по существу спора.

Основной целью терапевтической модели медиации является восстановление дружественных отношений сторон. Задача медиатора заключается в создании с помощью специальных техник и посредством применения медиационных навыков условий для нормальной коммуникации участников спора. Для проведения терапевтической медиации медиатору следует обладать знаниями в области психологии<sup>5</sup>.

Представляется, что каждая из рассмотренных моделей является эффективной при урегулировании определенной категории споров. Выбор соответствующей модели медиации с учетом медиабельности различных видов споров является профессиональной обязанностью медиатора.

Общей классификацией видов медиации является выделение юридической, психологической и смешанной модели медиации. Критериями

1 [Электронный ресурс]. – URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/1773>.

2 Калашникова С.И., Загайнова С.К. Материалы круглого стола «Перспективы развития медиационных практик в юридической деятельности» // Арбитражный суд Свердловской области: электронный журнал. 2009. № 3. С. 17.

3 См.: Паттон Б., Фишер Р., Юри У. Переговоры без поражений: Гарвардский метод (пер. с англ. Новиковой Т.). М. 2006. 320 с.

4 Худойкина Т.В., Брыжинский А.А. Проблемы и перспективы развития медиации // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 3. С. 111.

5 Гайдаенко Шер Н.И. Медиация как способ разрешения международных коммерческих споров // Журнал российского права. 2011. № 7. С. 83.

различия для данных моделей медиации выступает требования к медиатору, приемы и способы проведения процедуры.

Юридическая модель медиации основана на том, что медиатор обязательно должен разбираться в предмете спора, иметь юридическое образование, так как это способствует предложению оригинальных способов согласования интересов сторон<sup>1</sup>. При этом медиатору нужно обладать специальными знаниями в области конфликтологии, психологии<sup>2</sup>.

Сторонники психологической модели медиации полагают, что медиатору не обязательно обладать знаниями в области права<sup>3</sup>, так как он не берет на себя решение спорных проблем, а лишь обеспечивает коммуникацию между конфликтующими сторонами (данный подход превалирует в американской литературе)<sup>4</sup>.

Представители психологической модели медиации в России отмечают, что деятельность медиатора, цель которой состоит в том, чтобы подвести стороны к соглашению, есть деятельность не юриста, но психолога<sup>5</sup>. Так, советник губернатора Красноярского края, президент Адвокатской палаты Красноярского края С. Мальтов также считает, что «прежде всего медиатор – это психолог, социолог, психоаналитик, специалист в области конфликтологии и немножко правовед»<sup>6</sup>.

Существующие в России центры по урегулированию споров можно отнести к одной из перечисленных моделей. Так, в уральском центре внедрена юридическая медиация. Основатели Центра правовых технологий и примирительных процедур (г. Екатеринбург) полагают, что медиатором должен быть юрист, прошедший специальный курс по программе подготовки медиаторов и хорошо владеющий коммуникативными (переговорными) навыками.

Специалисты Центра медиации при ЮИ СФУ (г. Красноярск) внедряют опыт коллег из г. Екатеринбурга. В центре урегулирование споров также осуществляется на основе юридической модели медиации.

Санкт-петербургский центр функционирует на основе психологической модели медиации. Директор Центра развития переговоров и разрешения конфликтов О.В. Аллахвердова полагает, что медиация как форма разрешения конфликтов представляет собой особый социально-психологический феномен. Медиатор, по ее мнению, это «хранитель психологического климата»<sup>7</sup>. Главной целью медиации является создание психологических условий, которые приводят к снижению эмоционального напряжения.

В московском центре медиации совмещены психологическая и юридическая медиация (смешанная модель). Ц.А. Шамликашвили отмечает, что медиация является междисциплинарной деятельностью, поэтому медиатор должен обладать знаниями в области права, психологии, социологии,

1 Алиева А.М. Проблемы внедрения примирительных процедур. // Право и экономика. 2010. № 3. С. 19.

2 Гайдаенко Шер Н.И. Медиация как способ разрешения международных коммерческих споров // Журнал российского права. 2011. № 7. С. 83.

3 Жданухин Д.Ю. Альтернативные методы разрешения споров // «Медиация. Новый подход к разрешению конфликтов»: Сб. статей. – Пермь. 2009. С. 72.

4 Алиева А.М. Проблемы внедрения примирительных процедур. // Право и экономика. 2010. № 3. С. 18.

5 Рожкова М.А. Кто такой примиритель и нужен ли ему "свой" закон? // Закон. 2007. № 11. С. 177.

6 Губанова С.В. Третий не лишний // Советник. 2010. № 6. С. 36.

7 Аллахвердова О.В. Медиация как социально-психологический феномен // Вестн. С.-Петерб. ун-та. Сер. 6. 2007. Вып. 2. Ч. 1. С. 152.

лингвистики, конфликтологии и многих других наук. Юрист, по ее мнению, не является более успешным медиатором<sup>1</sup>.

Более аргументированным представляется подход, лежащий в основе юридической медиации. Медиатором должен быть юрист, обладающий специальными знаниями в области конфликтологии, психологии, поскольку ему необходимо ориентироваться в сути спорных отношений, чтобы направлять стороны и содействовать им в разрешении конфликта. Кроме того, составление и подписание медиативного соглашения требует от медиатора юридических знаний, поскольку подписываемый в результате процедуры медиации документ должен отвечать ряду требований<sup>2</sup>.

Согласно российскому законодательству, осуществлять деятельность медиатора могут лица, имеющие любое высшее профессиональное образование и прошедшие курс обучения по программе подготовки медиаторов.

Мы разделяем точку зрения А.С. Яценко, который полагает, что отсутствие законодательно закрепленного требования к медиатору относительно высшего юридического образования является упущением законодателя<sup>3</sup>.

На практике наряду с традиционными моделями медиации, появляются новые. Так, модель восстановительной медиации (restorative mediation) направлена на создание условий для диалога, в результате которого происходит заглаживание вреда и восстановление отношений, восстановление внутриличностных статусов участников конфликта. Эта модель сформировалась в России и вытекает из более широкого подхода к правосудию в целом — «восстановительное правосудие»<sup>4</sup>.

Внедрение инновационных технологий, включая Интернет-технологии, позволяет значительно расширить возможности для урегулирования споров. С недавнего времени стало известно «онлайн-урегулирование споров»<sup>5</sup>. Применение данной модели расширяет возможности медиаторов в спорах между удаленными друг от друга субъектами, а также между лицами, которые в силу иных причин не могут принимать непосредственное участие в медиации. Онлайн-медиация может быть предварительной фазой основного процесса медиации.

Медиация в России находится в стадии формирования. В этой связи опыт зарубежных стран по использованию медиации представляет ценность.

Нам представляется, что модель медиации в РФ должна быть приближена к голландской. Это будет способствовать разгрузке судебной системы, экономии бюджетных средств<sup>6</sup>, широкому распространению медиации как способа разрешения споров среди граждан и юридических лиц.

---

1 Интернет-интервью с Ц.А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права (г. Москва) «Саморегулирование в медиации: новый этап интегрирования примирительных процедур в российское общество» // СПС «КонсультантПлюс».

2 Рожкова М.А. Об утверждении в арбитражных судах медиативных соглашений в качестве мировых / М.А. Рожкова // Хозяйство и право. 2011. № 2. С. 7.

3 Губанова С.В. Третий не лишний // Советник. 2010. № 6. С. 36.

4 Правосудие по делам несовершеннолетних. Перспективы развития. Вып. 1. М., 1999. С. 23.

5 Англ. Online dispute resolution, ODR.

6 Аболонин В.О. В поисках российской модели судебной медиации // Российский юридический журнал. 2011. № 5. С. 123.

## Правовое регулирование СМИ в сети Интернет в законодательстве государств-членов СНГ

Сметанюк Наталья Владимировна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Павельева Эвелина Анатольевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

В мировом сообществе активно обсуждается вопрос о возможности государственного регулирования Интернета.

Например, на VI Форуме европейских и азиатских медиа (ФЕАМ) состоявшемся 21-22 ноября 2011г. в г. Астана, в рамках секционного заседания «Госрегулирование в интернете и его влияние на медиа», участники форума обсудили способы регулирования интернет-СМИ<sup>1</sup>.

За основу национального законодательства, регулирующего отношения в сфере организации и деятельности СМИ, в большинстве государств-участников СНГ взят закон СССР «О печати и других средствах массовой информации»<sup>2</sup>. В соответствии с данным законом под средствами массовой информации понимались газеты, журналы, теле- и радиопрограммы, кинодокументалистика, иные периодические формы публичного распространения массовой информации. Данные законы о СМИ, несмотря на вносимые в них изменения, уже не соответствуют современным условиям и требуют модернизации.

Законодательство некоторых стран уже претерпело изменение с учетом современного развития информационных технологий, другие только готовятся внести изменения.

29.04.2011г.на встрече Президента РФ Д.А. Медведева с представителями интернет-сообщества обсуждались вопросы развития российского сегмента глобальной сети, в частности вопросы о правовом регулировании использования интернет-пространства, об ответственности за размещаемую информацию, защите авторских прав и интеллектуальной собственности в сети. В ходе данной встречи Д.А. Медведев сказал: «...мы выходим сейчас с Вами на известную проблему о том, насколько совместимо общее законодательство о средствах массовой информации с интернет-СМИ. И насколько те критерии, которые ещё в советский период, может быть, даже создавались, могут использоваться при ответственности, допустим, СМИ, которое существует в интернете. Опять же я не призываю к тому, чтобы немедленно начать изменение законодательства о СМИ, потому что это тоже одна из наших «священных

<sup>1</sup>ФЕАМ-2011 обсудил плюсы и минусы соцсетей и регулирования интернет-СМИ//  
[[http://ria.ru/mf\\_news/20111122/495110097.html](http://ria.ru/mf_news/20111122/495110097.html)].

<sup>2</sup>О печати и других средствах массовой информации: Закон СССР от 12 июня 1990 г. N1552-1 (утратил силу)// Ведомости СНД и ВС СССР.1990. N26.Ст. 492.

коров». Как только об этом что-то говоришь, то сразу начинаются упрёки, что ты хочешь накинуть очередную удавку на гласность и всё остальное. Но эта проблема должна, так или иначе, в какой-то момент получить своё разрешение...»<sup>1</sup>

Исходя из вышеизложенного, вполне вероятно, что в скором времени российское законодательство в сфере СМИ ждут глобальные перемены.

Учитывая тенденции развития Интернета, Межпарламентская Ассамблея государств-участников СНГ приняла в 2011г. Модельный закон "Об основах регулирования Интернета"<sup>2</sup>.

Документ устанавливает порядок государственной поддержки интернета, регламентирует процесс его регулирования, отношения между участниками этого процесса, их функции, а также устанавливает правила определения места и времени совершения юридически значимых действий при использовании Сети.

К сфере регулирования модельного закона также относятся принципы подготовки нормативно-правовых актов, регламентация роли государства и операторов услуг. Установлены и основные принципы международного сотрудничества по данному вопросу, а также концепция саморегулирования.

Модельные законы Межпарламентской Ассамблеи СНГ представляют собой адаптированные к условиям Содружества международные, прежде всего, европейские правовые стандарты. Поэтому принятие парламентами стран СНГ национальных законов на основе модельных актов МПА СНГ не только обеспечивает гармонизацию и сближение законодательств стран Содружества, но и содействует приведению этих национальных законодательств в соответствие с лучшими образцами европейского права.

Если проводить сравнительный анализ законодательства о средствах массовой информации в странах СНГ, то можно увидеть насколько оно различно.

В России основным законодательным актом, регулирующим деятельность масс-медиа, является Закон РФ "О средствах массовой информации"<sup>3</sup> (далее по тексту – Закон РФ). В соответствии с п.1. Закона РФ под сетевым изданием, для целей данного закона, понимается сайт в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", зарегистрированный в качестве средства массовой информации в соответствии с законодательством РФ. Таким образом, для получения статуса СМИ интернет-сайту необходимо пройти процедуру государственной регистрации.

В соответствии со ст. 8 Закона РФ средство массовой информации считается зарегистрированным со дня принятия регистрирующим органом решения о регистрации средства массовой информации.

В соответствии с п.5.4 Постановления Правительства РФ «О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых

---

<sup>1</sup>Встреча с представителями интернет-сообщества // [http://www.kremlin.ru/news/11115].

<sup>2</sup>Об основах регулирования Интернета. Модельный закон: Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 16 мая 2011 г. № 36-9 // [http://www.iacis.ru/html/index.php?id=22&str=list&nid=1&sort=name].

<sup>3</sup>О средствах массовой информации: Закон РФ от 27 дек. 1991 г. N2124-1 (с послед.изм.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 7. Ст.300.

коммуникаций»<sup>1</sup> регистрацию средств массовой информации осуществляет Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).

На основании решения о регистрации средства массовой информации заявителю выдается свидетельство о регистрации СМИ.

Учредитель сохраняет за собой право приступить к производству продукции средства массовой информации в течение одного года со дня выдачи свидетельства о регистрации. В случае пропуска этого срока свидетельство о регистрации средства массовой информации признается недействительным.

Повторная регистрация в силу ст. 9 Закона РФ недопустима. При этом повторной будет считаться регистрация СМИ с тождественными уже существующему наименованием, формой и территорией распространения.

Согласно ст. 11 Закона РФ при изменении местонахождения редакции, доменного имени сайта в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" для сетевого издания, периодичности выпуска и максимального объема средства массовой информации учредитель обязан в месячный срок письменно уведомить об этом регистрирующий орган.

Деятельность средства массовой информации может быть прекращена или приостановлена только по решению учредителя либо судом в порядке гражданского судопроизводства по иску регистрирующего органа (ст. 16 Закона РФ)

Прекращение деятельности средства массовой информации влечет недействительность свидетельства о его регистрации и устава редакции.

Несмотря на то, что в Закон РФ вносились многочисленные изменения, ряд вопросов так и остался неурегулированным. Например, до сих пор нет законодательного определения понятий «сайт», «IP-адрес», «доменное имя», неясен правовой статус этих объектов.

В 2010г. Пленум ВС РФ впервые обобщил практику применения Закона РФ, принятого в 1991г.

В своем Постановлении<sup>2</sup> Пленум ВС РФ уделил особое внимание вопросам распространения информации в сети Интернет.

Согласно п.6 Постановления<sup>3</sup> государственная регистрация средства массовой информации поставлена в зависимость от распространения продукции средства массовой информации. Поскольку при распространении массовой информации через сайты в сети Интернет отсутствует продукция средства массовой информации, то по действующему законодательству сайты в сети Интернет не подлежат обязательной регистрации как средства массовой информации. Это означает невозможность привлечения лиц, осуществляющих распространение массовой информации через сайты в сети Интернет, к ответственности за изготовление или распространение продукции незарегистрированного средства массовой информации.

---

<sup>1</sup>О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций: Постановление Правительства РФ от 16 мар. 2009 г. №228 // СЗ РФ. 2009. №12. Ст.1431.

<sup>2</sup>О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации»: Пост. ПВС РФ от 15 июн. 2010 г. №16 //БВС РФ. 2010. №8.

<sup>3</sup>Там же.



Согласно ст. 1 Закона РФ свобода массовой информации включает в себя и право любого лица учредить средство массовой информации в любой не запрещенной законом форме. Создание сайтов в сети Интернет и использование их для периодического распространения массовой информации законодательством не запрещено. С учетом этого, а также исходя из установленного ч. 1 ст.13 Закона РФ исчерпывающего перечня оснований для отказа в государственной регистрации средства массовой информации, регистрирующий орган не вправе отказать в регистрации сайта в сети Интернет в качестве средства массовой информации, если его учредитель выразит желание получить такую регистрацию.

Интернет-сайт, зарегистрированный в качестве СМИ должен указывать выходные данные: зарегистрировавший его орган и регистрационный номер. Отсутствие этих данных может служить основанием для привлечения лиц, осуществляющих периодическое распространение массовой информации через сайты в сети Интернет, зарегистрированные в качестве средств массовой информации, к ответственности за нарушение порядка объявления выходных данных средства массовой информации.

Получения лицензии на вещание лицом, осуществляющим распространение массовой информации через сайт в сети Интернет, не требуется, так как в данном случае не используются технические средства эфирного, проводного или кабельного телерадиовещания.

В Украине до сих пор не урегулирован вопрос правового статуса интернет-сайтов СМИ, порядок их создания и принципов деятельности.

В частности, в Законах Украины «О защите общественной морали»<sup>1</sup>, «О негосударственном пенсионном обеспечении»<sup>2</sup> вскользь упоминается термин «электронное средство массовой информации». Но вместе с тем, ключевые законы в сфере СМИ («О телевидении и радиовещании»<sup>3</sup>, «Об информации»<sup>4</sup>) не дают никаких объяснений правовой природы интернет-сайта СМИ. Деятельность интернет-сайтов не прописана, в министерстве юстиции в качестве СМИ они не регистрируются. Если редакция хочет иметь статус информационного издания для использования его во время направления информационных запросов и, тем самым, получить основания для освобождения от ответственности в случае рассмотрения поданного против нее иска, то она может зарегистрировать информационное агентство. Информационные агентства действуют на основании Закона Украины «Об информационном агентстве»<sup>5</sup>.

Необходимо отметить, что Закон Украины «Об информационных агентствах» не имеет аналогов в России. Российское законодательство приравнивает правовой режим информационного агентства к правовому режиму любого средства массовой информации.

---

<sup>1</sup> О защите общественной морали: Закон Украины от 20 нояб. 2003 г. № 1296-IV// [http://www.old.eurasia-media.ru/law/ukr\_o\_obm.shtml].

<sup>2</sup> негосударственном пенсионном обеспечении: Закон Украины от 9 июл. 2003 г. N1057-IV(с послед.изм.) // Ведомости Верховной Рады Украины. 2003. № 47-48. Ст. 372.

<sup>3</sup> О телевидении и радиовещании: Закон Украины от 21 дек. 1993 г. №3759-ХП (с послед.изм.)//Ведомости Верховной Рады Украины. 1994. №10. Ст. 43

<sup>4</sup> Об информации: Закон Украины от 2 окт. 1992 г. №2657-Х11(с послед.изм.)//Ведомости Верховного Совета Украины. 1992. N48. Ст. 650

<sup>5</sup> Об информационном агентстве: Закон Украины от 28 фев. 1995г. №74/95-ВР(с послед.изм.)// Ведомости Верховного Совета Украины. 1995. №13. Ст. 83

Таким образом, в Украине государственное регулирование Интернета практически отсутствует.

В Казахстане ситуация противоположная.

В 2009г. вступил в силу Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам информационно-коммуникационных сетей»<sup>1</sup> (так называемый «Закон об Интернете»). Согласно данному закону все интернет-ресурсы (веб-сайты, блоги, интернет-магазины, электронные библиотеки и т.д.) приравниваются к средствам массовой информации с соответствующей уголовной и гражданской ответственностью, хотя и не регистрируются уполномоченным органом и не получают соответствующую лицензию.

Несмотря на общественные протесты и критику, данный закон был принят и стал, по сути, ключевым законодательным актом, изменяющим природу правовых отношений всех субъектов, пользующихся Казнетом, и неоправданно усилил государственный контроль за интернет-ресурсами. С принятием данного закона стали возможны блокировки иностранных и казахстанских сайтов, которые распространяют нежелательный, по мнению властей, контент.

Такое излишнее государственное регулирование может в итоге негативно сказаться на дальнейшем развитии интернета и интернет-медиа.

Казахстан уже давно и целенаправленно проводит государственную политику правового регулирования национального интернет-пространства. Основы этого процесса были заложены еще в 2001 году, когда web-сайты впервые были приравнены к категории средств массовой информации, но при этом они не подлежат обязательной постановке на учет в уполномоченном органе<sup>2</sup>.

Необходимо также отметить, что Казахстан одна из немногих стран СНГ, которая имеет на законодательном уровне определение web-сайта.

Подводя итог вышесказанному, можно констатировать, что каждое государство самостоятельно формирует свою политику в области Интернета. Но для осуществления своих законодательных реформ государство должно максимально учитывать и использовать принципы, выработанные международным сообществом.

Законодательство в сфере Интернет должно стать гарантией свободы и защищенности создателей и пользователей сети, а государственное участие в сфере Интернет должно ограничиваться введением законодательно закрепленной терминологической базы, четкого определения прав и обязанностей членов Интернет-сообщества, а также защитой их авторских и смежных прав.

---

<sup>1</sup> О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей: Закон Республики Казахстан от 10 июля 2009 г. №178-IV // Казахстанская правда. 2009. №176

<sup>2</sup> О средствах массовой информации: Закон Республики Казахстан от 23 июля 1999г №451-1 (с послед.изм.) // Казахстанская правда. 1999. №189-190.

## **К вопросу о понятии недвижимости в зарубежном законодательстве**

Ульякова Дарья Юрьевна,  
студентка 2 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Павельева Эвелина Анатольевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Определение понятия «недвижимость» — одна из фундаментальных дефинитивных норм гражданского законодательства. На содержании этого определения строится, пожалуй, главная классификация вещей в частном праве: их разделение на движимые и недвижимые. В свою очередь, за этой классификацией стоят два принципиально разных правовых режима, отличающихся как в части динамики гражданских правоотношений по поводу тех или иных объектов (организации их оборота), так и в части статики таких правоотношений (содержания вещных прав на эти объекты).

Разграничение вещей на движимые и недвижимые было известно еще римскому праву. В отношении современных законодательств развитых стран можно с уверенностью утверждать, что нет такой гражданской кодификации, которая бы не включала хотя бы одну статью, посвященную понятию «Недвижимость».

Римское право создало весьма разветвленные правовые конструкции недвижимости. Так же, как и в современный период, классификация вещей в римском праве строилась на противопоставлении движимых (*res mobiles*) и недвижимых (*res immobiles*) вещей. Такая классификация обусловлена естественными свойствами классифицируемых объектов. В ее основе лежит признак, сохранивший свое значение для цивилистических классификаций современных правовых систем: возможность (невозможность) перемещения вещи без повреждения ее сущности.

Перемещение недвижимых вещей (прежде всего земли и того, что с нею неразрывно связано) невозможно в принципе, в то время как движимые вещи могут быть перемещены в пространстве без повреждения. Такой простой подход к делению вещей на движимые и недвижимые оказался значимым для выделения конкретных объектов недвижимости.

В римском праве в качестве объекта недвижимости выделялся земельный участок. Одним из принципиальных положений римского права было то, что в качестве недвижимости рассматривалась не только часть поверхности земли, но и все те созданные трудом человека либо естественные предметы, которые неразрывно связаны с землей - сооружения, долгорастущие насаждения и т.п. Эти предметы рассматривались в качестве составных частей земельных участков. Вследствие этого обстоятельства невозможно было установить отдельное право собственности на постройку или сад без установления права

собственности на земельный участок, на котором они находятся. Именно в римском праве было сформулировано следующее правило: сделанное над поверхностью следует за поверхностью и принадлежит собственнику земельного участка (*superficies solo cedit*). Последовательное развитие этого положения привело к тому, что в качестве части недвижимости, то есть земельного участка, рассматривалось и воздушное пространство, которое расположено над этим земельным участком.

В римском праве значимой была также классификация недвижимости по элементам, входящим в состав недвижимости. Римские юристы в составе недвижимости (*res soli*) различали<sup>1</sup>:

- *Inaedificatio* - строения, созданные на земельном участке;
- *Insemenatio* - растения, посеянные на земельном участке;
- *Implantatio* - растения, посаженные на земельном участке.

Таким образом, что касается дома, здания или строения, то таковые рассматривались в качестве составной части земельного участка. Соответственно, правовой режим дома, здания, сооружения оценивался не с позиций собственности, а с позиций владения. Владение домом, зданием или сооружением на чужом земельном участке именовалось суперфиций - наследственное и отчуждаемое право пользования строением, которое возведено на чужой земле<sup>2</sup>.

Исследователи истории римского права по-разному оценивают правовое значение этой классификации. Так, одни ученые отмечают, что деление вещей на движимые и недвижимые имело в римском праве относительно небольшое значение<sup>3</sup>. Это объяснялось одинаковым правовым режимом, как для движимого имущества, так и для недвижимого. К примеру, как писал И.А. Покровский, различие между движимостями и недвижимостями имеет в римском праве самое минимальное значение (разные сроки приобретательской давности и некоторые другие); как содержание права собственности, так и формы вещного оборота определяются в нем для обеих категорий вещей совершенно одинаково: огромное имение может перейти из рук в руки так же бесформально, как и самая незначительная безделушка<sup>4</sup>.

В.М. Хвостов утверждал, что деление вещей на движимые и недвижимые имеет в римском праве мало значения, поскольку юридические нормы для тех и других вещей по существу одинаковы. Разница же между движимостью и недвижимостью, по мнению русского юриста, проявляется лишь в отдельных положениях права: например, сроки давности различны для тех и других вещей<sup>5</sup>.

Другие правоведы, напротив, указывают на многочисленность правовых последствий разделения вещей на движимые и недвижимые, как в вещном и обязательственном праве - в области собственности, прав на чужие вещи, в

---

1 Скворцов О. Ю. Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте. М., 2006. С. 7.

2 Римское частное право: Учебник/Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1996. С. 214-215.

3 Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.

4 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 195

5 Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1996.

установлении обязательств, так и в ответственности за их исполнение<sup>1</sup>. Этот тезис позволяет сделать вывод об имеющих существенное значение различиях между правовыми режимами движимости и недвижимости, тем более что они охватывают все основные сферы гражданского права - и область вещного права, и область обязательственного права, а также область ответственности участников гражданского оборота.

Третьи по-разному оценивают важность этой классификации в зависимости от периода развития римского права. Так, Ч. Санфилиппо пишет, что до самого конца классического права это подразделение не имело принципиального значения<sup>2</sup>. Итальянский ученый объясняет это тем, что данное подразделение поглощалось другой значимой классификацией вещей в римском праве - на манципируемые (*res mancipi*) и неманципируемые (*res nec mancipi*). Однако, как указывает Ч. Санфилиппо, значение этой классификации весьма возрастает начиная с послеклассической эпохи, и объясняется это исчезновением дихотомии *res mancipi* и *res nec mancipi*<sup>3</sup>.

В дальнейшем римский подход к распределению вещей по их взаимосвязи с земельным участком был позаимствован законодательствами развитых государств. Однако национальные особенности этих стран, обилие вещей, в том числе технологически сложных, но все же связанных с землей, — все это привело к тому, что принцип *superficies solo cedit* (сделанное над поверхностью следует за поверхностью) в законодательствах этих стран проводится с различной степенью последовательности.

В отдельных странах (ФРГ, Австрия, Швейцария) модель законодательного регулирования такова, что земельный участок во многом признается единственным телесным объектом недвижимости.

В гражданском законодательстве и правовой доктрине ФРГ речь идет не о земле как твердой части суши как таковой, а о конкретном земельном участке. Поскольку под вещами в смысле закона понимаются лишь телесные предметы (§ 90 ГГУ), для которых характерно обособленное, индивидуализированное существование, именно земельный участок, а не абстрактные земли становятся объектом гражданского права и вещью.

Только этим положения о земельном участке не ограничиваются. Согласно § 94 Германского Гражданского Уложения<sup>4</sup> (ГГУ) земельный участок признается недвижимой вещью. Это означает, что в соответствии с § 873 ГГУ для передачи права собственности на земельный участок либо для обременения земельного участка вещным правом помимо совершения обязательственной сделки купли-продажи, дарения, мены и т.п. необходимо заключить и исполнить особый абстрактный вещный договор, что включает в себя следующие юридические действия: а) заключение соглашения правомочного лица и другой стороны об изменениях в правах (вещный договор); б) внесение изменений в земельную книгу, если законом не предусмотрено иное. Запись в поземельной

1 Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право: Базовый учебник. М., 1999. С. 132.

2 Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М., 2000. С. 57.

3 Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 310-313.

4 Германское Гражданское Уложение. 1896 г./Законодательства зарубежных стран. М., 2004.

книге — равноценная часть вещного договора и не противоречит особой вещно-правовой природе данного договора. Вещное соглашение и запись в поземельной книге должны соответствовать друг другу, быть направлены на один и тот же объект и оставаться действительными до момента перехода вещного права<sup>1</sup>.

Именно поземельная книга как единый реестр вещных прав на землю позволяет максимально обособить и формализовать понятие земельного участка. Земельному участку по его природе не присуща обособленность, которая позволила бы ему выступать в качестве вещи. Решающим для вопроса о том, должна ли определенная часть земной поверхности рассматриваться только как целый земельный участок, или как ряд земельных участков, или как отдельные части различных земельных участков — является не единое или хозяйственное назначение земель и не расположение и взаимное их соотношение, а (по общему правилу) то, как земли занесены в поземельную книгу. Занесенный в поземельную книгу как единый земельный участок признается отдельной вещью, хотя бы он состоял из ряда не граничащих друг с другом частей (§ 890 ГГУ).

Итак, недвижимой вещью по немецкому праву признается земельный участок, занесенный как единое целое в поземельную книгу. Согласно абз.1 § 3 Положения о поземельной книге каждый земельный участок получает в ней особое место (на него заводится отдельный формуляр). Определенное исключение составляют лишь участки федерации, земель, общин и союзов общин, церквей, монастырей и школ, публичных дорог, а также земельные участки, которые отведены предприятиям железной дороги, служащим общественному транспорту. В соответствии с абз. 2 § 3 Положения о поземельной книге на них заводится формуляр только по требованию собственника или правообладателя.

Гражданское законодательство отдельных штатов в США также определяет недвижимость через понятие «земля» и ряд связанных с ней вещей. Согласно § 658 ГК Калифорнии недвижимое имущество составляет: а) земля; б) то, что прикреплено к земле; в) то, что следует с землей или считается ее принадлежностью; г) то, что считается недвижимым согласно закону; исключение составляет то, что можно отделить от земли в целях продажи — плоды, урожай сельскохозяйственных культур, вещи, которые, будучи прикрепленными к земле либо являясь ее частью, были отделены перед передачей покупателю или перед заключением договора о продаже.

Гражданское законодательство и правовая доктрина США таким понятием, как «существенная составная часть» земельного участка не оперируют. Здесь используется термин (*fixture*), т.е. движимость, продаваемая вместе с домом или земельным участком. В целом термин *fixture* соответствует тому, что в римском праве понималось под составной частью или принадлежностью вещи. «*fixture* считается вещь, которая, являясь движимой, присоединена (прикреплена) к земле более или менее постоянным способом и в

---

<sup>1</sup> Баранова Е. А. Оборот недвижимости в российском и германском праве: сравнительное исследование. М., 2005. С. 113-114.

силу этих обстоятельств рассматривается как часть недвижимости, принадлежащая собственнику земли.

Правовой доктриной США выработан ряд критериев, который позволяет определить, становится ли вещь частью или принадлежностью недвижимости или нет.

Первым таким критерием служит наличие выраженного соглашения сторон о присоединении вещи к земле на постоянной основе. Если по соглашению между арендодателем и арендатором земли арендодатель обязуется построить здание и затем передать его в собственность арендатора, а затем, по истечении срока аренды, удалить здание и установленное в нем оборудование, то здание и оборудование не становятся частью недвижимости.

Вторым критерием может служить характер присоединения движимой вещи к земле, т.е. способен ли разрыв с землей причинить ущерб самой присоединенной вещи или земельному участку, к которому она присоединена? Если движимая вещь не может быть отделена от земли или здания без серьезного причинения вреда земле или зданию, то это является серьезным доказательством того, что присоединение планировалось как постоянное и такая вещь будет рассматриваться как часть недвижимого имущества.

Третьим критерием служит характер взаимоотношений между лицом, присоединившим вещь к недвижимости, и другими кредиторами. Когда вещь присоединена лицом, которое одновременно является собственником земельного участка и присоединяемой движимой вещи, последняя становится частью недвижимости, если только не будут представлены веские доказательства противоположного.

Четвертый критерий — природа и цель присоединения движимости к земле, т.е. сделано ли это для достижения «торговой», «сельскохозяйственной», «домашней» или «декоративной» цели. Данный критерий действует, как правило, в отношениях между собственником земли и ее владельцем, поскольку интерес владельца земли всегда временный, едва ли можно предположить, что владелец, присоединяя ту или иную вещь к недвижимости, намеревается сделать тем самым подарок собственнику земли. Так, зеркала, гардеробы, печи, люстры, мраморные камины и даже деревянная обшивка, прикрепленная посредством шурупов, могут быть возвращены многолетнему владельцу. Однако будучи прикрепленными к недвижимости с домашней или декоративной целью они могут быть возвращены лишь при точном подтверждении их временного характера, когда движимость может быть отсоединена без разрыва и ущерба недвижимому имуществу.

Произрастающие на земельном участке природные (нерукотворные) растения к разряду fixture не относятся, однако признаются частью недвижимости сами по себе. Так, вещи, которые представляют собой натуральное или стихийное развитие природы и требуют небольшого (не ежегодного) выращивания или культивации, такие как деревья, травы или кустарники, признаются частью земли, к которой они присоединены и их называют недвижимостью.

Однако, растущий урожай, т. е. вещи, которые являются результатом ежегодного труда и культивации, в особенности, если они ежегодно обновляются и собираются как злачные культуры, садовые продукты рассматриваются в американском праве как движимость. Но даже эти вещи, при определенных обстоятельствах могут быть признаны частью недвижимости. Так, растущий урожай будет переходить вместе с передачей прав на землю, если только продавец земли не сделает исключение и не оставит урожай за собой.

Таким образом, нетрудно заметить, что римское правило *superficies solo cedit* соблюдается в законодательстве США достаточно полно. Во всяком случае вещь, признанная частью или принадлежностью земельного участка, сама становится недвижимостью и следует судьбе земельного участка.

Своеобразно определен круг объектов недвижимости во французском гражданском праве. К числу недвижимых здесь отнесены четыре вида имущества:

1) недвижимые по их природе; 2) недвижимые в силу их назначения; 3) недвижимые в силу предмета, принадлежность которого они составляют; 4) недвижимые в силу заявления об этом их собственника.

К первым двум относятся телесные недвижимости, ко вторым — бестелесные. Таким образом, и во Франции оборот недвижимости построен на обороте как *res corporales*, так и *res incorporals*.

В отличие от немецкого французское гражданское право включает в разряд недвижимых большее количество телесных вещей. К числу недвижимых имущества здесь относятся не только земельные участки, но и строения. Последними считаются дома, плотины, канализационные сети, линии передачи электроэнергии и т.п. (ст. 518 Французский Гражданский Кодекс (ФГК)). Ст. 519 ФГК этот перечень дополняет, причисляя к имуществам, недвижимым по природе, ветряные или водяные мельницы, утвержденные на столбах и составляющие часть строения.

Ко второй группе — недвижимости в силу назначения — ФГК относит движимые телесные вещи, которые собственник поместил на своем участке навсегда для обслуживания или эксплуатации участка. Для признания движимой вещи, помещенной на земельном участке, недвижимостью нужно, чтобы она была размещена на участке собственником. Вещи, помещенные или привезенные нанимателем или арендатором, остаются движимым имуществом.

Вещи, недвижимые в силу их назначения, подразделяются на две основные группы:

а) вещи, служащие сельскохозяйственной, промышленной или торговой эксплуатации земельного участка. К числу вещей, предназначенных для сельскохозяйственной эксплуатации земельного участка, ст. 524 ФГК относит животных, служащих для обработки земли, в том числе предоставленных нанимателю или арендатору собственником, пока они соединены с участком по соглашению сторон (ст. 522 ФГК, земледельческие орудия (прессы, котлы, бочки и т.п.), семена, солому и удобрения. Вещами, предназначенных для промышленной эксплуатации земельного участка, считаются орудия, необходимые для эксплуатации кузниц, бумажных фабрик и других заводов.



Вещами, служащими для торговой эксплуатации участка, закон и судебная практика признают оборудование гостиниц, театральные декорации, прилавки и полки в магазинах и т.п.;

б) вещи, навсегда связанные с земельным участком (ст. 624 ФГК). Согласно ст. 626 ФГК движимая вещь считается присоединенной к земельному участку навсегда, если она прикреплена гипсом, известью или цементом, или когда она не может быть отделена без повреждения или ухудшения части имени (земельного участка), к которой была присоединена.

К бестелесным недвижимым вещам (третья группа) ст. 526 ФГК относит следующие права: узуфрукты на недвижимость; сервитуты и земельные повинности; иски, имеющие своим предметом возвращение недвижимого имущества. Что же касается имуществ, недвижимых в силу заявления о них собственника (четвертая группа), то эта группа постепенно из законодательства исчезает

В законодательстве Франции самым значительным отступлением от принципа *superficies solo cedit* следует признать существование строений как самостоятельной недвижимости на чужой земле (ст. 519 ФГК). Однако в ст. 553 ФГК содержится двойкая презумпция, которая в целом не позволяет поставить под сомнение главенствующую роль земельного участка по французскому гражданскому праву. Содержание этих презумпций таково: а) сооружения, насаждения и работы на земельном участке предполагаются произведенными собственником участка; б) лицо, возводящее сооружения или делающее насаждения, предполагается собственником материалов и деревьев.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать вывод, что римский принцип *superficies solo cedit* при его полном воплощении может иметь двойной контекст, состоящий в признании а) единственной недвижимой вещью; б) земельного участка главной (доминирующей) вещью.

Первая модель реализации римского принципа (ее условно можно назвать римской или немецкой) предполагает наличие следующих моментов: признание земельного участка единственным телесным объектом недвижимости; признание здания, строения или сооружения существенной составной частью земельного участка и невозможность их самостоятельного отчуждения отдельно от земельного участка; расширение круга объектов недвижимости за счет введения «юридических земельных участков» в виде прав на недвижимое имущество; возможность признания принадлежностью земельного участка только движимых вещей.

Вторая модель реализации этого принципа (Франция, США и другие страны) включает в себя следующие черты: признание земельного участка главной недвижимой вещью; признание недвижимостью не только земельного участка, но и иных телесных вещей, прежде всего, зданий на чужой земле. В случае признания недвижимостью иных телесных вещей законодатель и судебная практика, тем не менее стремятся определить характер прав на земельный участок у собственника такой недвижимости; возможность признаний недвижимостью бестелесных вещей в виде прав на земельный участок; определение юридической связи между земельным участком как

главной вещью и иной расположенной на нем недвижимостью посредством использования двух понятий: составная часть и принадлежность.

## **Проблема возврата культурных ценностей в страну их происхождения**

Харламова Галина Ивановна,  
студентка 4 курса юридического факультета  
Новосибирского государственного университета  
экономики и управления

Научный руководитель:  
Кушарова Маргарита Прокопьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса  
юридического факультета Новосибирского государственного  
университета экономики и управления

В настоящее время международные отношения характеризуются связями государств в самых различных областях человеческой деятельности. В первую очередь это касается политических отношений, на основе которых каждое государство строит свою внешнюю политику, которая определяет основы сотрудничества этого государства с другими государствами в иных областях международных связей: в экономической, гуманитарной области и т. д. Сотрудничество государств в области культуры тоже входит в этот список. Культура, сама по себе как общечеловеческая ценность, не признает границ. Взаимодействие, взаимообогащение различных культур происходит на самых разных уровнях и государства не в силах остановить этот процесс. Однако государствам под силу этот процесс упростить, ускорить, сделать наиболее приемлемыми «правила игры», по которым происходит культурный обмен между государствами. Инструментом этого регулирования являются соглашения и конвенции между субъектами международного права, регулирующие международный культурный обмен.

Культурным ценностям присуще вневременное значение, можно сказать «вечностное», передающиеся из поколения в поколение и способствующее формированию национальной идентичности каждого народа. Поэтому хищение или уничтожение произведений искусства имеет значение не только для их непосредственных владельцев, но и для коллективной памяти больших групп населения и даже наций. Этим объясняется длительность сохранения эмоционального восприятия вопросов возвращения перемещенных культурных ценностей.

Перемещение культурных ценностей известно на протяжении всей истории человечества, поскольку оно было неизбежным следствием военных действий. Культурные ценности, применяя терминологию международного частного или гражданского права, относятся к категории движимых вещей. Российские культурные и исторические ценности в силу целого ряда обстоятельств могут оказаться за пределами России, а культурные ценности других государств - в России, соответственно. Регулирование вопросов

возвращения культурных ценностей в этих двух случаях осуществляется как нормами международного права, так и внутреннего российского законодательства, причем нормы международного права в соответствии с Конституцией РФ пользуются приоритетом.

В международных соглашениях и прежде всего в Конвенции УНИДРУА по похищенным или незаконно вывезенным ценностям от 24 июня 1995, широко применяется термин реституция (от латинского *restitutio* - восстановление). В современном международном праве термин реституция понимается как возвращение в натуре имущества, неправомерно захваченного и вывезенного воюющим государством с территории противника<sup>1</sup>.

Основным вопросом обсуждения на данном этапе международных отношений для России является реституция ценностей, перемещённых в годы Второй Мировой войны, но можно предположить, что вскоре после выработки механизма возвращения предметов искусства, его нормы будут широко применяться в отношении стран постсоветского пространства.

Вторая мировая война закончилась более шести десятилетий назад, однако до сих пор ведутся споры о праве собственности на так называемое «трофейное искусство» - культурные ценности, перемещённые в результате Второй мировой войны. В 1945-1946 гг. из побежденной Германии в Советский Союз в качестве компенсации за причиненный ущерб было перемещено значительное количество историко-культурных ценностей. Они вывозились на законных основаниях в соответствии с соглашениями между странами-победительницами фашистской Германии. Тогда никто не оспаривал того, что Германия и ее бывшие союзники должны хотя бы частично компенсировать колоссальный ущерб, который был причинен культурному достоянию нашей стран<sup>2</sup>. К концу XX века эта проблема превратилась в клубок трудноразрешимых противоречий и разногласий. Основой этой проблемы является вопрос: законно, либо незаконно были вывезены немецкие культурные ценности.

Да, определенными договорами (мирный договор с Италией, 1947 г.) предусматривалось, что в случае если “невозможно осуществить реституцию объектов, представляющих художественный, исторический, или археологический интерес, которые составляют часть культурного, наследия, Италия обязуется предоставить объекты той же природы и в той степени, в которой это было возможно получить в Италии”. Таким образом, известны случаи замены культурных ценностей, т. е. компенсации. Более того, российский закон № 64-ФЗ от 15 апреля 1998 г. “О культурных ценностях, перемещённых в Союз ССР в результате второй мировой войны и находящихся на территории РФ прямо вводит понятие “компенсаторная реституция”, определяя его как “вид материальной, международно-правовой активности государства-агрессора, применяемой в случаях, если осуществление

---

1 Барышев В. Международно-правовые и нравственные аспекты компенсаторной реституции культурных ценностей // Журнал международного права и международных отношений, 2008, № 2. - [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: [справочно-поисковая система].

2 Богуславский М. М. Частное право и возвращение культурных ценностей: российское законодательство // <http://lostart.ru/ru/move>.

ответственности данного государства в форме обычной реституции невозможно, и заключающейся в обязанности данного государства компенсировать причиненный другому государству материальный ущерб, путем передачи потерпевшему государству (или путем изъятия потерпевшим государством в свою пользу) предметов того же рода, что и разграбленные и незаконно вывезенные государством-агрессором с территории потерпевшего государства” (ст. 4 закона). Совершенно ясно, что такие определения (впрочем как и весь закон) не выдерживают никакой критики с точки зрения норм международного права.

Другой проблемой является то, что многие культурные ценности, вывезенные немецкими оккупантами, были затем переправлены в другие страны и Германское правительство, даже желая их вернуть, не имеет фактической возможности это сделать. Такова судьба русской святыни - Тихвинской иконы Пресвятой Богородицы, которая находится ныне в частном собрании в г. Чикаго, США.

В России почти все перемещенные из Германии культурные ценности находятся в государственных публичных собраниях, доступ в которые всегда открыт, о чем свидетельствует и проведение ряда выставок, в частности: в настоящее время в Государственном музее изобразительных искусств им. Пушкина, Государственном историческом музее, а также в Эрмитаже находится около 250 тысяч перемещенных из Германии экспонатов, в том числе: графика и живописные полотна старых мастеров, включая Рембрандта, Рубенса, Рафаэля, Делакруа и др.) Это во многом облегчает решение технического и юридического аспекта проблем, связанных с возвратом культурных ценностей<sup>1</sup>.

Более запутанной выглядит ситуация в ФРГ, поскольку там вывезенные из СССР культурные ценности разрознены и находятся в частном владении. Учитывая, что в ФРГ не существует общегосударственного министерства культуры или других специальных государственных органов по сохранению культурного наследия, немецкая сторона могла бы создать специальный фонд на федеральном уровне, в задачи которого входил бы выкуп культурных ценностей в соответствии с внутренним правом ФРГ, включая возможные выплаты добросовестному приобретателю, и их безвозмездная реституция в РФ.

В конечном итоге - эти проблемы не являются сугубо юридическими. Оба определившихся правовых подхода имеют место быть. Объявить всё федеральной собственностью и ничего не отдавать – значит нарушить свои обязательства в сфере международной охраны культурного наследия народов. Отдать всё «прямо завтра», не получив обратно и миллионной доли того, что уничтожено и разграблено на территории СССР в ходе Великой отечественной войны - непростительно.

Абстрагируясь от истории русско-германских отношений и говоря вообще о возвращении ценностей, которые являются культурным наследием народов, нужно сказать, что при выборе сбалансированных решений, на мой взгляд, в

---

<sup>1</sup> Молчанов С.Н. К вопросу о правовом режиме культурных ценностей. Сборник материалов межрегионального семинара "Охрана и сохранение культурного наследия Сибири". Томск, 20-24 ноября 2000 г.

большой степени необходимо ориентироваться на будущее культурное сотрудничество.

Сегодня же часто раздаются высказывания такого рода: не мы одни - англичане не вернули грекам барельефы Парфенона, а французы - ценности, вывезенные Наполеоном из Египта. Однако ссылка на то, что, своровал потому, что и соседи воруют, не выдерживает никакой критики.

Мировое культурное пространство едино. И было бы большой ошибкой - растаскать мировые культурные ценности по национальным квартирам. В интересах всего мирового сообщества - сохранить целостность и общедоступность основных собраний культурных ценностей в исторически сложившихся мировых культурных центрах.

По моему мнению, возврат и обмен культурными ценностями между государствами должен происходить на основе паритета и если народ в лице государственного представителя предлагает другому государству вернуть его неотъемлемое культурное достояние, то этот вопрос нужно решать цивилизованно, уважая его суверенное право.

Еще Гиппократ сказал «*ars longa, vita brevis*» (жизнь коротка, искусство вечно) и на нас лежит ответственность, какое культурное наследие наших предков мы передадим подрастающему поколению.

## **Роль таможенных союзов в регулировании международных торговых отношений**

Чемерисова Елена Анатольевна,  
студентка 1 курс отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Щербинина Ольга Евдокимовна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Руководствуясь одним из основополагающих принципов международного права – принципом сотрудничества – государства осуществляют взаимодействие в различных формах. Наиболее значимой формой сотрудничества в настоящее время является развитие торгово-экономических связей. Осуществляя их, государства прилагают усилия по созданию для хозяйствующих субъектов друг друга более благоприятных условий деятельности, стремятся к единообразию их регламентации. Одним из направлений реализации таких устремлений государств можно рассматривать создание таможенных союзов.

Таможенные союзы обычно создаются путём заключения международных договоров. В них, как правило, даётся и понятие таможенных союзов. Одним из наиболее значимых международных актов для регулирования международных торговых отношений в настоящее время можно признать Генеральное соглашение по тарифам и торговле<sup>1</sup> (далее ГАТТ), действующее для государств-участников Всемирной торговой организации (далее ВТО). При этом следует отметить то, что в рамках ГАТТ/ВТО не предусмотрено создание таможенного союза, но даётся его понятие, которым по сути государства могут руководствоваться, создавая союз. В соответствии с положениями Генерального соглашения по тарифам и торговле под таможенным союзом понимается замена двух или нескольких таможенных территорий одной.

В ст. 9 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (далее ЕЭС) от 25.03.1957г.<sup>2</sup> (далее Римский договор) основой функционирования ЕЭС указывается именно таможенный союз, хотя понятия его не дано. Из текста лишь следует, что таможенный союз охватывает всю торговлю товарами и предусматривает запрещение импортных и экспортных таможенных пошлин и любых равнозначных сборов в торговых отношениях между государствами-членами, а также устанавливает общий таможенный тариф в отношениях с третьими странами. Позднее такое понятие было дано рабочей группой по созданию Европейского таможенного союза Организации

---

<sup>1</sup> СПС КонсультантПлюс

<sup>2</sup> Договоры, учреждающие европейские сообщества. М., 1994. С. 95 - 288.

европейского экономического сотрудничества (ОЕЭС)<sup>1</sup>, согласно которому таможенный союз является тарифным сообществом, в котором гармонизировано всё таможенное законодательство, и вдобавок, гармонизированы другие сборы и налоги, взимаемые при импорте. При этом термин «тарифное сообщество» определяется как сообщество, в котором государства-члены имеют один общий тариф, действующий против третьих стран.

После распада Советского Союза бывшие союзные республики не стремились «оборвать» все свои связи. Наоборот, они стремились к сохранению хозяйственных отношений. Одним из способов для их сохранения и развития стало создание таможенных союзов. В 1995 году было заключено Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о таможенном союзе<sup>2</sup>. В ст. 1 Соглашения учреждаемый Таможенный союз назван экономическим объединением государств, которые имеют единую таможенную территорию и однотипный механизм регулирования экономики, который базируется на рыночных принципах хозяйствования и унифицированном законодательстве. В соответствии с этим Соглашением устанавливается единый внешнеторговый режим на таможенной территории таможенного союза, вводится единый таможенный тариф на всём внешнем периметре таможенной границы, снимаются внутренние таможенные границы. Позднее к этому Соглашению присоединились Республика Казахстан<sup>3</sup>, Кыргызская Республика<sup>4</sup> и Республика Таджикистан<sup>5</sup>.

Представляется, что это определение наиболее полно отражает сущность такого интеграционного объединения, как таможенный союз, и в целом довольно точно формулируют принципы, необходимые для функционирования такого объединения в качестве именно таможенного союза.

Но, как указывает А. Сотников<sup>6</sup>, формирование таможенного союза невозможно без надлежащей экономической почвы, реального сращивания экономик государств. А поскольку, как пишет Ж.М. Кембаев<sup>7</sup>, такого не произошло, то даже немного, что было достигнуто, не устояло перед первым серьезным испытанием - мировым финансовым кризисом 1998 г., когда государства - участники Таможенного союза нашли единственно верный способ решения своих экономических проблем в построении барьеров для «защиты» друг от друга. Свидетельством существования Таможенного союза лишь на бумаге является то, как пишет Ж.М. Кембаев<sup>8</sup>, что один из его членов – Киргизская Республика – стал в 1998 году членом ВТО. Следствием этого явилось подписание Договора о таможенном союзе и едином экономическом пространстве от 26.02.1999г., который стал базовым в международно-экономических отношениях Российской Федерации, Республики Беларусь,

1 Право европейского союза: учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2002. С. 465.

2 Бюллетень международных договоров. 1995. №10.

3 Бюллетень международных договоров. 1995 № 6.

4 Бюллетень международных договоров. 2000. № 6.

5 Бюллетень международных договоров. 2002. № 11.

6 Сотников А. Обустройство таможенного союза России и Беларуси как условие создания союзного государства // Общество и экономика. 2001. № 5. С. 136.

7 Кембаев Ж.М. Международная экономическая интеграция: разновидности и некоторые основные закономерности // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 109.

8 Кембаев Ж.М. Международная экономическая интеграция: разновидности и некоторые основные закономерности // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 109.



Республики Казахстан, Кыргызской Республики, Республики Таджикистан. В ст. 21 Договора таможенный союз определяется как торгово-экономическое объединение, имеющее единую таможенную территорию; общий таможенный тариф; режим, не допускающий каких-либо тарифных и нетарифных ограничений (лицензирование, квотирование) во взаимной торговле, упрощение и последующую отмену таможенного контроля на внутренних таможенных границах; однотипные механизмы регулирования экономики и торговли, базирующиеся на универсальных рыночных принципах хозяйствования и гармонизированном экономическом законодательстве; органы управления; единую таможенную политику и применение единых таможенных режимов.

С целью продвижения процесса формирования Таможенного союза в 2000 году было учреждено Евразийское экономическое сообщество<sup>1</sup> (далее ЕврАзЭС), с целью функционирования которого государства-участники в 2007 году заключили Договор о создании единой таможенной территории и формировании таможенного союза<sup>2</sup>.

В нём таможенный союз понимается как форма торгово-экономической интеграции, предусматривающая единую таможенную территорию, в пределах которой во взаимной торговле товарами, происходящими с единой таможенной территории, а также происходящими из третьих стран и выпущенными в свободное обращение на этой таможенной территории, не применяются таможенные пошлины и ограничения экономического характера, за исключением специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер. При этом участники применяют единый таможенный тариф и другие единые меры регулирования торговли товарами с третьими странами.

При рассмотрении понятий таможенного союза используется термин «таможенная территория». А.Н. Козырин<sup>3</sup> подчёркивает, что на место национальной политики приходит единая межгосударственная таможенная политика, которая, оформившись в единое таможенное законодательство, действует в границах таможенных территорий стран, учредивших таможенный союз. Понятие таможенной территории обычно даётся в международных актах, говорящих о самих таможенных союзах. Так, согласно ст. XXIV ГАТТ под таможенной территорией должна пониматься территория, в отношении которой действует общий единый таможенный тариф и другие меры регулирования торговли<sup>4</sup>.

Постановлением Совета (ЕЭС) от 12.10.1992 г. № 2913/92 об учреждении Таможенного союза Сообщества был утверждён Таможенный кодекс Европейского союза. В соответствии с Кодексом таможенная территория ЕС – это оговорённая законодательством ЕС совокупность территорий государств

---

1 Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10.10.2000 // Собрание законодательства РФ. 2002. № 7. Ст. 632.

2 Собрание законодательства РФ. 2011. № 12. ст. 1552.

3 Козырин А.Н. Понятие таможенной территории и пространственные аспекты таможенно-тарифного регулирования // Московский журнал международного права. 1995. № 1. С. 95.

4 Дюмулен И.И. Всемирная торговая организация. М., 1997. С. 95.

либо отдельных регионов, на которых действуют нормы и правила Таможенного союза ЕС<sup>1</sup>.

Во исполнение Договора о создании единой таможенной территории и формировании таможенного союза от 06.10.2007 г. был принят Таможенный кодекс Таможенного союза<sup>2</sup>, исходя из которого единую таможенную территорию Таможенного союза составляют таможенные территории государств – членов Таможенного союза, а пределами таможенной территории Таможенного союза являются таможенные границы Таможенного союза.

Объединяясь в таможенные союзы, государства определяют цели их создания. В рекомендациях ГАТТ по формированию союзов такой целью указывается облегчение торговли между составляющими таможенный союз территориями, а также исключение возможности возникновения барьеров в торговле между государствами, участвующими в ГАТТ. Участники таможенного союза обязаны выполнять положения о том, что цель интеграционного объединения – это освобождение торговли между участниками, а не возведение барьеров для других государств с образующими их территориями.

Более широко определены цели Соглашением о таможенном союзе от 06.01.1995 г. (в последующих актах, относящихся к данному Таможенному союзу, цели определяются таким же образом):

обеспечение совместными действиями социально - экономического прогресса своих стран путем устранения между ними разделяющих препятствий для свободного экономического взаимодействия между хозяйствующими субъектами;

- гарантирование устойчивого развития экономики, свободного товарообмена и добросовестной конкуренции;

- укрепление координации экономической политики своих стран и обеспечение всестороннего развития национального народного хозяйства;

- создание условий для формирования общего экономического пространства;

- создание условий для активного выхода государств - членов Таможенного союза на мировой рынок.

Для более эффективного функционирования таможенных союзов в договорах по их учреждению могут быть сформулированы соответствующие принципы. Например, таковыми по Соглашению о таможенном союзе от 06.01.1995г. являются:

- отмена в торговле товарами, происходящими с территорий государств-участников, таможенных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие, а также количественных ограничений;

- установление и применение в отношениях с третьими странами одинакового торгового режима, общих таможенных тарифов и мер нетарифного регулирования внешней торговли;

---

<sup>1</sup> Европейское право: учебник для вузов / Под общ. ред. д.ю.н. профессора Л.М. Энтина. М., 2000. С. 561.

<sup>2</sup> Таможенный кодекс таможенного союза. М., 2011.

- формирование механизма взаимоотношений Таможенного союза с третьими государствами и международными организациями.

Говоря о значимости таможенных союзов в осуществлении международных торговых связей, можно подчеркнуть, что значительные выгоды они могут нести прежде всего для хозяйствующих субъектов государств-участников союзов. Применение единообразных правил позволяет сократить финансовые и временные издержки, поскольку упрощаются и ускоряются таможенные процедуры, применяется единая система тарифных преференций, применяются единые меры нетарифного регулирования. Деловая активность, развиваясь в рамках такого таможенного союза, поддерживается унификацией национальных законодательств государств-членов и созданием равных условий для хозяйствующих субъектов, действующих на этом пространстве. Поскольку при перемещении товаров и услуг, произведённых на территории таможенного союза, через внутренние границы государств-членов не взимаются таможенные пошлины, а в отношении товаров из третьих стран применяются единые ставки ввозных пошлин, это позволяет беспрепятственно обращаться таким товарам на единой таможенной территории. За счёт снижения издержек товары, произведенные на территории таможенного союза, становятся более конкурентноспособными по сравнению с товарами из третьих стран, в том числе снижаются издержки, связанные с преодолением торговых и таможенных процедур при пересечении границы. Для иностранного бизнеса существенным плюсом является сокращение издержек, связанных с перемещением товаров в пределах территории государств-членов таможенного союза, что должно привести к появлению и практической реализации новых инвестиционных проектов с участием иностранного капитала.

В то же время при взаимодействии в рамках таможенного союза можно отметить и некоторый негатив. Это выражается в уменьшении поступлений в государственный бюджет. Кроме того, отмена ввозных пошлин или их понижение может сделать товар национального происхождения неконкурентноспособным на внутреннем рынке таможенного союза. Но, как отмечает Ю. Ладыгин, начальник Сибирского таможенного управления<sup>1</sup>, не стоит опасаться снижения пошлин, поскольку оно будет происходить постепенно, и прежде чем пошлины ощутимо снизятся, пройдет пять-семь лет и появятся качественные товары (например, автомобили) отечественного производства. Кроме того, говорит Ю. Ладыгин, когда на границе с Казахстаном сократили таможенные посты и товары Таможенного союза стали свободно перемещаться, участники внешнеэкономической деятельности привезли эти товары в Россию, заплатили здесь налоги, следовательно, денежные средства попали в казну государства. Товарооборот продолжает расти, подчёркивает он, а таможенные платежи в связи с этим не только не упали, но и растут.

Таким образом, подводя итог сказанному, следует подчеркнуть, что в современных международных торговых отношениях именно таможенные

---

<sup>1</sup> Олейников Ю. И бизнесу, и государству // Российская газета. 2012, 15 марта. С. 15.

союзы позволяют в значительной мере решать задачи по их либерализации, по расширению и развитию торговых связей субъектов различных государств.

## **Трансграничные слияния и поглощения в свете вступления России во Всемирную торговую организацию**

Эрф Анастасия Викторовна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сидорова Татьяна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Данная статья посвящена общим вопросам правового регулирования сделок по слиянию и поглощению трансграничного характера и защитных механизмах правовой системы от недобросовестной практики в данной области в условиях вступления России во Всемирную торговую организацию.

Проблема законодательного регулирования рынка слияний и поглощений вновь приобрела актуальность для России в связи ее вступлением в ВТО. Экспертами ведущих международных инвестиционных и аналитических агентств, прогнозируется увеличение позитивной динамики важнейших показателей процессов слияний и поглощений трансграничного характера. Вступление Российской Федерации в ВТО имеет в перспективе выход российской экономики на новый уровень, но среди ученых существуют различные мнения по поводу негативных последствий данного процесса. Одни считают, что вступление России в ВТО фатальных негативных последствий не повлечет, другие же усматривают опасность перехода национальной промышленности под иностранный контроль, что несет угрозу национальной независимости в целом. Достаточно обратиться к негативному опыту ряда стран вступивших в ВТО таких как Латвия, Индия и др., где мелкий и средний бизнес поглощен компаниями стран – участников данного соглашения. Более того, прогнозируется новая волна рейдерских захватов, но уже международного уровня.

Говоря о понятии слияний и поглощений, следует отметить, что в экономической литературе широко используется англо-американская заимствованная аббревиатура M&A (merger&acquisition), означающая слияние и поглощение компаний или поглощение путем приобретения ценных бумаг или основного капитала, причем сделками M&A принято считать все сделки по слиянию и поглощению характеризующие особые экономические отношения, вне зависимости от их сущности.

С точки зрения экономической науки слияние – сделка или совокупность сделок, в результате которых происходит объединение относительно равных по размеру компаний в новую структуру, характеризующую существенно большим масштабом бизнеса по сравнению с бизнесом каждой из компаний – участниц, акционеры которых теряют определенную долю контроля, однако продолжают

оставаться в данном бизнесе, а поглощение – сделка или совокупность сделок между компаниями, относительно различным по размеру своего бизнеса, в результате которых одна из сторон прекращает свое участие в одном бизнесе и получает определенное вознаграждение в денежной и/или иной форме от другой стороны, которая увеличивает посредством этого масштаб своего бизнеса без существенного изменения своей структуры собственности.<sup>1</sup> По сути это сделки по переходу права собственности и смены корпоративного контроля над предприятием (переход значительного пакета акций некоторой компании от одного собственника к другому).

В Российской Федерации дефиниция «слияние» часто рассматривается как реорганизация юридического лица, а в более широком смысле – установление контроля над активами, имуществом путем объединения юридических лиц, приобретения пакета акций и долей юридического лица.<sup>2</sup>

Определение термина «поглощение» носит дискуссионный характер. В законодательстве России отсутствует прямое определение указанного понятия. За исключением Кодекса корпоративного поведения, который носит лишь рекомендательный характер, здесь «поглощение» – это приобретение 30 % и более акций поглощаемого юридического лица. Но среди теоретиков и практиков юриспруденции и экономических наук предлагается целый комплекс определений: поглощение – форма реорганизации по своей природе сходной со слиянием и присоединением; поглощение – установление контроля над юридическим лицом путем приобретения права собственности на него; поглощение – правило поведения не предусмотренное законодательством, являющееся обычаем делового оборота и т.д.<sup>3</sup>

В зарубежных источниках слияние принято понимать как любое объединение двух или нескольких компаний в результате которого, образуется единая экономическая единица, а поглощение как объединение двух или нескольких юридических лиц в одно, к которому переходят активы и обязательства поглощаемых юридических лиц, при этом поглощаемые юридические лица либо прекращают свое существование, либо контролируются путем владения контрольным пакетом акций или долей капитала.

Слияние и поглощение может осуществляться следующими способами: интеграция юридических лиц, приобретение имущества юридического лица в зависимости от организационно правовой формы компании (обществ с ограниченной ответственностью – долей в уставном капитале, а в акционерных обществах – контрольного пакета акций), кроме того, приобретение основных производственных средств и нематериальных активов компании, а так же заключение сделки доверительного управления, договора о совместной деятельности или договора поручения в результате которых, заинтересованные лица могут получить право управления хозяйствующим субъектом и

---

1 Комольцев Ю.А. Мировой опыт слияний и поглощений: общие закономерности и национальные особенности (на примере РФ): Автореферат дисс... канд. экон. наук. Санкт-Петербург, 2009. С. 10.

2 Бегаева А.А. Корпоративные слияния и поглощения: проблемы и перспективы правового регулирования- М., 2010. С. 4.

3 Там же. С.5.

осуществлять функции его исполнительного органа, создание юридического лица путем внесения вклада в уставной капитал другого юридического лица.

Сделки по слиянию и поглощению классифицируются по различным критериям, причем многие ученые помимо основных общепринятых критериев предлагают авторские в зависимости от сферы исследования и глубины изучения. Рассмотрим некоторые из них. Так, по степени интеграции компаний разделяют: 1) вертикальные – объединение субъектов связанных единым производственным циклом; 2) горизонтальные – объединение компаний принадлежащих одной отрасли экономики; 3) конгломератные – слияние фирм, несвязанных ни какой общностью, с целью расширения номенклатуры производства, географии рынка и др.

В зависимости от отношения управленческого персонала компании к слиянию: дружественные и враждебные. Дружественные – слияние с одобрением сторон этой сделки, а враждебные (недружественные) - одна из сторон не поддерживают сделку и пытается ей противостоять. Следует отметить, что недружественные сделки по слиянию и поглощению в российской и западной практике существенно отличаются. Если в России этот термин имеет негативный окрас и часто понимается как «рейдерство», в то время как на Западе обозначает законную и добросовестную скупку находящихся в свободном обращении акций (free float) инвестором в условиях противодействия такой скупке со стороны прежде всего директоров и менеджмента компании, а иногда - владельцев крупных, но не контрольных пакетов акций.<sup>1</sup>

По национальной принадлежности сделки по слиянию и поглощению разделяют на национальные (слияния юридических лиц одного государства) и транснациональные слияния (объединение субъектов из разных стран). Так же сделки классифицируют по таким критериям как размер сделки, способ финансирования, механизм слияния и т. д.

С целью противостояния недобросовестной практике на рынке слияний и поглощений в последнее время в России принят ряд поправок в национальные нормативно-правовые акты касающегося совершенствования механизма регламентирования данных правоотношений. Например, переход доли участника общества в уставном капитале к другим участникам или третьим лицам требует обязательного нотариального удостоверения. Законодателем введено понятие «корпоративный спор» и определен порядок рассмотрения споров по вопросам широкого спектра, связанных с деятельностью корпораций.

Более того, корпоративные споры отнесены к подсудности арбитражных судов, а так же закреплена исключительная подсудность и наложение обеспечительных мер по месту нахождения юридического лица. Так же значительно расширен перечень информации, раскрываемой эмитентами ценных бумаг любым заинтересованным лицам, планируется введение Единого федерального реестра сведений о фактах деятельности юридических лиц, включающий в себя сведения, публикуемые в соответствии с законодательством

---

<sup>1</sup>См.: Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики: Учебник / под ред. Белова В.А. М., 2009. С.515.

о государственной регистрации организаций, что отвечает международному стандарту «открытости информации».

Тем не менее, необходимы более глубокие изменения, затрагивающие и законодательство об иностранных инвестициях. Некоторые из них уже произведены в ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства». В первую очередь внесенные изменения коснулись понятия контроля иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение. Теперь установлен минимальный размер доли в таких обществах вместо 10% ранее установленных, принят 25% минимальный предел общего количества голосов, приходящихся на акции (доли) в уставном капитале общества, пользующегося участками недр федерального значения, что позволяет осуществлять контроль над обществом. Кроме того, иностранные инвесторы наделяются возможностью избирать 25% и более состава совета коллегиального органа управления общества.

Однако установлен перечень сделок, по которым необходимо согласование уполномоченного органа исполнительной власти. Например, сделки в отношении акций (долей), составляющих уставный капитал хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение и осуществляющего пользование участком недр федерального значения, если в результате совершения этих сделок иностранный инвестор или группа лиц приобретает право прямо или косвенно распоряжаться двадцатью пятью и более процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал такого хозяйственного общества. Совершенные сделки в нарушение указанных требований, признаются ничтожными, судом будут применены последствия недействительности ничтожной сделки в соответствии с гражданским законодательством.

Необходимо отметить, что указанный нормативно-правовой акт является фрагментарным, он регулирует лишь часть отношений, возникающих в процессе иностранного инвестирования стратегических обществ, правоотношения, возникающие в связи с иностранными инвестициями в банки и иные кредитные организации регулируется банковским законодательством Российской Федерации, в страховые организации регулируется законодательством Российской Федерации о страховании.

Исходя из публичных выступлений В.В. Путина, вступление в ВТО это не что иное, как результат титанических усилий России, направленных на развитие нашего государства в том числе и за счет увеличения иностранных инвестиций. По поводу эффективности и достаточности принятых изменений в законодательной базе Российской Федерации на данном этапе говорить сложно, даже научная элита в области, юриспруденции, экономики, политологии не однозначна в своих прогнозах: покажет время.



## Правовые основы деятельности филиалов иностранных банков в России

Яровая Юлия Ивановна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Павельева Эвелина Анатольевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Важным фактором развития рыночных отношений в России является привлечение иностранных инвестиций, посредством которых в отечественную экономику вкладываются значительные по объемам капиталы, привносится новая организация производства и опыт управления.

Наряду с другими отраслями экономики, все более привлекательной в качестве объекта для инвестирования иностранных капиталов становится российская банковская система. С 1990 года российское государство отказалось от монополии на банковскую деятельность и разрешило осуществлять банковские операции кредитным организациям, основанным на частных, в том числе на иностранные капиталы.

Регулирование отношений в банковской сфере, в силу особой значимости для экономики страны, отнесено Конституцией РФ<sup>1</sup> к ведению Российской Федерации.

Фундаментальным, базовым источником банковского законодательства является Конституция РФ. Пункт "ж" ст. 71 Конституции РФ относит непосредственно к ведению Российской Федерации установление правовых основ единого рынка; финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование, денежную эмиссию, основы ценовой политики; федеральные экономические службы, включая федеральные банки.

В соответствии с ч. 1 ст. 8 Конституции РФ в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Конституционные нормы получают свое развитие, детализацию в положениях соответствующих федеральных законов. Применительно к сфере банковского законодательства центральное место занимают Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 "О банках и банковской деятельности"<sup>2</sup> (далее - Закон о банках и банковской деятельности) и Федеральный закон от 10 июля

1 Российская Федерация. Конституция (1993). Официальный текст Конституции Российской Федерации с внесенными в нее поправками от 30.12.2008// СЗ РФ. 2009. N 4. Ст. 445.

2 О банках и банковской деятельности: ФЗ РФ от 02 дек. 1990 г. № 395-1 (с послед.изм.)// СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

2002 г. № 86-ФЗ "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)"<sup>1</sup>.

Согласно действующему российскому законодательству иностранные кредитные организации вправе осуществлять банковскую деятельность на территории России в следующих формах:

- 1) путем открытия в России своего филиала (филиала иностранного банка);
- 2) в форме участия в уставном капитале российских кредитных организаций (кредитные организации с иностранными инвестициями).

При этом, филиалы иностранных банков и кредитных организаций с иностранными инвестициями подчиняются законодательству страны происхождения, а российское законодательство способно лишь косвенно контролировать и определять их деятельность.

Кредитные организации с иностранными инвестициями являются юридическими лицами - резидентами России, их деятельность полностью определяется российским банковским законодательством.

Исходя из содержания ст. 55 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), филиалом иностранного банка является обособленное подразделение иностранной кредитной организации, расположенное вне места ее нахождения и осуществляющее все ее функции или их часть, в том числе функции представительства. Из данного определения следует, что филиал не является юридическим лицом и не обладает самостоятельной правоспособностью в отличие от создающей его иностранной кредитной организации. Вместе с тем, по общему правилу филиал иностранной кредитной организации наделяется широким спектром полномочий по осуществлению банковских операций и сделок в рамках той системы национального банковского законодательства, где он создается.

С учетом изложенного в случае создания филиал иностранной кредитной организации получил бы право осуществлять на территории Российской Федерации все или некоторые из банковских операций, указанных в ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности.

Особенности правового статуса филиалов иностранных банков и кредитных организаций с иностранными инвестициями установлены в виде дополнительных требований к их созданию, государственной регистрации и деятельности. Требования определены в Законе о банках и банковской деятельности, а также в Положении об особенностях регистрации кредитных организаций с иностранными инвестициями и о порядке получения предварительного разрешения Банка России на увеличение уставного капитала зарегистрированной кредитной организации за счет средств нерезидентов<sup>2</sup>, утвержденном Приказом Банка России от 23.04.1997 № 02-195 и в Инструкции Банка России от 02 апреля 2010 г. № 135-И "О порядке принятия Банком России

<sup>1</sup> О Центральном банке Российской Федерации: ФЗ РФ от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ 1 (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

<sup>2</sup> Положение об особенностях регистрации кредитных организаций с иностранными инвестициями и о порядке получения предварительного разрешения Банка России на увеличение уставного капитала зарегистрированной кредитной организации за счет средств нерезидентов: утвержденное Приказом Банка России от 23.04.1997 № 02-195 (с послед.изм.) // Вестник Банка России. 1997. N 25.

решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций"<sup>1</sup>.

Так, руководствуясь ст. 18 Закона о банках и банковской деятельности Банк России прекращает выдачу лицензий на осуществление банковских операций банкам с иностранными инвестициями, филиалам иностранных банков при достижении квоты участия иностранного капитала в банковской системе Российской Федерации. Указанная квота рассчитывается как отношение суммарного капитала, принадлежащего нерезидентам в уставных капиталах кредитных организаций с иностранными инвестициями, и капитала филиалов иностранных банков к совокупному капиталу кредитных организаций, зарегистрированных на территории Российской Федерации.

Следовательно, одним из необходимых условий для установления этой квоты является наличие филиалов иностранных банков. Вместе с тем размер квоты участия иностранного капитала в банковской системе Российской Федерации в настоящее время нормативно не определен.

Таким образом, в законодательстве Российской Федерации содержится достаточный комплекс норм для создания и деятельности филиалов иностранных банков на территории Российской Федерации.

При этом, иностранным банкам разрешено работать на национальном рынке лишь на основе установленного нормативно-правовой базой режима, учитывающего ограничения допуска нерезидентов в странах происхождения банка-инвестора, что позволяет говорить об использовании принципа взаимности объема ограничительных мер на предпринимательскую деятельность иностранного банка на национальной территории<sup>2</sup>.

На протяжении последних лет российские должностные лица делали неоднократные заявления о недопустимости открытия филиалов иностранных банков в России.

Так, в декабре 2005 года будучи Президентом Российской Федерации Владимир Путин подтвердил, что правительство согласно с банковским сообществом в вопросе о том, что деятельность филиалов иностранных банков в Российской Федерации должна быть запрещена. По его словам, это связано не только с конкуренцией, но и с невозможностью в современных условиях отслеживать движение денег и капитала и с необходимостью борьбы с терроризмом и отмыванием доходов, полученных преступным путем<sup>3</sup>.

«Запрет на открытие филиалов иностранных банков - это принципиальная позиция российской стороны»<sup>4</sup> - заявлял президент Ассоциации российских банков Г. Тосунян.

В настоящее время в России фактически действует законодательно неустановленный запрет на открытие филиалов иностранных банков, что

---

<sup>1</sup> О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций: Инструкция Банка России от 02 апреля 2010 г. № 135-И (с послед.изм.) // Вестник Банка России. 2010. № 23.

<sup>2</sup> Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 556-591.

<sup>3</sup> Запрет несуществующих филиалов иностранных банков в России, как предупреждение Америке // Прайм-ТАСС. 2005. 15 дек. Режим доступа: URL: <http://www.prime-tass.ru>.

<sup>4</sup> Запрет на открытие филиалов иностранных банков в России – это принципиальная позиция на переговорах о вступлении РФ в ВТО // Анализ, консультации и маркетинг. 2005. 15 февр. Режим доступа: URL: <http://www.akm.ru>.

подтверждается практикой деятельности Банка России - на данный момент филиалов иностранных банков в России не зарегистрировано. Несмотря на то, что существующий негласный запрет противоречит декларируемым Конституцией РФ положениям и принципам и ведет к неопределенности в правовом регулировании деятельности кредитных организаций, в силу чего является одним из недостатков сложившейся системы банковского законодательства.

Тему свободного доступа на рынок филиалов иностранных банков связывают и с вопросами национальных приоритетов и экономической безопасности государства. Г.Тосунян обращает особое внимание на то, что банковская система - это не одна из отраслей экономики, а ее основа, без которой невозможно развитие ни одной отрасли, что нет ни одного влиятельного государства без мощной национальной банковской системы<sup>1</sup>.

Существует и противоположный подход к проблеме появления в России филиалов иностранных банков. По мнению Константина Борового, «если мы не откроем нашу экономику для западных банков, она откроется сама, но каким-то уродливым способом, в результате низкой конкуренции российская банковская система стала своеобразным тромбом, который не позволяет нормально развиваться и работать отечественной экономике». Он считает, что если в России на месте банка, который умоляет Банк России дать ему шанс на существование, появится нормальный немецкий, американский или итальянский банк, будет лучше<sup>2</sup>.

На сегодняшний день тема доступа на рынок филиалов иностранных банков вновь приобрела актуальность в связи с тем, что в конце декабря 2011 г. на сайте министерства финансов для экспертной оценки и приема заключений был выложен текст законопроекта "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ", предусматривающий запрет на открытие филиалов иностранных банков в России. Он подготовлен в рамках стратегии развития банковского сектора на период до 2015 года и закрепляет договоренности, достигнутые российскими переговорщиками в ходе консультаций по вступлению России во Всемирную торговую организацию (ВТО).

В правительстве этот вопрос считают принципиально важным, и переговорщики по ВТО обозначали его отдельно: «Партнеры настаивали на том, чтобы филиалы допустили, потому что практически большая часть членов ВТО разрешают филиалы, а мы сопротивлялись. Были моменты, когда у нас считали, в том числе в правительстве, что этот пункт придется сдать. Но мы его не сдали. Это было одним из камней преткновения на переговорах. Была дилемма: если разрешить филиалы, значит, под вопрос ставится существование российского банковского капитала, потому что он в конкурентном плане гораздо слабее, чем у иностранных партнеров. С другой стороны, присутствие филиалов иностранных банков воздействует благоприятно на наш реальный сектор. Поэтому многие эксперты, в том числе и я, как раз придерживались

---

1 Озоменко С.В. Правовые проблемы участия иностранных банков в банковской системе России // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. № 3 - М.: Изд-во РУДН. 2007. С. 24-28.

2 Там же.

позиции, что надо было разрешить филиалы. Но правительство сделало выбор в пользу поддержки или спасения национального банковского сектора. Своего рода протекционизм»<sup>1</sup>.

В основе разработки данного законопроекта лежит ст. 35 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности"<sup>2</sup>, предусматривающая возможность введения исходя из национальных интересов на основании федерального законодательства мер по обеспечению целостности и стабильности финансовой системы Российской Федерации.

Свою позицию авторы законопроекта обосновывают тем, что филиалы находятся под иностранной юрисдикцией. И, соответственно, не попадают под надзор как Центробанк РФ, так и других регуляторов. В результате они не обязаны отчитываться перед главным финансовым регулятором, причем сразу по международной и российской бухгалтерским системам отчета, а также выполнять нормативы по отчислению средств в фонды обязательного резервирования. Подобная ситуация создает проблемы для российских банков, которые вынуждены конкурировать с филиалами иностранных в неравных условиях.

Движение средств в филиалах меньше контролируется и регулируется со стороны Центробанка РФ, согласился в разговоре с корреспондентом "РГ" президент Ассоциации региональных банков (АРБ) Анатолий Аксаков. "Филиалы могут быстро финансово подпитываться со стороны материнских компаний и тем самым в случае проблем с ликвидностью на российском рынке создавать неравномерную конкурентную среду", - пояснил он<sup>3</sup>.

Возможное введение в ближайшее время юридического запрета на создание филиалов иностранных банков на территории России является одним из проявлений политики протекционизма со стороны Российской Федерации в отношении национальных банков и обусловлено как недостаточной развитостью банковского сектора экономики в целом, так и невозможностью российских банков конкурировать с ведущими банками развитых зарубежных стран.

При этом не исключено, что введение в законодательство подобного запрета, скорее всего, отразится на деятельности российских банков за рубежом, учитывая широко применяемый в таких случаях в международных отношениях принцип взаимности. Кроме того, ограничение допуска иностранных банков на российский рынок может также повлечь за собой обращение заинтересованного иностранного банка за защитой к властям своей страны и, как одно из следствий, вынос обсуждения сложившейся ситуации на рассмотрение международных организаций, членами которых является Россия.

---

1 Сегодня Россия и ВТО оформили в Женеве свои отношения // Режим доступа: URL: <http://www.bfm.ru/articles/2011/12/16/segodnja-rossija-i-vto-oformijat-svoi-otnoshenija.html>.

2 Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности: ФЗ РФ от 08 дек. 2003 г. № 164-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

3 Фомченков Тарас. Филиалы зарубежных банков попадут под запрет // Режим доступа: URL: <http://www.rg.ru/2011/12/23/filial-site.html>.

Обусловлено это и тем, что запрет на создание в России филиалов иностранных кредитных организаций (с учетом приведенных конституционных норм о свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств, поддержке конкуренции, свободе экономической деятельности и о верховенстве Конституции РФ на всей территории Российской Федерации) не выглядит безупречным с точки зрения права.

Сейчас можно говорить о том, что иностранные банки утвердились на российском финансовом рынке посредством дочерних и зависимых кредитных организаций, образованных в полном соответствии с законодательством Российской Федерации.

На сегодняшний день привлечение иностранных инвестиций в денежно-кредитную сферу России является одной из важнейших задач, решение которой позволит российскому банковскому сектору не только более динамично развиваться, но и отчасти интегрироваться в мировое банковское сообщество. И чем четче будет осуществляться правовое регулирование участия иностранного капитала в банковской сфере, тем успешнее будет решена поставленная задача.

# Гражданский процесс

## **Проблемы персонификации органа публично - правового образования в гражданском процессе**

Васильева Татьяна Андреевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Настоящая статья посвящена проблемам персонификации органа публично образованного в гражданском процессе, которые сформировались в науке и судебной практике достаточно давно.<sup>1</sup> Являются ли органы частью публично - правового образования или его представителем? Возможно ли участие органа публично - правового образования в процессе как самостоятельного субъекта гражданского процесса? На эти вопросы, напрямую затрагивающие статус органа публично-правового образования в гражданском процессе, автор статьи попытается ответить.

Законодательство предусматривает, что дела организаций ведут в суде их органы, действующие в пределах полномочий, предоставленных им федеральным законом, иными правовыми актами или учредительными документами, либо представители (ч.2 ст.48 ГПК РФ).

При исследовании поставленных вопросов необходимо принять во внимание также положения ГК РФ. Часть 2 ст.124 ГК устанавливает, что к публично - правовым образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона и особенностей данного субъекта. Поэтому, говоря о публично - правовых образованиях, мы будем применять к ним положения как законодательства, так и доктрины, сложившиеся по поводу гражданского, что соответствует ч.2 ст.124 ГК, и судебного представительства юридических лиц. В дополнение к названной статье ч.1 и ч.2 ст.125 ГК определяет, что от имени публично- правовых образований (РФ, субъектов РФ, муниципального образования) выступают соответствующие государственные или муниципальные органы. Таким образом, представителями публично - правовых образований в смысле ГК являются соответствующие органы. При этом необходимо отличать гражданское представительство публично- правовых образований от их судебного представительства, которое будет рассмотрено ниже.<sup>2</sup>

---

1 Стаускине Э., Жаленине И. Некоторые проблемные аспекты представительства юридических лиц // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: Сб. материалов междунауч.- практ. конф., 12-13 октября 2006г., Казань.- Казань: Изд-во Статут, 2006. С.169; Ганижев А.Я. Проблема правового статуса органа юридического лица и пути её разрешения в российском гражданском законодательстве // Журн. рос. Права. 2010. № 7. С.110.

2 Тарло Е.Г. Общегражданское и судебное представительство. М.: Юрлитинформ, 2003. С.16-17.



В доктрине относительно положения органа публично - правового образования в гражданском процессе можно выделить несколько точек зрения.<sup>1</sup>

В.М.Шерстюк, А.А.Булдакова полагают, что орган публично - правового образования является неотъемлемой частью юридического лица. Действия органа публичного образования, совершенные в процессе, считаются исходящими от самого публично - правового образования.<sup>2</sup> Субъектом гражданских процессуальных отношений будет в данном случае само публично- правовое образование. Органы публично - правовых образований не могут рассматриваться как самостоятельные субъекты гражданского процесса и, следовательно, не могут выступать в качестве представителей публично - правовых образований в гражданском процессе. С.А.Халатов также полагает, что орган публичного образования является лишь частью соответствующего публично - правового образования.<sup>3</sup> Аргументируя свою позицию, он ссылается на Постановление Президиума ВАС от 9 февраля 1999 г. № 6164/98, в соответствии с которым «согласно ст.53 ГК РФ органы юридического лица, к числу которых относится и руководитель, не могут рассматриваться как самостоятельные субъекты гражданских правоотношений и являются частью юридического лица».<sup>4</sup> Представляется, что С.А.Халатов смешивает в данном случае два таких разных понятия, как общегражданское и судебное представительство. Вместе с тем он замечает, что признание органа в качестве законного представителя юридического лица, а следовательно и публично- правового образования, теоретически неверно, поскольку это влечет вывод о признании юридического лица, в том числе и публично- правового образования, лишенным процессуальной дееспособности. Представляется интересной позиция С.А.Халатова по поводу возможности участия в гражданском процессе коллегиального органа юридического лица, что вполне применимо и к публично - правовому образованию. Вопрос о том, может ли выступать в суде от имени публичного образования единоличный орган, не вызывает на практике сомнения, однако, как полагает С.А.Халатов, возможность участия коллегиального органа в процессе не запрещена, поэтому он также может выступать в процессе от имени публично- правового образования. Но на практике коллегиальный орган не участвует в процессе, как правило, для соблюдения принципа процессуальной экономии.<sup>5</sup>

Многие процессуалисты придерживаются вышеприведенной точки зрения об органе публично - правового образования как части соответствующего публично- правового образования.<sup>6</sup> Я.Г. Розенберг полагал, что орган юридического лица и юридическое лицо являются единым правовым субъектом. Поэтому вступление компетентного органа юридического лица в

---

1 См., напр.: Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М.: Гос. изд-во юр. литературы, 1984. С.205; Розенберг А.Я. Представительство по гражданским делам в суде и арбитраже. Рига: Зинатне, 1974. С.32-33.

2 Шерстюк В.М. Судебное представительство по гражданским делам. М.: Юрид. лит.-ра, 2009. С.48; Булдакова А.А. Положение органов, выступающих в суде от имени юридических лиц// Арбитражный и гражданский процесс.2010. № 6.С. 12-14.

3 Халатов С.А.Представительство в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2002. С.79.

4 Пост. Президиума ВАС от 9 фев. 1999 г. № 6164/98//Вестник ВАС РФ. 1999. № 5.

5 Халатов С.А. Указ. соч. С.82-83.

6 См., напр.: Братусь С.Н.Указ. соч. С.205; Рясенцев В.А. Представительство и сделки в современном гражданском праве. М.: Статут, 2006. С.169-186; Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М.: Гос. Изд-во юр. литературы, 1956. С.96.

процесс является участием самого юридического лица в процессе.<sup>1</sup> Для обоснования своей позиции А.Ф. Козлов использует так называемую конструкцию «в лице»: «Ведение дела органом юридического лица не является судебным представительством, так как в этом случае в суде участвует сам юридический субъект в лице своего органа».<sup>2</sup> Данные положения вполне применимы и к органам публично - правового образования.

Вышеприведенные положения не опровергают разъяснения ВАС, который подчеркивает, что самостоятельным субъектом в процессе, выступающим в качестве истца или ответчика, является публично - правовое образование, а от его имени выступает соответствующий орган. В п.1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31.05.2011 № 145 закреплено, что «ответчиком по иску о возмещении вреда, причиненного государственными или муниципальными органами, является соответствующее публично-правовое образования».<sup>3</sup> Указанное Информационное письмо дополняет Постановление Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006г. № 23 «О некоторых вопросах применения судами норм Бюджетного Кодекса». Согласно п.1 данного Постановления в суде от имени РФ, субъекта РФ, муниципального образования по искам о возмещении вреда, причиненного незаконными решениями и действиями(бездействием) государственных органов(органов местного самоуправления) либо должностных лиц этих органов, выступает соответствующий распорядитель бюджетных средств.<sup>4</sup> Данные разъяснения не дают ответа на вопрос о том, являются ли органы публичного образования представителем публично - правового образования в процессе или же его частью.

Э. Стаускиене, И. Жалениене на примере права Литовской республики показали, что законодатель отказался от понятия «представитель» в отношении органа. Они полагают, что «правоотношения между юридическим лицом и его органами не относятся к правоотношениям представительства, а действия органов юридических лиц следует оценивать как реализацию правоспособности и дееспособности юридического лица».<sup>5</sup> Таким образом, Э. Стаускиене, И. Жалениене приходят к выводу, что одна и та же концепция правоотношений между публичным образованием и его органом должна применяться как в материальном, так и в процессуальном праве.

Также в доктрине существует и другая точка зрения, согласно которой орган публично- правового образования является представителем публично-правового в гражданском процессе.<sup>6</sup> Так, Д.М. Чечот полагает, что орган публично- правового образования выступает именно в качестве законного представителя публично- правового образования в гражданском процессе.<sup>7</sup> А.Я. Ганижев также полагает, что орган юридического лица является

---

1 Розенберг А.Я. Указ.соч. С.32-33.

2 Советское гражданское процессуальное право/Под ред. К.С. Юдельсона. М., 1965. С.102 [автор главы - А.Ф. Козлов].

3 Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011г. № 145//Вестник ВАС РФ. 2011. №8.

4 О некоторых вопросах применения судами норм Бюджетного Кодекса: Пост. Пленума ВАС РФ от 22.06. 2006 г. № 23//Вестник ВАС РФ.2006. № 8.

5 Стаускиене Э., Жалениене И.Указ. соч. С.169.

6 Гордон А. Представительство в гражданском праве. СПб: Тип. Шредера, 1879. С.125.

7 Чечот Д.М. Участники гражданского судопроизводства. М.: Госюриздат, 1960. С.145-146.

представителем.<sup>1</sup>Он считает, что конструкция «действия органа юридического лица- это действия самого юридического лица» применима только ко внутренним отношениям между юридическим лицом, в том числе и публично-правовым образованием, и органом, а в отношениях публично- правового образования с третьими лицами орган выполняет представительские функции.

Учитывая вышеприведенные позиции по поводу органа публичного образования как части и представителя публичного образования в процессе, необходимо отметить, что судебная практика выработала подход, согласно которому органы публичного образования признаются самостоятельными субъектами гражданского процесса вне их связи с публичным образованием, то есть от своего имени выступают истцом или ответчиком в суде. Это происходит в том случае, когда орган публично-правового образования наделяется самостоятельной гражданской правосубъектностью. На практике возникают проблемы с определением процессуального положения органа публичного образования, поскольку, как было упомянуто, орган может выступать не только от имени соответствующего публичного образования, но и от своего имени. В доктрине признается самостоятельная юридическая личность органа публичного образования. Так, В. Г. Голубцов полагает, что «всякий государственный орган, независимо от его наименования и структуры, а также организационно - правовой формы, имеет гражданскую правоспособность, если иное не противоречит гражданскому законодательству».<sup>2</sup> Но В.С. Белых полагает, что признание за органом публичного образования статуса юридического лица- это юридическая фикция.<sup>3</sup>

Да и в судебной практике, несмотря на вышеназванные обзоры ВАС, признается самостоятельная юридическая личность государственного и муниципального органа.<sup>4</sup> Так, например, Агрофирма «Орион» обратилась в арбитражный суд Алтайского края с иском к Новоалтайскому городскому отделу внутренних дел и Администрации города Новоалтайска об истребовании имущества из чужого незаконного владения на основании ст. 301 ГК. Первая инстанция в иске отказала, указав, что изъятие спирта произведено Новоалтайским городским отделом внутренних дел правомерно. Таким образом, суд признал государственный орган надлежащим ответчиком и рассмотрел дело по существу.

По другому делу государственный орган был фактически признан юридическим лицом по судебному решению.<sup>5</sup> Так, ООО «РИКТ» обратилось с иском о взыскании задолженности с Управления юстиции администрации Кемеровской области за пользование телефонной связью Междуреченским городским судом и процентов за пользование чужими денежными средствами на основании ст. 395 ГК. Постановлением апелляционной инстанции решение в части взыскания основного долга было отменено и производство по этому делу прекращено со ссылкой на то, что ответчик- Управление юстиции

1 Ганижев А.Я. Указ. соч. С.115-117.

2 Голубцов В.Г. Гражданско- правовой статус государственных и муниципальных органов // Журнал российского права.2006. № 6. С.63.

3 Белых В.С. К вопросу о юридическом лице публичного права// Бизнес, менеджмент и право.2007. № 3. С.52-55.

4 Постановление Президиума ВАС РФ от 2 февраля 1999г. № 2763/98//Вестник ВАС РФ.1999. № 5.

5 Постановление Президиума ВАС РФ от 30 октября 2001г. № 74/01//Вестник ВАС РФ. 2002. № 2.

администрации Кемеровской области не имеет статуса юридического лица. Президиум ВАС, отменяя постановление апелляционной инстанции, указал, что довод суда апелляционной инстанции об отсутствии у ответчика статуса юридического лица следует признать несостоятельным. ВАС отметил, что Управление юстиции администрации Кемеровской области обладает всеми признаками юридического лица.

Федеральное законодательство также неоднозначно трактует статус органа публичного образования. В ст.2 АПК РФ законодатель ставит в один ряд РФ, субъект РФ, муниципальное образование и государственные органы, органы местного самоуправления.

Положение о том, что государственный орган может быть самостоятельным субъектом гражданских правоотношений, а следовательно и самостоятельным субъектом гражданского процесса, следует из действующего законодательства, которое прямо не устанавливает, что государственный орган - это юридическое лицо. Так, для обеспечения собственной деятельности, то есть для государственных нужд, ФЗ РФ № 94 от 21 июля 2005г. предусмотрено заключение государственных контрактов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг.<sup>1</sup> В соответствии с п.1 ст. 9 ФЗ № 94 предусмотрено, что под государственным контрактом понимается договор, заключенный заказчиком от имени РФ, субъекта РФ. В данном случае стороной государственного контракта выступает РФ, субъект РФ, то есть публично - правовое образование. Однако согласно п.1 ст. 533 ГК убытки, которые причинены поставщику в связи с выполнением государственного контракта, подлежат возмещению государственным заказчиком, если иное не предусмотрено законом или государственным контрактом. Иск о возмещении убытков необходимо предъявлять к заказчику, то есть государственному органу, а не к соответствующему публично - правовому образованию. Это не может не свидетельствовать опять-таки о признании законодателем самостоятельной от публично - правового образования правосубъектности государственного органа, поскольку в данном случае государственный орган не выступает в качестве представителя или части юридического лица части и самостоятельно несет имущественную ответственность по обязательству.

Некоторые ученые предлагают внести поправки в ГК и наделить органы публичного образования таким статусом, как «юридическое лицо публичного права».<sup>2</sup> Признание государственного органа «юридическим лицом публичного права» полностью бы решило вопрос о персонификации органа публичного образования в процессе, поскольку в данном случае орган признавался бы самостоятельным субъектом гражданского процесса. Причем, Н.К. Гладких полагает, что необходимо разделить данную категорию на государственные юридические лица публичного права и муниципальные юридические лица публичного права применительно соответственно к государственным и

---

<sup>1</sup> О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: ФЗ РФ от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ// СЗ РФ. 2005. N 30. Ст. 3105

<sup>2</sup> Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М: Норма, 2007. С.233-234.

муниципальным органам.<sup>1</sup> Впервые категорию юридического лица публичного права употребил Г.Ф. Шершеневич, который относил к данной категории казну, представляющую государство с хозяйственной стороны, дворянское, городское и сельское общество, земство, казенные учебные заведения, монастыри, церкви, архиерейские дома.<sup>2</sup> Категория «юридическое лицо публичного права» получило развитие в законодательстве многих зарубежных стран (например, Германия, США, Франция, Греция, Кипр и др.).

Одним из ярких сторонников признания в гражданском законодательстве категории «юридическое лицо публичного права» является В.Е. Чиркин.<sup>3</sup> В.Е. Чиркин полагает, что понятие «юридического лица», которое закреплено в действующем ГК, является цивилистическим. Одной из главных целей юридического лица в соответствии с понятием, закрепленным в ст.48 ГК, является осуществление предпринимательской деятельности, что противоречит роли и задачам, которые присущи некоммерческим организациям, органам государства и муниципальных образований, государственным и муниципальным учреждениям, публичным территориальным коллективам. В.Е. Чиркин полагает, что понятие «юридическое лицо» является не строго цивилистическим понятием, а понятием междисциплинарным. Он полагает, что «цивилистика создала свое определение для коммерческих организаций; теоретики права показали, что попытки приспособить его для субъектов публичного права до сих пор были неудачны и, видимо, будут безуспешны в будущем».<sup>4</sup>

Также В.Е. Чиркин выделяет основные особенности юридического лица публичного права. Во-первых, юридическим лицом публичного права является публично - правовое образование, которое понимается в широком значении, а не только как РФ, субъект РФ, муниципальное образование. Например, к юридическим лицам публичного права В.Е. Чиркин относит также государственные и муниципальные органы. Во-вторых, юридическое лицо публичного права имеет иное социальное качество, то есть его предназначение не осуществление предпринимательской деятельности, а решение задач общественного, социального характера. В-третьих, юридическое лицо публичного права действует в общественных интересах, а юридическое лицо частного права реализует общие интересы группы частных лиц, его участников. Также различна воля юридических лиц публичного и частного права. В-четвертых, юридическое лицо публичного права связано с публичной властью. Причем эта связь может быть различной: осуществление публичной власти, борьба за власть, давление на публичную власть, источник власти. В-пятых, юридические лица и частного, и публичного права могут иметь и имеют неодинаковые организационно- правовые формы. В-шестых, неодинаковы способы создания юридических лиц частного и публичного права. Например, государственные органы создаются посредством властных мер- принятия

1 Гладких Н.М. К вопросу о юридическом лице публичного права органов местного самоуправления//Конституционное и муниципальное право.2010. № 11.С.46-49.

2 Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Изд. Бр.Башмаковых, 1911. С.122.

3 См. об этом: Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права//Журнал российского права. 2005. № 5. С. 16-26; Он же. Еще раз о юридическом лице публичного права//Журнал российского права. 2006. № 5. С. 94-104.

4 Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М: Норма, 2007. С.76.

законов (Пенсионный фонд и некоторые другие федеральные фонды), указов Президента РФ (федеральные министерства, службы и агентства), постановлений Правительства РФ, приказов министров. Для государственных органов необязательна регистрация.

Вместе с тем п.1.6 пар. 5 подраздела 8 Концепции гражданского законодательства констатировала, что необходимо отказаться от прямого заимствования из европейских порядков понятия «юридического лица публичного права» в отечественном законодательстве. Однако в п.1.7 пар.5 подраздела 8 Концепции отмечалось, что юридические лица публичного права – это органы публичной власти, предназначенные осуществлять властные функции. В настоящее время данные положения исключены из Концепции развития гражданского законодательства. Е.Б.Крылова, отвергала позицию В.Е.Чиркина, как не основанную на нормах действующего законодательства.<sup>1</sup> Несмотря на это, точку зрения В.Е. Чиркина разделяет большое количество ученых, например, Н.М. Гладких, Р.Р. Абдулвагапова<sup>2</sup> и др.

Признавая государственный орган самостоятельным субъектом гражданского права, некоторые исследователи полагают, что государственный орган вполне можно встроить в сложившуюся классификацию юридических лиц. Так, Е.Б. Крылова считает, что государственные органы по своей организационно - правовой форме являются государственными учреждениями.<sup>3</sup> Согласно п.1 ст.120 ГК учреждениями являются некоммерческие организации, созданные собственником для осуществления управленческих, социально-культурных и иных функций некоммерческого характера и финансируемых ими полностью или частично. Именно управленческую функцию осуществляют государственные органы. Вместе с тем Е.Б.Крылова замечает, что именно в этой форме государственные органы проходят государственную регистрацию и вносятся в Единый государственный реестр юридических лиц. Однако Е.Б. Крылова не приводит ни одного примера зарегистрированного органа, поэтому в данном случае её позицию можно считать неубедительной. Н.Клейн и В.Чубаров придерживались похожей позиции относительно Центрального Банка РФ, утверждая, что он является федеральным государственным учреждением.<sup>4</sup> Однако, как отмечает С.Н. Игнатьева, ссылаясь в своей статье на А.Пришвина и Е.Гостева, данный подход не может быть применен по отношению к Центральному Банку РФ.<sup>5</sup> А.Пришвина и Е.Гостева замечают, что понятия «учреждение» и «орган государства» относятся к различным отраслям права. Позиция о том, что государственный орган является учреждением, противоречит не только действующему законодательству, но и сути самого понятия юридического лица, установленного в ст.48 ГК.

---

1 Крылова Е.Б. Органы публично- правовых образований: проблемы юридической персонификации в гражданских правоотношениях // Право.Общество.Государство. 2010. №5. С.11.

2 Абдулвагапова Р.Р. Правовое положение публично- правовых образований в гражданско- правовых обязательствах: Автореф. дис. ... на соискание ученой степени канд. юрид. наук. Казань, 2008. С.7-14.

3 Крылова Е.Б. Органы публично- правовых образований: проблемы юридической персонификации в гражданских правоотношениях//Право.Общество.Государство. 2010. №5. С.10.

4 Клейн Н., Чубаров В. Правоспособность Центрального банка РФ//Право и экономика. 2000. № 1.С.80.

5 Игнатьева С.В. Еще раз об организационно- правовой форме Банка России//Адвокат. 2009. № 6.С.100-101.

На законодательном уровне проблема государственных органов как представителей, части публичного образования или самостоятельных субъектов в гражданском процессе, выступающих от своего имени в защиту собственных интересов, не разрешена. Анализируя вышеуказанные точки зрения исследователей в области гражданского права и процесса, можно прийти к выводу, что необходимо отличать случаи, когда орган публичного образования выступает в качестве представителя или части публичного образования в процессе либо в качестве самостоятельного субъекта гражданского процесса от своего имени. Об этом, в частности, свидетельствует п. 1 ст.333.37 НК РФ. Согласно пп.1п.1 ст.333.37 НК от государственной пошлины освобождаются органы, обращающиеся в арбитражные суды в случаях, предусмотренных законом, в защиту государственных или общественных интересов. Также НК освобождает от уплаты государственной пошлины государственные органы, органы местного самоуправления, выступающие по делам, рассматриваемым в арбитражных судах, в качестве истцов или ответчиков.

Представляется, что в основе определения процессуального положения органа публичного образования лежит интерес. В случае, если интерес будет общественным или публичным, от орган выступает от имени публичного образования, то есть его можно рассматривать в зависимости от поддерживаемой теории либо в качестве части публичного образования как юридического лица, либо в качестве его представителя. Когда же орган выступает в защиту собственного интереса и от своего имени, то орган публичного образования участвует в процессе в качестве истца или ответчика в суде, то есть как предполагаемый субъект спорного материального правоотношения.

## Нотариат: концепция превентивного правосудия

Дуб Кристина Васильевна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Тарбагаева Елена Борисовна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса юридического факультета  
Юридического института СФУ

Нотариат в Российской Федерации проходит очередной этап реформы, целью которой выступает наиболее полное раскрытие всех тех правовых возможностей, таящихся в этом институте, которые в совокупности позволяют говорить о функции превентивного правосудия применительно к нотариальной деятельности.

По мнению ряда ученых, сама формулировка «нотариат – орган предупредительного правосудия» абсурдна. Так, Г.А. Жилин полагает, что «употребление в данной ситуации по отношению к нотариальной деятельности термина *правосудие* нельзя признать оправданным, поскольку в конституционно-правовом смысле он относится исключительно к суду как органу государственной (судебной) власти. Применение термина *правосудие* к нотариату в заведомо условном смысле размывает подлинное значение соответствующего понятия в понятийном аппарате юридической науки, в чем нет никакой необходимости»<sup>1</sup>.

Но, если отступить от сугубо формального подхода, то на самом деле, не только можно, но и нужно признать за нотариатом функции предупредительного правосудия, которые и лежат в основе концепции нотариата латинского типа, курс на построение которого взят Российской Федерацией в 1993 году принятием Основ законодательства РФ о нотариате<sup>2</sup>. Так, например, В.М. Жуйков, видит в нотариате орган превентивного правосудия и вкладывает следующее содержание в это понимание: «Прежде всего, это те случаи, когда нотариус непосредственно обеспечивает защиту прав гражданина, чем предупреждает необходимость обращаться к судье за защитой этих прав. В других случаях, когда все же не удастся предотвратить обращение к правосудию, нотариальные действия максимально облегчают и упрощают деятельность правосудия. Если наш свободный российский нотариат латинского типа в состоянии выполнить эти задачи, то он может рассматриваться в качестве института превентивного, предупредительного правосудия»<sup>3</sup>.

1 Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. Москва: Проспект, 2010. С.208.

2 Основы законодательства Российской Федерации о нотариате: Закон РФ от 11 февраля 1993 года № 4462-1// Российская газета.13.03.1993. № 49.

3 Жуйков В.М. Нотариат как институт превентивного правосудия: общие цели, принципы и полномочия//Российская юстиция.1998.№6.С.33.



Действительно, нотариат и судебные органы имеют в своей деятельности общие черты, а именно принципы деятельности, гарантии реализации этих принципов, цели и задачи<sup>1</sup>.

С правосудием нотариат связывает наличие некоторых общих принципов, как организационных, так и функциональных, таких как принцип законности, независимости, беспристрастности, обоснованности, объективной истины.

Задачи судов и нотариата вытекают из тех же положений Конституции, в частности из статьи 2, предусматривающей, что права и свободы человека и гражданина являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - есть обязанность государства. И несмотря на то, что нотариат не является государственным органом, на него в полной мере распространяются эти положения, так как он выполняет переданные ему государством функции. Как верно замечает И.Г. Черемных: «с одной стороны, нотариус — лицо, уполномоченное государством на выполнение государственной функции для эффективного обеспечения реализации прав и свобод граждан, действующее от имени государства, с другой — представитель свободной профессии, выступающий в качестве независимого консультанта сторон»<sup>2</sup>.

Безусловно, нотариат имеет свою специфику, о которой нельзя не упомянуть, а именно речь идет о двойственной природе нотариата. С одной стороны, нотариат призван содействовать гражданам и организациям в реализации их прав, с другой - это содействие осуществляется от имени государства, обеспечено государственной властью. Таким образом, нотариальная деятельность имеет публичный характер, но направлена на охрану частных интересов. Это «нисколько не мешает дистанцировать систему частного нотариата от государственного аппарата»<sup>3</sup>, но и «не приводит к полному отрицанию связи с государством, наделяющим нотариат функциями правоприменительного органа, обладающего властными и даже превентивными функциями»<sup>4</sup>.

Но самое главное сходство заключается в сопоставлении конечных целей нотариальной деятельности и правосудия, состоящих в эффективной защите прав и интересов граждан и организаций. Вместе с тем, термин "защита" в случае применения его к нотариату, нуждается в некотором уточнении: из характера нотариальной деятельности следует, что она направлена на предотвращение правонарушений в будущем, и именно нотариальные акты обеспечивают предупреждение возможных злоупотреблений, следовательно речь все-таки должна идти об охране права.

Большинство противников концепции нотариата как формы превентивного правосудия утверждают, и справедливо, что нотариат не может быть разновидностью правосудия и формулировка «предупредительное,

1 Черемных И. Г. Российский нотариат: прошлое, настоящее, будущее. М.: Манускрипт, 1999. С.112.

2 Черемных И. Г. Российский нотариат: прошлое, настоящее, будущее. М.: Манускрипт, 1999. С. 4.

3 Лаурини Д. Нотариат как общественный институт – гарант прав граждан и государственных интересов// Нотариальный вестник. 1999. №5/6. С.56-60.

4 Зацепина С.А. Нотариат в системе гражданской юрисдикции: Автореф. дис. на соискание ученой степени к.ю.н. Екатеринбург: Уральская государственная юридическая академия, 2002. С.41.

*превентивное»* рядом с термином *«правосудие»* является лишь *«жестом вежливости к аудитории, призывом ориентироваться в своей работе на самые высокие юридические стандарты»*<sup>1</sup>. Однако при этом в качестве цели нотариата они называют защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, традиционную для органов спорной гражданской юрисдикции<sup>2</sup>.

Рассмотрим детальнее термины «охрана» и «защита» прав и свобод. Не случайно соотношение между ними находится в центре внимания учёных. Следует согласиться с мнением некоторых авторов, в частности с В.М. Шафировым, что отождествление этих терминов вряд ли оправданно: «охрана ведется постоянно, охватывает меры, применяемые до нарушения прав, эти меры включают недопущение любых возможных нарушений, контроль за процессом реализации прав, готовность реагировать на возможные нарушения. Такое представление в целом соответствует и значению слова «охрана» (охранять) в русском языке. Если посредством мер охраны удастся снижать уровень правонарушаемости, значит, возможности для устойчивой правомерной, беспрепятственной реализации прав и свобод повышаются. И наоборот, если этого не происходит, значит правоохранительный механизм либо работает не эффективно, либо вообще оказался незапущенным. В таком случае надо переходить уже в плоскость защиты прав, а не их охраны. В нормальных условиях правового взаимодействия гражданина с другим гражданином, уполномоченными органами, государством защита нужна только как потенциально готовая к включению гарантия. Вот если меры охраны не сработали, оказались неэффективными, тогда и наступает время действия защиты прав и свобод. Об охране же, ее эффективности следует говорить, если она проводится систематически (постоянно), без какого то ни было вмешательства в дела управомоченного в ходе реализации им своих прав»<sup>3</sup>.

Как отмечается в литературе, нотариат действует в бесспорной сфере<sup>4</sup>. Деятельность нотариусов, в отличие от суда, основана на критерии бесспорности. Наиболее оптимальной поэтому представляется позиция В.Ф.Тараненко: «Нотариат выполняет в определенной степени сходные с обязанностями суда задачи – охрану субъективных прав граждан и организаций. Однако, разрешая отнесенные к его ведению вопросы, нотариус, в отличие от суда, не исследует и не выясняет спорных обстоятельств. Предмет нотариальной деятельности – бесспорные дела. Нотариус делает свои выводы только на основании фактов, в наличии которых можно убедиться непосредственно или на основании документов, указанных в законе»<sup>5</sup>.

«Любые признаки несогласия сторон по обстоятельствам, имеющим существенное значение для разрешаемого нотариусом дела, - отмечает справедливо И.В. Москаленко, - есть непреодолимое препятствие для выполнения их просьбы, для совершения искомого нотариального действия»<sup>6</sup>.

1 Романовская О.В., Романовский Г.Б. Нотариат в Российской Федерации: Проблемы развития (Адвокатура и нотариат). СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004.С.20.

2 Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. Москва: Проспект, 2010.С.206.

3 Шафиров В.М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2005.С.80.

4 Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Екатеринбург – М., 1999. С.1-26.

5 Тараненко В.Ф. Гражданское процессуальное право России: Учебник / Под ред. д.ю.н., проф. М.С. Шакарян . М.: Юрист, 2002.С.605.

6 Москаленко И.В. Нотариат: модель юрисдикции. Превентивный правоохранительный механизм реализации гражданского (частного) права. М.:ФРПК, 2007.С.18.

Нотариус не может императивно, под страхом принуждения призывать обратившихся к нему граждан или организаций к определенному поведению. Нотариус не обладает полномочиями по применению способов защиты права, предусмотренных статьями 12, 13 Гражданского Кодекса Российской Федерации<sup>1</sup>.

Только в исключительных случаях, прямо предусмотренных законом, нотариат осуществляет защиту права. Например, в определенных ситуациях нотариальные акты обеспечиваются принудительным исполнением, направленным на восстановление нарушенных прав (исполнительная надпись, соглашение об уплате алиментов). В данном случае нотариальный акт будет иметь значение акта защиты права.

Нотариат, таким образом, способствует предупреждению возникновения спорных ситуаций, и профилактически снижает количество гражданско-правовых споров, облегчает рассмотрение гражданско-правовых споров в суде.

Сущность нотариальной охраны от нарушений права находит свое выражение в следующих моментах:

Во-первых, – это нотариальная форма сделок. Следует отметить, что существенную охрану прав и законных интересов участников гражданского оборота нотариус осуществляет прежде всего в сфере удостоверения сделок, так как нотариус – это уполномоченное должностное лицо, и соответственно, документу придается официальный характер. Что касается сделок с недвижимостью в том числе, то здесь речь, согласно Проекту Федерального Закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации»<sup>2</sup> (далее – Проект) должна идти не только о возвращении обязательного нотариального удостоверения сделок с недвижимостью, но и о комплексном правовом сопровождении сделок, опять же, в интересах граждан и организаций: у нотариусов появится возможность в связи с совершаемыми нотариальными действиями получать из Единого государственного реестра прав информацию о правах на объекты недвижимого имущества, в том числе сведения и копии документов, необходимые нотариусу для проверки условий совершения исполнительной надписи. На нотариусов возложена ответственность за правовую экспертизу и законность сделки, а также за действительность иных представляемых документов в случаях регистрации ипотеки на основании нотариально удостоверенных договоров. Регламентирован порядок подачи или передачи нотариусом заявлений в регистрирующий орган и расширен перечень случаев, в которых нотариус имеет право представлять документы в регистрирующий орган. Также повышен размер страховых сумм по договору страхования гражданской ответственности нотариуса. Таким образом можно говорить не только об удостоверении сделок, но и о их регистрации, сборе документов, их истребовании. Такое оформление документов и последующая регистрация прав на недвижимое имущество и

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): ФЗ от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ// Российская газета. 08.12.1994. №238-239.

<sup>2</sup> О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации: Проект Федерального Закона от 18 ноября 2011// [www.rg.ru/2011/11/18/notariat-site-dok.html#comment\_block]

сделок с ним планируется осуществлять по так называемому принципу «одного окна».

Во-вторых, – это исполнительная сила нотариальных актов. Здесь речь может идти, в частности, о совершении исполнительных надписей нотариусом. В соответствии со статьей 171 Проекта: «исполнительная надпись учиняется нотариусом в случае неисполнения должником обязательства, основанного на нотариально удостоверенной сделке, и в других случаях, установленных законом. Причем исполнительная надпись нотариуса имеет силу исполнительного документа и подлежит принудительному исполнению в порядке, предусмотренном законодательством об исполнительном производстве»<sup>1</sup>. В дополнение к этому можно сослаться на уже вступивший в силу 7 марта 2012 года Федеральный Закон № 405-ФЗ от 6.12.2011 года «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части совершенствования порядка обращения взыскания на заложенное имущество»<sup>2</sup>. Следует отметить, что порядок взыскания заметно облегчается, в частности, благодаря его конкретизации. Стороны приобретают право устанавливать в договоре о залоге условие о возможности внесудебного порядка обращения взыскания на заложенное движимое имущество и/или условие о порядке реализации заложенного движимого имущества на основании судебного решения.

Внесудебный порядок обращения взыскания на предмет ипотеки по исполнительной надписи допускается на основании договора об ипотеке или договора, влекущего возникновение ипотеки в силу закона, удостоверенных нотариально, или закладной. Обращение взыскания на имущество должника, находящееся у третьих лиц, теперь может производиться не только на основании акта суда, но и во внесудебном порядке, на основании исполнительной надписи нотариуса.

Ранее, при обращении залогодержателя за совершением исполнительной надписи, нотариус должен был известить залогодателя о предстоящем совершении исполнительной надписи и предоставить ему семидневный срок с даты получения залогодателем указанного уведомления для заявления возражений. При поступлении возражений нотариус оценивал доводы залогодателя на предмет наличия признака бесспорности относительно требований залогодержателя. Таким образом, для нотариусов предусматривалась обязанность не только извещения залогодателя, но и оценки его возражения. При отсутствии признака бесспорности нотариус должен был отказать в совершении исполнительной надписи. Очень часто нотариусы, при получении возражений залогодателя отказывали в совершении исполнительной надписи. В настоящее время исполнительная надпись нотариусом совершается, если представленные нотариусу документы подтверждают бесспорность требований взыскателя к должнику. Таким образом, на нотариусе не лежит

---

1 О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации: Проект Федерального Закона от 18 ноября 2011// [www.rg.ru/2011/11/18/notariat-site-dok.html#comment\_block]

2 О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части совершенствования порядка обращения взыскания на заложенное имущество: ФЗ РФ от 6 декабря 2011 года № 405-ФЗ// Российская газета. 14.12.2011. № 281.

обязанности извещать должника и оценивать его доводы на предмет наличия признака бесспорности в отношении требований залогодержателя.

Это, соответственно, позволяет нам в какой то степени, с учетом предложенных нововведений приблизиться к активной модели нотариата на примере Франции, где нотариальный акт черпает свой приоритет из признания за ним исполнительной силы, и полномочия судебного исполнителя непосредственно вытекают из исполнительной формулы (по аналогии с нашей исполнительной надписью)<sup>1</sup>.

Следующий момент, упоминаемый в литературе - участие нотариусов в урегулировании конфликтов. Оценить роль нотариуса в подобного рода процедурах, в том числе медиации, можно пока лишь критически. Существуют неоднозначные позиции по данному вопросу. На наш взгляд, учитывая бесспорный характер деятельности нотариусов, медиация не может иметь здесь место ввиду того, что стороны не пришли к какому то компромиссу, консенсусу и между ними есть спор. Также, нельзя не упомянуть об одном из видов деятельности нотариусов – консультировании, пусть и не имеющего на сегодняшний день самостоятельного значения, но заявляемого в качестве такового в Проекте, в то же время несвойственного для медиации, где медиатор не может консультировать стороны по правовым вопросам.

И, в третьих – это доказательственная сила нотариальных актов, заявляемая согласно статье 170 Проекта следующим образом: «Представление заинтересованным лицом в суд, арбитражный суд, третейский суд, международный коммерческий арбитраж, орган исполнительной власти, орган местного самоуправления, иной орган или должностному лицу нотариального акта освобождает заинтересованное лицо от дальнейшего доказывания удостоверенных или засвидетельствованных нотариальным актом фактов»<sup>2</sup>. С подобным можно не согласиться. Доказательственная сила нотариальных актов выражается не в преюдициальности, о которой говорится в Проекте, а в признании за ними силы подлинных официальных актов, не нуждающихся в дополнительной проверке до тех пор, пока не возникнет обоснованное предположение об их подложности. Нотариальный акт направлен на официальное подтверждение права или факта и должен признаваться любым лицом.

Это положение также перекликается с повышенной доказательственной силой нотариального акта во Франции, где нотариальный акт может быть оспорен только в рамках чрезвычайно сложной судебной процедуры, которая называется «заявление о подлоге»<sup>3</sup>.

Кроме того, можно сказать несколько слов о взаимодействии суда и нотариата, причем, помимо проверки нотариальных актов судом, очень резонно

---

1 Дидье Лемуан. Доказательственная и исполнительная сила нотариального акта во Франции// Нотариат за рубежом: позитивный опыт/ Центр нотариальных исследований: Материалы и статьи. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2006. С.173.

2 О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации: Проект Федерального Закона от 18 ноября 2011// [www.rg.ru/2011/11/18/notariat-site-dok.html#comment\_block]

3 Дидье Лемуан. Доказательственная и исполнительная сила нотариального акта во Франции// Нотариат за рубежом: позитивный опыт/ Центр нотариальных исследований: Материалы и статьи. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2006.С.172.

встает вопрос о том, какую помощь нотариус может оказать суду. Нотариальное содействие суду в защите права находит свое выражение в обеспечении доказательств, участии нотариуса в процессе в собственном статусе, выполнении судебных поручений и так далее.

Подводя итог, можно сказать, что *«превентивное правосудие»*, конечно, термин условный, ведь у самого правосудия есть предупредительная функция. Применительно к нотариату – он употребляется в литературе, не претендуя на самостоятельное значение. Но в то же время, это термин необходимый для обоснования концепции предупредительного правосудия, в аспекте охраны прав и законных интересов участников гражданского оборота, что предупреждает необходимость обращения в суд, а если даже обращения к правосудию избежать не удалось, то нотариальная деятельность должна значительно облегчать и упрощать деятельность суда. Но полноценно говорить о функции превентивного правосудия можно только при правильном определении целей и задач нотариата. Все направления нотариальной деятельности: нотариальные действия как таковые и предполагаемые в соответствии с концепцией проекта ФЗ «О нотариате и нотариальной деятельности» консультирование по вопросам осуществления прав, обеспечение оформления прав на недвижимое имущество, обеспечение доказательств охватываются целью охраны права как приоритетной и определяющей для нотариата. Это все соответствует концепции предупредительного правосудия нотариата. Но для осуществления этих идей необходим большой перечень изменений и материального, и процессуального законодательства.

## Досудебный порядок урегулирования споров

Зименко Ольга Анатольевна,  
студентка 1 курса магистратуры Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Действующее российское законодательство использует термин «досудебный порядок урегулирования споров» (ст. 131, 135 ГПК РФ<sup>1</sup>, ст. 4, 125, 126, 148 АПК РФ<sup>2</sup> и др.), но не содержит его легального определения.

Досудебный порядок можно считать установленным только тогда, когда он в силу закона или договора является обязательным условием для предъявления иска в суд (п. 7 ст. 131 ГПК РФ, п.5 ст. 4 АПК РФ).

Однако законодатель делает исключение: на третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, не распространяется обязанность соблюдения такого порядка (ст.50 АПК РФ).

Действия участников материального правоотношения составляют суть, содержание досудебного порядка и одновременно выступают условием возникновения процессуального правоотношения.

Стадии досудебного порядка образуют последовательные действия участников спорного правоотношения, которые являются юридическими фактами материально-правового характера, т.к. осуществляются на основании норм материального права и могут повлечь изменение (частичное исполнение требования, изменение условий договора) или прекращение (расторжение договора, удовлетворение требования) правоотношения.

С другой стороны, действия участников правоотношения по урегулированию спора имеют процессуальное значение, т.к. закон связывает с ними наступление процессуальных последствий (ст. 135, ст. 222 ГПК РФ, ст. 148, ст. 111 АПК РФ).

Напомним, что материальное правоотношение возможно только между двумя равными сторонами, а отличительной особенностью процессуальных правоотношений является то, что его субъектами становится суд и заявитель<sup>3</sup>.

Так какой же характер присущ досудебному порядку? Говорить о комплексном характере досудебного порядка будет не совсем верным.

По нашему мнению, досудебному порядку присущ материальный характер, вследствие того, что он устанавливается федеральным законом или договором, и до обращения в суд правоотношение возникает между равными сторонами. Однако, как только досудебный порядок становится условием

1 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 14 нояб. 2002 г. № 137-ФЗ (ред. от 03.12.2011) // СЗ РФ. 2002. №46. Ст. 4532.

2 Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 24 июл. 2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 08.12.2011) // СЗ РФ. 2002. №30. Ст. 3012.

3 Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение. М.: Юрид. лит., 1966. С. 6.

реализации права на обращение с иском, он приобретает процессуальный характер, субъектами правоотношения становится суд и заявитель.

Таким образом, правоотношение, неотъемлемым элементом которого является обязанность по соблюдению досудебного порядка, до обращения с иском в суд процессуальным не является.

Определение такого механизма перехода материального правоотношения в процессуальное является основной проблемой.

Досудебное урегулирование споров рассматривается некоторыми авторами как самостоятельная форма защиты права<sup>1</sup>.

Некоторые ученые, которые делят формы защиты на юрисдикционные и неюрисдикционные<sup>2</sup>, по аналогии подразделяют досудебный порядок урегулирования спора на два подвида: 1) юрисдикционная досудебная форма защиты (обращение управомоченной стороны к обязанной стороне спорного правоотношения с требованием о добровольном исполнении обязанностей); 2) неюрисдикционная (обращение в государственные органы и некоторые общественные институты, управомоченные на рассмотрение и разрешение правовых споров).

Рассмотрев вышеуказанную точку зрения Р.Ю. Банникова, правильным видится говорить о досудебном порядке урегулирования спора, не являющимся самостоятельным видом формы защиты.

В современных учебниках категория "форма защиты" определяется как процессуальная и юрисдикционная: ею обозначают устанавливаемую законом деятельность компетентных органов по защите права, порядок защиты права тем или иным юрисдикционным органом<sup>3</sup>.

Можно выделить несколько существенных характеристик юрисдикционной формы защиты: правоприменительная деятельность осуществляется юрисдикционным органом, в полномочия которого входит разрешение сложившегося спора, в рамках определенной процедуры.

М.А. Гурвич<sup>4</sup> задается вопросом: можно ли рассматривать досудебный порядок как особый порядок разрешения споров, как форму юрисдикции. На данный вопрос мы не можем ответить утвердительно.

Рассмотрим на примере претензионного порядка - одного из классических видов досудебного порядка урегулирования споров. Разрешение претензии нельзя признать юрисдикционным актом. Оно не является им при отказе в претензии, так как такой отказ не только не устраняет необходимости в правосудии, но, наоборот, является его необходимым условием. Оно не является им и в случае удовлетворения претензии, так как последнее имеет значение добровольной ликвидации требования путем его исполнения лицом обязанным. Субъект, рассматривающий претензию, может и не ответить на нее; в этом, как

---

1 Медникова М.Е. Досудебное урегулирование споров в сфере экономической деятельности (проблемы теории и судебной практики): Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С.20.

2 Банников Р. Ю. Указ. соч. С.12-13.

3 См., напр.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2006. С. 23; Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М.С. Шакаряна. М., 2004. С. 7.; Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 4.

4 Гурвич М.А. Право на иск / Отв. ред.: А.Ф. Клейнман. М., Л.: Изд-во АН СССР, 1949. С. 56.



правило, нет ничего незаконного, так как рассмотрение претензии не является актом разрешения спора<sup>1</sup>.

Необходимо согласиться с Р.Ф. Каллистратовой, что претензионный порядок нельзя отнести к особой форме юрисдикции, т.к. при его осуществлении отсутствует государственное принуждение как обязательный элемент любого юрисдикционного акта. Например, удовлетворение или не удовлетворение организацией претензии зависит от ее усмотрения<sup>2</sup>.

Отрицательный ответ на поставленный выше вопрос дает Н. Б. Зейдер<sup>3</sup>, который не разъясняет сущности претензионного порядка и ставит его в один ряд с примирительно-третейским порядком разрешения трудовых споров, что с точки зрения М.А. Гурвича неправильно.

С нашей точки зрения досудебный порядок не является самостоятельной формой защиты прав и законных интересов, а является одним из условий реализации права на обращение с иском.

По отдельным категориям дел для реализации права на обращение в арбитражный суд необходимо соблюдение обязательного досудебного порядка, предусмотренного законом или договором (ч. 5 ст. 4 АПК РФ).

Как и любое условие, соблюдение досудебного порядка характеризует порядок реализации права на обращение в суд.

Согласно ст. 132 ГПК РФ, ст. 126 АПК РФ, к исковому заявлению должны быть приложены доказательства/документы, подтверждающие соблюдение истцом претензионного или иного досудебного порядка.

Р.Ф. Каллистратовой досудебный порядок урегулирования споров рассматривается как предпосылка права на предъявление иска<sup>4</sup>. Указанная предпосылка была установлена для всякого обращения к Госарбитражу Правилами рассмотрения и разрешения имущественных споров органами Госарбитража<sup>5</sup>.

Согласно ст. 7-8 указанных Правил существовала возможность обращения в арбитраж без предварительного направления ответчику претензионного письма, и если после этого истец выполнял требования арбитража о необходимости принятия мер к добровольному урегулированию спора, заявление считалось поданным с момента его поступления в арбитраж.

С принятием постановления Совета Министров СССР «Об улучшении работы государственного арбитража»<sup>6</sup>, положения ст. 8 Правил утратили силу в части. Обращение в арбитраж без предварительной попытки истца уладить спор добровольно не допускалось (ст. 4 Правил). Тем самым претензионному порядку придавалось значение одного из условий возникновения права на обращение в Госарбитраж<sup>7</sup>.

---

1 Гурвич М.А. Там же. С. 61.

2 Каллистратова Р.Ф. Избранные труды по арбитражному и гражданскому процессам. Краснодар: Совет. Кубань, 2007. С. 144-145.

3 Цит. по: Гурвич М.А. Указ. соч. С. 61

4 Каллистратова Р.Ф. Указ. соч. С. 155.

5 Правила рассмотрения и разрешения имущественных споров органами Госарбитража: Пост. Госарбитража при СНК СССР от 10 авг.1934 г. // Арбитраж в советском хозяйстве. Юриздат. 1948. Стр. 201.

6 Об улучшении работы государственного арбитража: Пост. Совета Министров СССР от 23 июля.1959 г. // СП СССР. 1959. № 15. Ст. 105

7 Каллистратова Р.Ф. Указ. соч. С.134.

Стоит подчеркнуть, что согласно законодательству, на основе которого Р.Ф. Каллистратова делала свои выводы, соблюдение досудебного порядка действительно являлось предпосылкой.

Однако на сегодняшний день законодательство изменилось, и под предпосылкой стоит понимать иное. Согласно законодательству РФ не стоит отождествлять такие категории как «предпосылка» и «условие». Разный смысл закладывается и в их названии.

С предпосылки права на предъявление иска связано наличие самого права на обращение в суд. Указанные предпосылки можно выделить исходя из ст. 134 ГК РФ. Процессуальным последствием несоблюдения любой из этих предпосылок является отказ судьи в принятии искового заявления, повторное обращение в суд по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается.

Условия реализации права на обращение с иском определяют, соблюден ли порядок обращения в суд. Указанные условия следуют из статьи 135 ГПК РФ, ст. 148 АПК РФ. Процессуальным последствием несоблюдения данных условий является возвращение искового заявления (ст. 135 ГПК РФ), оставление искового заявления без рассмотрения (ст. 148 АПК РФ). Указанные последствия не препятствуют повторному обращению истца в суд с иском к тому же ответчику, о том же предмете и по тем же основаниям, если истцом будет устранено допущенное нарушение<sup>1</sup>.

Таким образом, соблюдение досудебного порядка урегулирования спора является условием реализации права на обращение с иском в суд, т.к. он выступает одним из оснований для наступления процессуальных последствий предусмотренных ст. 135 ГПК РФ и ст. 148 АПК РФ.

В некоторых случаях соблюдение досудебного порядка не имеет значения условия. Например, требования, вытекающие из договоров поставки, при недостатках по качеству, если до суда не был соблюден порядок рекламаций, установленный Инструкцией Госарбитража<sup>2</sup>. Как следует из ст. 26 Инструкции, несоблюдение рекламационного порядка приводит лишь к отказу в присуждении штрафа (неустойки), т. е. поражает материальное правоотношение.

На основе вышеизложенного можно выделить признаки, характеризующие досудебный порядок в качестве условия реализации права на обращение с иском: 1) устанавливается законом или договором; 2) является обязательным для истца до предъявления иска в суд; 3) несоблюдение влечет наступление процессуальных последствий; 4) возможность подтверждения соблюдения досудебного порядка.

Из используемой законодателем в ст. 125 АПК РФ, ст. 131 ГПК РФ терминологии следует, что наряду с претензионным порядком возможны и иные способы досудебного урегулирования спора.

<sup>1</sup> Банников Р. Ю. Указ. соч. С. 11.

<sup>2</sup> Инструкция о порядке приемки продукции производственно - технического назначения и товаров народного потребления по качеству: Пост. Госарбитража СССР от 25 апр. 1966 г. № П-7 // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1975. № 2.

Поэтому некоторые авторы<sup>1</sup> к видам досудебного порядка урегулирования споров относят претензионный и иной досудебный порядок.

Одним из самых распространенных видов досудебного порядка можно назвать претензионный. Обязательный претензионный порядок урегулирования споров предусмотрен многими нормативными актами<sup>2</sup>.

В соответствии с установленными в Законах правилами о претензионном порядке кредитор обязан предъявить к должнику претензию об исполнении лежащей на нем обязанности, а должник - дать на нее ответ в установленный срок. При полном или частичном отказе должника или неполучении в срок ответа кредитор вправе предъявить к должнику иск<sup>3</sup>.

В последнее время более распространенным становится договорное основание претензионного порядка.

Если соглашением сторон претензионный порядок не установлен как обязательный, его несоблюдение не влечет негативных последствий для сторон и не препятствует обращению в суд.

Зачастую стороны устанавливают в договоре необходимость соблюдения претензионной процедуры, а сам порядок предъявления и рассмотрения претензии не оговаривают. По данному вопросу сложилась противоречивая судебная практика – ряд постановлений предусматривает, что если в договоре отсутствуют условия о сроках направления и рассмотрения претензии, то это нельзя рассматривать как обязательный досудебный порядок. Например, в Определении ВАС РФ от 13.11.2009 г. № ВАС-14616/09<sup>4</sup> суд указал, что «при буквальном толковании указанного пункта договора суд не усмотрел, что стороны договора регламентировали претензионный порядок, так как они фактически не согласовали обязательные элементы процедуры досудебного порядка: ни сроки направления претензий, ни порядок их рассмотрения».

Существует и прямо противоположная практика – так, часть судов не рассматривает отсутствие порядка рассмотрения претензии в качестве обстоятельства, свидетельствующего об отсутствии такого порядка вообще – главное чтобы в договоре содержалось условие об обязательном направлении претензии. Например, в Определении ВАС РФ от 17.07.2009 № ВАС-9459/09<sup>5</sup> суд признал установлением обязательного досудебного порядка следующее условие: «все спорные вопросы, возникающие в процессе заключения и исполнения договора, разрешаются арбитражным судом в соответствии с установленной подведомственностью и с соблюдением претензионного порядка урегулирования разногласий».

Следующим видом досудебного порядка является иной порядок урегулирования спора, который подразделяется на установленный законом и договором.

---

1 Зубова Е.С. Указ. соч. С. 104.

2 См. напр.: ст. 55 (О связи: ФЗ РФ от 07 июля 2003 г. № 126-ФЗ (ред. от 27.07.2010) // СЗ РФ. 2003. №28. Ст. 2895); ст. 37 (О почтовой связи: ФЗ РФ от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ (ред. от 28.06.2009) // СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 697); ст. 161 (Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации: ФЗ РФ от 30 апр. 1999 г. № 81-ФЗ (ред. от 22.11.2010) // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207); ст. 124 (Воздушный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 19 мая 1997 г. № 60-ФЗ (ред. от 23.07.2010) // СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1383); ст. 120 (Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации: ФЗ от 10 янв. 2003 г. № 18-ФЗ (ред. от 23.07.2008) // СЗ РФ. 2003. N 2. Ст. 170) и др.

3 Зайцев А.И. Негосударственные процедуры урегулирования правовых споров. Саратов, 2000. С. 17.

4 Архив Высшего Арбитражного Суда РФ за 2009 г. Дело № А29-1447/2009.

5 Архив Высшего Арбитражного Суда РФ за 2009 г. Дело № А65-23329/2008-СГ2-20.

Что же понимать под иным досудебным порядком? Законодательством данная категория не урегулирована. Основываясь на общих признаках досудебного порядка, в качестве «иного» может рассматриваться процедура, предусмотренная законом или соглашением в качестве обязательного условия возникновения у стороны права на обращение в суд.

Классическим примером иного досудебного порядка, предусмотренного федеральным законом, является п. 2 ст. 452 ГК РФ, истец обязан до обращения в арбитражный суд с иском заявлением об изменении или расторжении договора направить ответчику предложение об изменении или расторжении договора, оформленное в письменном виде. При несоблюдении данного требования, наступают процессуальные последствия – оставление заявления без рассмотрения (ст. 148 АПК РФ)<sup>1</sup>.

Обязательный досудебный порядок предусмотрен при понуждении стороны к заключению договора. Согласно п. 4 ст. 445 ГК РФ право обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор возникает только после уклонения другой стороны от его заключения.

Так, в деле №А60-43233/05<sup>2</sup> обязанность по направлению предложения о заключении договора до обращения в суд истцом не была исполнена, доказательств уклонения ответчика от заключения договора истцом не было представлено. В связи с несоблюдением истцом досудебного порядка исковое заявление было оставлено без рассмотрения на основании п. 2 ст. 148 АПК РФ.

Также досудебный порядок предъявления требований по денежным обязательствам установлен в отношении ликвидируемого юридического лица (ст. 63, ст. 64 ГК РФ)<sup>3</sup>, несоблюдение которого влечет наступление последствий предусмотренных ст. 148 АПК РФ. Для составления промежуточного баланса после истечения срока для предъявления требований кредитор необходимо обратиться к ликвидационной комиссии.

Согласно ст. 64 ГК РФ в случае отказа ликвидационной комиссии в удовлетворении требований кредитора либо уклонения от их рассмотрения кредитор вправе обратиться в суд с иском к ликвидационной комиссии.

Бремя доказывания обстоятельств по обращению в порядке досудебного включения требований в реестр требований ликвидируемого юридического лица возложено на истца (ст. 65 АПК РФ).

В случаях, когда иной досудебный порядок предусмотрен договором, то в последнем должно быть ясно указано, спор по какому вопросу требует досудебного порядка урегулирования спора. Необходимость соблюдения досудебного порядка обретает правовое значение в процессуальных целях только при возможности однозначно определить четкий механизм осуществления такого порядка.

Зачастую в тексте договора встречается фраза «споры должны разрешаться сторонами путем переговоров». Переговоры не могут относиться к

---

1 См.: О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ: Пост. ПВС РФ и Пленума ВАС РФ от 01 июля 1996 г. № 6/8 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

2 Архив Арбитражного суда Свердловской области за 2006 г. Дело № А60-43233/05.

3 Архив Арбитражного суда Свердловской области за 2007 г. Дело № А60-13566/2007.

досудебному порядку, т.к. закон не содержит требования об обязательном соблюдении такой процедуры, и невозможно предъявить документальное подтверждение соблюдения указанного порядка.

Спорным вопросом является отнесение медиации к иному досудебному порядку. По нашему мнению медиацию можно считать досудебным порядком, если она предусмотрена в договоре в качестве обязательного условия урегулирования спора до обращения в суд. Документом подтверждающим соблюдение данного порядка является соглашение о проведении процедуры медиации (ст. 8 ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»<sup>1</sup>) или иным документом предусмотренным п. 1-4 ст. 15 указанного закона.

Необходимо отличать досудебный порядок урегулирования споров от внесудебного порядка, к которому относится урегулирование спора путем подачи жалобы в вышестоящие органы либо вышестоящему должностному лицу, а также обращение в комиссии по трудовым спорам.

В юридической литературе высказывалось мнение о том, что в российском законодательстве прослеживается тенденция на исключение норм о необходимости досудебного урегулирования споров<sup>2</sup>. Подобное утверждение нельзя назвать актуальным, так как позиция законодателя довольно однозначна – в определенных сферах общественной жизни соблюдение досудебного порядка остается обязательным.

---

1 Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ // СЗ РФ. 2010. N 31. Ст. 4162.

2 Комментарий к ГПК РФ/отв. ред. М.А. Викут. М.: ТОН-ДЭКСТРО, 2003. С. 275. [автор комментария – М.А. Викут].

## Аудио- и видеозаписи в гражданском процессе России

Коваленко Оксана Сергеевна,  
студентка 1 курса магистратуры Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

В науке гражданского процессуального права проблемным является вопрос исследования таких средств доказывания, как аудио- и видеозаписи.

Такие ученые<sup>1</sup>, как О.В. Исаенкова, И.Н. Лукьянова, А.Т. Боннер, изучающие данную проблему, отмечают, что действующий порядок исследования аудио- и видеозаписей, прописанный в ст. 185 ГПК и в ч. 2 ст. 162 АПК РФ, является узким, т.к. при принятии решения судом о необходимости воспроизведения аудио- и видеозаписей в специальном помещении определенные трудности имеются в процессуальном оформлении перемещения участников процесса из зала судебного заседания в данное оборудованное помещение. Так, например, О.В. Исаенкова считает, что проблемной является получение сведений о фактах из аудио- и видеозаписей и указывает, что нормы, их регулирующие в главе 6 ГПК РФ «Доказательство и доказывание», относятся к истребованию (ст. 77 ГПК РФ), хранению и возврату (ст. 78 ГПК РФ) записей, а регулирование самого порядка исследования свелось к воспроизведению с указанием в протоколе признаков воспроизводящих источников доказательств и времени воспроизведения (ст. 185 ГПК РФ), а также возможности привлечения специалиста и назначения экспертизы<sup>2</sup>.

Не имеет значения, расположено ли это специальное помещение для воспроизведения аудио- или видеозаписей в здании суда или ином месте вне суда. Так, ст. 184 ГПК РФ предусматривает возможность исследования письменных и вещественных доказательств вне здания суда, вне зала судебного заседания, но по месту их нахождения или в ином указанном судом месте. То есть значение имеет не место исследования доказательства само по себе, а наличие возможности для суда, в соответствии со ст. 67 ГПК РФ полно, объективно и всесторонне<sup>3</sup> его исследовать в целях выяснения содержащихся в доказательстве сведений, обеспечив при этом процессуальные права лиц, участвующих в деле<sup>4</sup>.

1 См. например: Лукьянова И.Н. Доказательства в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 84; Исаенкова О.В., Афанасьев С.В. О способах правового регулирования в области средств доказывания: вопросы теории и практики // Арбитражный и гражданский кодекс. 2005. № 7. С. 24; Смолина Л.А., Идрисов И.Д. Аудио и видеозапись как доказательство // Актуальные проблемы международного частного и гражданского права. Материалы международной научно-практической конференции. Челябинск, 2007. С. 218; Боннер А.Т. Аудио и видеозаписи как доказательство в гражданском и арбитражном процессе // Законодательство. 2008. № 3. С. 79.

2 См.: Исаенкова О.В. Доказательства в гражданском судопроизводстве // Человек и закон. 2009. № 8. С. 43.

3 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 137-ФЗ (в ред. Федерального закона от 03 декабря 2011 г. № 388-ФЗ) // РГ РФ. 2002. №220.

4 См., напр.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. Г.Л. Осокина. М., 2010. С. 750.

Если специально оборудованное помещение находится в суде, то перемещение участников процесса возможно без отложения судебного разбирательства. Судом должен быть объявлен перерыв в судебном заседании, достаточный для перемещения участников процесса в указанное место, после чего судебное заседание возобновляется уже в специальном помещении.

Когда специально оборудованное для воспроизведения и исследования аудио- и видеозаписей помещение находится вне здания суда, представляется, что перемещение в него участников процесса сопряжено с отложением судебного разбирательства. В этом случае целесообразно осуществлять воспроизведение и исследование аудио- и видеозаписей в специальном помещении как отдельное процессуальное действие, аналогично осмотру на месте, предусмотренному ст. 184 ГПК РФ для исследования письменных и вещественных доказательств не в зале суда, а по месту их нахождения или ином определенном месте.

В этом случае представляется необходимым вынесение судом отдельного определения о воспроизведении и исследовании аудио- или видеозаписи в специальном помещении, в котором бы содержались, прежде всего, сведения об основаниях, месте и времени воспроизведения и исследования записей в таком порядке. Кроме того, вынесение судом отдельного определения требуется в том случае, когда решение о воспроизведении аудио- и видеозаписей в специальном помещении принято не в судебном заседании. В процессуальном законодательстве не раскрывается, что следует понимать под специально оборудованным помещением для воспроизведения записи и где оно должно располагаться.

При воспроизведении аудио- и видеозаписей в специальном помещении лицам, участвующим в деле, в соответствии со ст. 35 ГПК РФ должна быть предоставлена возможность для реализации их процессуальных прав, таких как право участвовать в исследовании доказательств, право приводить свои доводы по всем возникающим в ходе судебного заседания вопросам, в том же объеме, как если бы воспроизведение аудио- или видеозаписи осуществлялось в зале судебного заседания, то есть порядок воспроизведения и исследования рассматриваемых доказательств в специальном помещении, независимо от того, находится ли такое помещение в здании суда или за его пределами, не должен отличаться от исследования записей непосредственно в зале судебного заседания. Лица, участвующие в деле, должны быть надлежащим образом извещены о времени и месте судебного заседания.

Процессуальный порядок исследования аудио- и видеозаписей существенным образом отличается от порядка исследования письменных и вещественных доказательств, в частности, как процессуальным оформлением исследования записей, так и набором процессуальных действий, необходимых для судебного исследования рассматриваемых средств доказывания. Отличия в процессуальном порядке исследования аудио- и видеозаписей обусловлены спецификой самого процесса закрепления сведений об обстоятельствах дела, невозможного без использования специальных технических средств, динамическим характером информации, содержащейся в аудио- и видеозаписях

(содержательный элемент), а также особенностями носителей (технический характер) доказательственной информации (материальный элемент).

М.К. Треушников утверждает, что воспроизведение сохраняющейся на магнитных носителях информации требует отличных от письменных и вещественных доказательств методов. Если вещественные доказательства исследуются, как правило, визуальным путем, то с помощью методов осмотра, наблюдения, обзора нельзя исследовать современные носители информации<sup>1</sup>.

Так, содержательный элемент такого судебного доказательства, как аудио- и видеозапись, обладает определенной особенностью, которая должна учитываться судом при их исследовании – выразительным средством, с помощью которого сохраняются сведения об обстоятельствах дела. В аудиозаписях таким выразительным средством является звуковая динамическая информация, в видеозаписях – изобразительная (наглядно-образная) динамическая информация, которая обеспечивает, как правило, восприятие сведений об обстоятельствах дела судом и другими участниками процесса, публикой, сопровождаемое впечатлением высокой степени убедительности такой информации. Ни письменные, ни вещественные доказательства подобной особенностью содержания не обладают. Именно поэтому существенным признаком судебного доказательства является то, что аудио- и видеозаписи могут сохраняться исключительно с помощью специальных технических средств на специальных технических носителях.

В отличие от письменных и вещественных доказательств, использование любого предмета материального мира в качестве носителя аудио- и (или) видеозаписей невозможно. Аудио- и видеозаписи могут быть закреплены только на специальных технических носителях: CD-дисках (CD-R, CD-RW), DVD-дисках (DVD-R, DVD-RW), флеш-картах, жестких дисках компьютера и других подобных носителях, извлечение сведений из которых методом непосредственного осмотра, наблюдения, обзора самих носителей невозможно.

В результате, могут быть сформулированы определения аудио- и видеозаписей как доказательств.

Аудиозапись (звукозапись) представляет собой зафиксированную на материально-техническом носителе информацию в виде непрерывного во времени сочетания звуков (динамической звуковой информации), отражающего имеющие значения для дела обстоятельства, и полученную в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством.

Под видеозаписью следует понимать зафиксированную на материально-техническом носителе непрерывную во времени наглядно-образную (визуальную) и, как правило, звуковую информацию, отражающую имеющие значение для дела обстоятельства и полученную в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством.

---

<sup>1</sup> Об исследовании доказательств см.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 50; Белкин А.Р. Теория доказывания. М., 1999. С. 177.



Можно сказать, что исследование аудио- и видеозаписи в специальном помещении вне зала судебного заседания является отдельным процессуальным действием, требующим надлежащего процессуального оформления: вынесения определения о воспроизведении записи в таком помещении и ведения протокола при его проведении. Требуется подробное законодательное регламентирование с определением процессуального порядка исследования данных доказательств.

Так, С.А. Короткий предложил дополнить ст. 185 ГПК РФ частью 4 в следующей редакции:

«4. Аудио- и видеозаписи, которые невозможно или затруднительно исследовать в зале судебного заседания, могут быть исследованы в специальном помещении в зале суда или ином месте, указанном в определении суда о проведении отдельного процессуального действия. Лица, участвующие в деле, должны быть извещены о времени и месте воспроизведения аудио- и видеозаписи в специальном помещении, однако их неявка не должна препятствовать воспроизведению и исследованию записей.

При воспроизведении и исследовании аудио- и видеозаписей в специальном помещении вне здания суда ведется протокол воспроизведения аудио- или видеозаписи, который приобщается к материалам дела.

Суд может привлечь специалиста и эксперта для участия в воспроизведении и исследовании аудио- и видеозаписей в специальном помещении»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Короткий, С. А. Аудио- и видеозаписи как средства доказывания в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 15.

## **Проблемы разграничения подведомственности между арбитражными судами и судами общей юрисдикции**

Копенков Иван Юрьевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

В российской правовой системе институт подведомственности в современной его форме существует относительно недавно, в связи с чем в правовом регулировании связанных с ним отношений достаточно пробелов и коллизий, на практике возникают трудности как у участников судопроизводства так и у правоприменителя. Вместе с тем, нельзя не согласиться с точкой зрения, согласно которой подведомственность в определенном смысле является предпосылкой права на обращение в суд<sup>1</sup>, следовательно, существование проблемы неправильного определения подведомственности спора, как гражданами, так и судами недопустимо в правовом государстве, поскольку влечет отказ в осуществлении правосудия, а ее исследование несомненно носит актуальный характер. Еще в 2007 году количество вынесенных определений и постановлений различных юрисдикционных органов об отказе в принятии исковых заявлений либо о прекращении производства по делу в связи с неподведомственностью достигало шести тысяч.<sup>2</sup>

В науке гражданского процессуального права отсутствует единство взглядов на содержание понятия подведомственности.<sup>3</sup> Тем не менее, большинством авторов подведомственность традиционно определялась как относимость нуждающихся в государственно-властном разрешении споров о праве и иных дел к ведению различных государственных, общественных, смешанных (государственно-общественных) органов и третейских судов.<sup>4</sup>

Также можно выделить еще две часто встречающиеся в литературе позиции. Согласно одной из них, подведомственность соотносят с частью содержания компетенции, а именно, с предметной компетенцией и таким образом определяют как полномочия органов по рассмотрению и разрешению споров о праве и иных дел.<sup>5</sup>

---

1 Курс советского гражданского процессуального права. Т. 2. Ответственный редактор Мельников А.А. М., 1981. С. 6; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2006. С. 94.

2 См.: Елисеев Н.Г. Разрешение коллизий подведомственности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 8. С. 27.

3 Чудиновских К.А. Подведомственность в системе гражданского и арбитражного процессуального права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 16.

4 См., напр.: Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел. Свердловск, 1973. С. 31; Елисейкин П.Ф. Защита субъективных гражданских прав и интересов и компетенция суда в советском гражданском процессе // Вопросы государства и права. Владивосток, 1969. С. 106; Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М.А. Вкут. М., 2004. С. 126.

5 Грось Л.А. Гражданское и арбитражное процессуальное право - взаимосвязь с процессуальным правом. Владивосток, 1997. С. 15.

В соответствии с последней точкой зрения, под подведомственностью следует понимать институт процессуального права, т.е. совокупность норм соответствующей отрасли процессуального права.<sup>1</sup>

Критикуя все три позиции, К.А. Чудиновских говорит о невозможности дачи точного определения подведомственности и необходимости указать на все составляющие ее элементы, в числе которых как круг юридических дел, отнесенных к компетенции юридического органа, так и правовая связь, существующая между юридическим делом и юрисдикционным органом.<sup>2</sup>

В соответствии с п. 1 ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) судебная защита субъективных гражданских прав осуществляется в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, судами общей юрисдикции, арбитражными или третейскими судами.<sup>3</sup>

Возможность разрешения правовых споров различными судами в ряде случаев становится определенным препятствием перед лицом, заинтересованном в защите своих прав и законных интересов, в реализации предусмотренного п. 1 ст. 46 Конституции РФ права на судебную защиту.<sup>4</sup> В частности, существуют ситуации, когда между судами общей юрисдикции и арбитражными судами образуются в определенном смысле споры о подведомственности, поскольку фактически один суд не согласен с выводом другого суда. В качестве примеров, различные авторы приводят решения судов общей юрисдикции по одному и тому же иску об отказе в принятии искового заявления на основании п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК и арбитражных судов о прекращении производства по делу на основании п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК.<sup>5</sup> В результате лицо незаконно лишается права на судебную защиту. К.А. Чудиновских называет подобные казусы «отрицательной коллизией» в противовес «положительной коллизии» – положению, когда несколько юрисдикционных органов претендуют на рассмотрение того или иного спора.<sup>6</sup> А.В. Закарлюкаданные ситуации именует «двойной подведомственностью» и также приводит несколько примеров из судебной практики.<sup>7</sup> Вдобавок, в литературе встречается еще одно название проблемы, когда все суды могут отказать в рассмотрении иска в связи с неподведомственностью – «конфликт отрицательной компетенции».<sup>8</sup>

Чтобы доказать что проблема до сих пор существует и не утратила своей актуальности, приведем пример из судебной практики.

Открытое акционерное общество "Иркутский релейный завод" (далее – завод, общество) обратилось в Октябрьский районный суд г. Иркутска с

1 См.: Колоколов Н.А. Подведомственность дел арбитражному суду: к истории вопроса // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. N 5. С. 10.

2 Чудиновских К.А. Указ.соч. С.5.

3 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая):Ф3 РФ от 30.11.1994 N 51-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ . 1994№32. Ст. 3301.

4 Конституция Российской Федерации (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2009. №4. Ст. 445.

5 См. напр.: По делу об обжаловании действий Федеральной службы налоговой полиции РФ по проведению проверки и составлению акта: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 22.01.2003 N 185пв-02пр// БВС РФ. 2003. №10; По делу о взыскании задолженности по договору простого товарищества: Постановление Президиума ВАС РФ от 01.06.2004 N 8786/03 по делу N А41-К1-14038/02 // Вестник ВАС РФ. 2004. №10.

6 Чудиновских К.А. Указ.соч. С. 113.

7 Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2007. С. 102. [Автор комментария – А.В. Закарлюка]

8 См.: Султанов А.Р. О проблемах подведомственности и о конфликтах отрицательной компетенции // Закон. 2007. N 7. С. 171

заявлением о признании незаконным постановления судебного пристава-исполнителя Октябрьского отдела судебных приставов города Иркутска Баяновой Л.В. (далее - судебный пристав-исполнитель) от 21.05.2007 об ограничении проведения расходных операций по кассе с целью обращения взыскания на наличные средства. Суд определением от 03.08.2007 заявление заводавозвратил заявителю на основании п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ в связи с неподведомственностью дела суду общей юрисдикции.

Тогда общество с тем же заявлением обратилось в Арбитражный суд Иркутской области. Решением Арбитражного суда Иркутской области от 29.08.2007 в удовлетворении требования заявителя отказано. Затем завод подал апелляционную жалобу и постановлением Четвертого арбитражного апелляционного суда от 14.11.2007 решение суда первой инстанции отменено, производство по делу прекращено на основании ч. 1 ст. 150 АПК РФ, т.к. суд пришел к выводу, что спор подведомственен суду общей юрисдикции, поскольку оспариваемыми действиями затрагиваются интересы физических лиц. Обществом была направлена кассационная жалоба, в ответ на которую Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа постановлением от 15.02.2008 постановление суда апелляционной инстанции оставил без изменения.

И лишь вследствие обжалования постановлений в порядке надзора, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил отменить решения судов апелляционной и кассационной инстанций и направить дело в Четвертый арбитражный апелляционный суд для рассмотрения по существу апелляционной жалобы, на том основании, что в данном случае из-за отказа в рассмотрении дела, как судом общей юрисдикции, так и арбитражным судом завод был лишен права на судебную защиту, гарантированного статьей 46 Конституции Российской Федерации и статьей 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, а обжалуемые постановления судов апелляционной и кассационной инстанций нарушают единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права в соответствии с пунктом 1 статьи 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.<sup>1</sup>

В данном случае неверное толкование судами норм об определении подведомственности привело к достаточно серьезным неблагоприятным последствиям, в числе которых затянувшееся на длительное время судопроизводство и необходимость повторного прохождения заявителем и ответчиком судебных инстанций. Кроме того, Высшим Арбитражным Судом так и не было определено какой ветви судебной власти на самом деле подведомственен спор, поскольку дело было решено вновь направить на рассмотрение системе арбитражных судов с целью не нарушить положение статьи 46 Конституции о праве на судебную защиту. Однако в такой ситуации может оказаться нарушенным положение ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и ч. 1 ст. 47 Конституции РФ, в том

---

<sup>1</sup>По делу N А19-11023/07-27: Постановление Президиума ВАС РФ от 21.10.2008 N 7131/08 // Вестник ВАС РФ. 2009. №1.

смысле, в каком его понимают В.П.Кашепов<sup>1</sup> и В.М. Жуйков<sup>2</sup>, т.е. рассмотрение спора тем судьей и тем судом, к компетенции которых оно отнесено законом, с целью наиболее правильного и лучшего разрешения дела, отсутствия потенциальных ошибок которые может сделать суд вследствие некомпетентности.

Данная проблема на практике может вызвать и куда более пагубные последствия, например в связи с положением ст. 203 ГК РФ, о том что срок исковой давности прерывается при предъявлении иска в установленном порядке. Из этого следует, что если иск был подан в неподведомственный суд, то существует немалая вероятность истечения срока исковой давности до момента устранения ошибок, вне зависимости от того, по чьей вине они возникли и подачи иска в надлежащий суд. Получается, что ответчик может уйти от ответственности вследствие судебной волокиты, когда суд первой и апелляционной инстанции удовлетворяют материальные притязания истца, уже уверенного в положительном исходе дела, а затем кассационным судом предыдущие решения отменяются и производство по делу прекращается на основании ч. 1 ст. 150 АПК.

Именно такая ситуация произошла с ОАО «Пурпе» (далее – общество), когда общество, обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Межрегиональной коллегии адвокатов г. Москвы (далее – МКА) о взыскании неосновательного обогащения. Решениями судов первой и апелляционной инстанции иск был удовлетворен. Федеральным арбитражным судом Московского округа производство по делу было прекращено в связи с неподведомственностью дела системе арбитражных судов. Определением Высшего Арбитражного Суда было отказано в передаче дела в порядке надзора в Президиум ВАС. При этом прошло более года с момента подачи первоначального искового заявления до вынесения определения Президиумом ВАС.<sup>3</sup> Вследствие этого у общества осталась возможность взыскать неосновательное обогащение лишь в той части, в которой оно было получено МКА за период в 3 года, предшествующих моменту обращения с тем же иском в суд общей юрисдикции.

Таким образом, судебные ошибки и заблуждение истца относительно компетентного суда, совершенно не заслужено привели к серьезным санкциям и финансовым потерям.

С недавних пор решение подобных проблем получило развитие и в некотором отношении прецедентное закрепление в практике арбитражных судов. В соответствии с Постановлениями Президиума ВАС РФ от 06.10.2009 №7029/09 и 7044/09, арбитражным судам надлежит рассматривать по их мнению неподведомственные дела в соблюдение ст. 46 Конституции РФ, только если лицо не смогло добиться разрешения данного спора в системе судов общей

---

<sup>1</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации/ Под ред. Л.А. Окунькова. М.: БЕК. 1996. С. 208.

<sup>2</sup> Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут. 2006. С. 12.

<sup>3</sup> Определение ВАС РФ от 03.06.2010 N ВАС-1760/10 по делу N А40-37153/08-28-300// Документ опубликован не был [взято из СПС Консультант Плюс]

юрисдикции и использовало средства по обжалованию определения об отказе в принятии заявления.<sup>1</sup>

Небезынтересным является тот факт, что согласно ч. 1 ст. 22 ГПК, исключительно к ведению судов общей юрисдикции отнесено рассмотрение и разрешение дел по спорам, возникающим из семейных правоотношений, однако даже по этим категориям дел возникают споры о подведомственности, в результате чего в судебной практике семейные дела иногда становятся предметом рассмотрения арбитражных судов.<sup>2</sup> В большинстве случаев, арбитражными судами неверно определяется природа спора, как спора из семейных правоотношений, на самом деле носящих другой характер. Можно привести в качестве примера случай из судебной практики, когда истица обратилась в Арбитражный суд Камчатского края с иском о признании права на 44 доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью (далее – ООО). Свои требования основывала на том, что в соответствии со ст. 33, 35 СК РФ ей принадлежит половина доли супруга в уставном капитале ООО, а совершенная им сделка по отчуждению этой доли является ничтожной. Судами первой и апелляционной инстанций дело было прекращено по мотиву неподведомственности. При этом суды руководствовались Пунктом 2 статьи 225.1 АПК РФ исключая из юрисдикции арбитражных судов споры, возникающие в связи с разделом наследственного имущества или разделом общего имущества супругов, включающего в себя акции, доли в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ.

Тем не менее, Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа постановил направить на новое рассмотрение в Арбитражный суд Камчатского края, поскольку данный спор не может рассматриваться как спор о разделе наследственного имущества и общего имущества супругов, так как истец просит восстановить его нарушенное право владения спорными долями, а является корпоративным и относится к исключительной подведомственности арбитражных судов.<sup>3</sup>

Помимо корпоративных, большое количество противоречий в определении подведомственности вызывают дела об административных правонарушениях и налоговые споры.<sup>4</sup> Кроме этого, в исследованиях описывают трудовые дела, которые хотя и отнесенные к исключительной компетенции судов общей юрисдикции, но, тем не менее, иногда становятся предметом рассмотрения арбитражных судов.<sup>5</sup>

Проанализировав обозначенные проблемы и судебную практику, можно сделать вывод, что основной причиной их появления является своеобразие, сложность и динамизм процессуальных правоотношений, из-за чего законодатель не всегда успевает предвидеть возникновение нормативно

---

1 См.: Любченко М.Я. Реализация права на справедливое судебное разбирательство при обращении в арбитражный суд: проблемы и перспективы // Закон. 2010. №9. С. 79-80.

2 См.: Зайцев Р.В. Практика арбитражных судов по рассмотрению неподведомственных дел // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. №12. С. 28 - 32.

3 По делу № А24-5342/2010: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 15.06.2011 N Ф03-2296/2011 // Документ опубликован не был [взято из СПС Консультант Плюс]

4 Приходько И.А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб.: Издательство юридического факультета С.-Петербургского государственного университета, 2005. С. 231.

5 См.: Зайцев Р.В. Практика арбитражных судов по рассмотрению неподведомственных дел // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. N 12. С. 28 - 32.

неурегулированных ситуаций, не может отнести непосредственно каждое основное отношение к ведению соответствующей ветви судебной власти и поэтому вполне логично распределяет их по группам исходя из видовых, родовых признаков и других критериев, поэтому неизбежно соприкосновение различных правовых сфер и возникновение трудностей в правоприменении, порождающих судебные ошибки.

Исходя из того, что знание права не является предпосылкой права на обращение в суд, а физические лица в определенных случаях вынуждены защищать свои права в арбитражных судах, вследствие того что определение подведомственности вызывает большие затруднения не только у рядовых участников судопроизводства но и у самого правоприменителя, то было бы логичным устранение нормативного закрепления столь обуславливающей роли правильного определения подведомственности лицомобращающимся в суд. Немаловажен опыт в этой сфере таких стран как Великобритания и Германия, где, как и в Российской Федерации действуют самостоятельные судебные ветви, но тем не менее не разграничиваются понятия подведомственности и подсудности. Нормативное отождествление последствий неверного определения подведомственности с последствиями неверного определения подсудности принесло бы больше пользы, нежели вреда.

Поскольку подобные изменения законодательства пока серьезно не рассматривается, думается что правоприменитель мог бы дать толкование закрепленного статьей 203 ГК РФ понятия «предъявление иска в установленном порядке», признав, что рассмотренное по существу дело судом первой инстанции, хотя и не подведомственное данному суду подтверждает что иск был предъявлен в установленном порядке. Лицо, заинтересованное в получении судебной защиты не должно при наличии судебной ошибки претерпевать связанные с этим неблагоприятные последствия.

## Встречный иск в гражданском процессе

Кочелорова Анна Сергеевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Встречный иск является одним из важнейших процессуальных средств защиты ответчика в гражданском процессе.

Н.И. Клейн указывает, что встречный иск – это заявленный ответчиком в уже возникшем процессе по первоначальному иску и рассматриваемый совместно с ним иск, которым ответчик предъявляет к истцу требования, служащие средством защиты против первоначального требования или связанные с ним близостью оснований<sup>1</sup>. Г.Д. Васильева в своей работе отмечает, что встречным иском считается самостоятельное исковое требование ответчика к истцу, заявленное с целью совместного рассмотрения его в одном деле с первоначальным иском, и обращение ответчика к суду за защитой своих самостоятельных требований к истцу, заявленных в уже возникшем процессе для совместного рассмотрения с первоначальным иском<sup>2</sup>.

С учетом современного нормативного регулирования встречного иска (ст. 137, 138 ГПК РФ), под ним следует понимать новое, самостоятельное требование ответчика к истцу, заявленное в том же процессе, которое рассматривается судом одновременно с первоначальным иском и по которому суд должен дать правовой ответ в судебном решении<sup>3</sup>.

Значимость встречного иска заключается в том, что совместное и одновременное рассмотрение встречного и первоначального исков экономит время суда и сторон, позволяет избежать вынесения противоречащих друг другу решений, способствует более глубокому и полному выяснению взаимоотношений сторон. Как писал еще В.И. Адамович: «Сберегая время, суд получает возможность не только разрешить два дела сразу, постановить не два, а одно общее решение, но и в то же время всесторонне выяснить, а, следовательно, и правильнее удовлетворить взаимные притязания тяжущихся»<sup>4</sup>.

При предъявлении встречного иска должны быть соблюдены не только общие требования, предъявляемые к любому иску (ст.131, 132 ГПК), но и специальные требования, установленные в ст. 138 ГПК. Из буквального значения ст. 138 ГПК следует, что при наличии любого из указанных в этой норме условий встречный иск должен быть принят в обязательном порядке (при

1 Клейн Н.И. Встречный иск в суде и арбитраже. М., 1964. С.12.

2 Васильева Г.Д. Защита ответчика против иска в гражданском судопроизводстве. Красноярск: изд-во Красноярского университета, 1982. С.83.

3 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С.331.

4 Адамович В.И. Встречный иск (к учению о зачете). СПб., 1899. С. 267.



отсутствии других препятствий к принятию данного иска по основаниям, предусмотренным в ст. 134-136 ГПК). Таким образом, решение вопроса о принятии встречного иска зависит не от усмотрения судьи, а от наличия предусмотренных законом условий, при которых допускается предъявление встречного иска.

Обратимся к зарубежному опыту в области условий принятия встречного иска.

Несмотря на то, что в иностранных судах условия принятия встречного иска различны, сложились два основных подхода. Первый из них нашел свое отражение в законодательстве США. Так, соответствии с Федеральными правилами гражданского процесса<sup>1</sup>, для разрешения всех существующих между сторонами споров в одном процессе, суд принимает все возможные встречные иски, даже из разных правоотношений и напрямую не связанные между собой, их единственная общая черта - это только субъекты спора. Вторым подходом можно продемонстрировать на примере законодательства Германии. В ГПК ФРГ закреплен лишь один критерий принятия встречного иска – усмотрение суда, при этом понятие встречного иска никак не формулируется и заранее возможные признаки взаимосвязи двух исков не оговариваются<sup>2</sup>.

Рассмотрим подробнее условия принятия встречного иска, установленные в ст. 138 ГПК.

Одним из условий, предусмотренных абз. 2 ст. 138 ГПК, является направление встречного требования к зачету первоначального требования. В.И. Адамович указывал, что, "противопоставляя первоначальному исковому требованию навстречу свое взаимное требование, ответчик предъявляет его, конечно, с той целью, чтобы получить совместное удовлетворение полностью и по своему требованию. Несомненно, что такова цель того, что называют зачет, такова цель и встречного иска<sup>3</sup>". Зачет понимается как основание прекращения встречных однородных требований. В данном случае демонстрируется связь между встречным и первоначальными исками по предмету исков, связи оснований иска здесь не требуется.

Приведем пример из судебной практики. Истец ООО предъявил иск к ответчику Б.С. о взыскании задолженности по оплате выполненных работ по договору подряда на строительство жилого дома. Ответчик Б.С. предъявил встречное требование о взыскании с ООО неустойки за нарушение установленных сроков выполнения работ, ссылаясь на то, что подрядчик неоднократно нарушал сроки выполнения работ<sup>4</sup>. В данной ситуации прослеживается однородность требований истца в первоначальном иске и ответчика во встречном иске, которая заключается в том, что истец требует погашения задолженности по договору подряда, а ответчик – выплаты неустойки. Существует связь по предмету иску – притязание о выплате денежных средств за нарушение условий договора подряда. Требование

---

1 Federal Rules of Civil Procedure. Lexis Nexis, 2001. P. 60. // [ <http://www.alllaw.com/> ].

2 Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии (с приложением ГПК ФРГ). М.: Городец, 2000. С. 140.

3 Адамович В.И. Встречный иск (К учению о зачете). СПб., 1899. С. 127 – 128.

4 Архив Пермского краевого суда за 2011 год. Дело N 33-4984.

ответчика направлено к зачету, который произойдет лишь тогда, когда суд удовлетворит оба иска.

Рассмотрим еще один пример из судебной практики, который демонстрирует рассматриваемое условие принятия встречного иска. Истец ТСЖ обратился в суд с исковым заявлением к ответчику Н. о взыскании задолженности по коммунальным услугам и членским взносам. Ответчик обратился в суд с встречным иском, в котором просил взыскать с истца необоснованно уплаченные денежные средства за охрану и парковку<sup>1</sup>. В данном случае требования истца и ответчика однородны: истец требует оплатить долг за коммунальные услуги, ответчик – возратить деньги за коммунальные услуги, которые фактически не предоставлялись. Прослеживается связь по предметам первоначального и встречного исков – притязания о выплате денежных средств за коммунальные услуги.

Далее рассмотрим условие принятия встречного иска, закрепленное в абз. 3 ст. 138 ГПК, – случай, когда удовлетворение встречного иска исключает полностью или в части удовлетворение первоначального иска. В данном случае имеет место связь по основаниям исков. Ответчик кладет в основание иска факт, опровергающий факт основания иска, заявленного истцом, но сопровождает такое возражение самостоятельным требованием<sup>2</sup>. Например, в соответствии с п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. N 15 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака" суд вправе в производстве о расторжении брака рассмотреть и встречный иск ответчика о признании брака недействительным<sup>3</sup>.

Обратимся к судебной практике. Истица Б.Е. обратилась в суд с иском к ответчику Ш.Ю. о взыскании алиментов на несовершеннолетнюю дочь. Ответчик заявил встречный иск об оспаривании отцовства, утверждая, что он не является отцом ребенка. Суд принял встречный иск к рассмотрению<sup>4</sup>. В данном случае имеется связь по основаниям исков. Истица ссылается на то, что ответчик является отцом ребенка, поскольку ребенок рожден в браке, и ответчик не выполняет обязательств по уплате алиментов на содержание ребенка. Ответчик же утверждает, что отцом ребенка не является, и требует признания записи об отцовстве недействительной. В основании встречного иска лежит факт, который опровергает факт первоначального иска, и заявляется самостоятельное требование.

Приведем еще один пример из судебной практики. Истец ОАО обратился в суд с иском к ответчику Т. о расторжении кредитного договора и о взыскании основного долга по кредитному договору. Ответчик подал встречное исковое заявление к истцу о признании кредитного договора безденежным. Судья в удовлетворении ходатайства о принятии встречного иска отказал<sup>5</sup>. Впоследствии, данное судебное решение было отменено и дело было направлено на новое судебное рассмотрение. Действительно, как следует из

1 Архив Свердловского областного суда за 2011 год. Дело N 33-3009/2011.

2 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 336.

3 О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака: Пост. ПВС РФ от 05 нояб. 1998 N 15 // БВС РФ. 1999. №1.

4 Архив Приморского краевого суда за 2011 года. Дело N 33-6569.

5 Архив Московского городского суда за 2011 год. Дело N 44г-143.

содержания первоначального иска и встречного исков, признание кредитного договора безденежным исключает возможность взыскания с истца основного долга по кредитному договору. Таким образом, было соблюдено условие принятия встречного иска, установленного абз. 3 ст. 138 ГПК. Судом первой инстанции, в свою очередь, не было произведено полное и всестороннее установление фактических обстоятельств, что привело к необоснованному отказу в принятии встречного иска.

Рассмотрим последнее условие принятия встречного иска, установленного абз. 4 ст. 138 ГПК, - случай, если между встречным и первоначальными исками имеется взаимная связь и их совместное рассмотрение приведет к более быстрому и правильному рассмотрению споров. В данном случае имеет место связь по однородности правоотношений, из которых возникают иски. Взаимосвязь заключается в общности характера материальных правоотношений, встречное требование возникает из того же или однородного правоотношения, что и требование истца, поэтому первоначальный и встречный иски основываются на ряде общих юридических фактов<sup>1</sup>. Встречные иски с данным типом связи не направлены к зачету и не влекут отказ в первоначальном требовании. Вопрос о принятии встречных исков такого рода должен решаться в зависимости от однородности отношений, из которых возникают первоначальный и встречный иски, а также влияния их совместного рассмотрения на быстрее разрешение спора по первоначальному иску. Также, для того, чтобы встречный иск был принят судом на основании рассматриваемого условия, необходимо убеждение суда в том, что одновременное рассмотрение требований приведет к более быстрому и правильному разрешению споров.

Приведем пример из судебной практики. Истец О.А. обратился в суд с иском к ответчице О.Н. о расторжении брака. Ответчица обратилась со встречным иском к истцу, в котором просила разделить совместно нажитое в браке имущество. Суд принял встречный иск к рассмотрению<sup>2</sup>. В данном случае первоначальный и встречный иски основываются на общем юридическом факте – брак между истцом и ответчицей. Встречное требование, как и требование истца, возникло из одного правоотношения – правоотношение по поводу брака. Данные иски не опровергают друг друга, т.е., например, если удовлетворяется иск о расторжении брака, то это не исключает удовлетворения встречного иска о разделе совместно нажитого имущества. Таким образом, существуют все необходимые предпосылки для принятия встречного иска на основании абз.4 ст. 138 ГПК.

Также, необходимо отметить, что отказ в принятии встречного иска по мотивам отсутствия условий, предусмотренных в ст. 138 ГПК не является препятствием для реализации права на обращение за судебной защитой путем предъявления самостоятельного иска и возбуждения по нему другого производства. Данное положение сформулировал Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 26.06.2008 N 13 "О применении норм Гражданского

1 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 336.

2 Архив Ленинградского областного суда за 2011 год. Дело N 44г-22/2011.

процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении и разрешении дел в суде первой инстанции"<sup>1</sup>.

Таким образом, встречный иск имеет большое значение для гражданского процесса. Он обеспечивает равенство процессуальных прав и обязанностей истца и ответчика, является одной из важных гарантий правильности разрешения спора. Для того, чтобы избежать ошибок и необоснованных отказов в принятии встречного иска, суду необходимо в каждом конкретном случае тщательно рассматривать фактические обстоятельства спора и выяснить, имеются ли условия для принятия встречного иска.

---

<sup>1</sup> О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении и разрешении дел в суде первой инстанции: Пост. ПВС РФ от 26 июня 2008 № 13 // БВС РФ. 2008. № 10.

**Отмена судебного постановления суда общей юрисдикции или арбитражного суда либо постановления государственного органа или органа местного самоуправления, послуживших основанием для принятия судебного постановления по данному делу, как основание для пересмотра судебных постановлений (актов), вступивших в законную силу, по новым обстоятельствам**

Любченко Максим Янович,  
аспирант кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Новые обстоятельства как основания для пересмотра судебных постановлений (актов)<sup>1</sup>, вступивших в законную силу, были введены в главу 42 ГПК РФ<sup>2</sup> Федеральным законом от 09 дек. 2010 г. № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»<sup>3</sup>, вступившим в силу с 01 янв. 2012 г. Годом ранее вступил в силу Федеральный закон от 23 дек. 2010 г. № 379-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации»<sup>4</sup>, внесший соответствующие изменения в главу 37 АПК РФ<sup>5</sup>.

В действующей редакции ч. 1 ст. 392 ГПК РФ (ч. 1 ст. 310 АПК РФ) судебные постановления, вступившие в законную силу, могут быть пересмотрены по вновь открывшимся или новым обстоятельствам. Их легального определения законодательство не содержит, однако понятие и правовая природа вновь открывшихся обстоятельств были детально исследованы как в учебной<sup>6</sup>, так и в научной литературе<sup>7</sup>. В то же время комплексных исследований новых обстоятельств до настоящего времени не проводилось. При подготовке настоящей статьи автор опирался на уже

---

1 Обратим внимание на то, что в АПК РФ и ГПК РФ по отношению к актам, принимаемым судом, используется различная терминология: в ГПК РФ в качестве родового понятия используется термин судебные постановления, в АПК РФ – судебные акты.

2 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 14 ноября. 2002 г. № 138-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

3 О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 09 дек. 2010 г. № 353-ФЗ // СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6611.

4 О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 23 дек. 2010 г. № 379-ФЗ // СЗ РФ. 2010. № 52 (ч. 1). Ст. 6994.

5 Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

6 Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М.: Пбюл Гриженко, 2011. Гл. 22; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушников. М.: Городец, 2007. Гл. 31; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М.: Норма, 2007. Гл. 11; Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. Ярославль: Изд-во И.К. Гассанова, 1912. С. 237. Гл. 9.

7 Алиев Т.Т. Производство по пересмотру судебных постановлений ввиду вновь открывшихся обстоятельств: Дисс. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2005; Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М.: Городец, 2005. С. 17-18; Зайцев И.М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1985. Гл. 5; Морозова Л.С. Пересмотр судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам. М.: Гос. издат. юрид. лит., 1959; Резуненко А.Н. Пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу, по вновь открывшимся обстоятельствам как стадия гражданского процесса: Дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001; Решетникова И.В. Новации в регулировании пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам // Закон. 2008. № 4. С. 81-87; Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. Гл. 11; Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. М.: Волтерс Клувер, 2007. Гл. 5; Курс советского гражданского процессуального права Т. 2 / под ред. А.А. Мельникова. М.: Наука, 1981. С. 307-315.

опубликованные труды ученых, в которых нашли свое отражение отдельные аспекты изучаемого явления<sup>1</sup>. Кроме того, анализу были подвергнуты разъяснены, данные высшими судебными инстанциями<sup>2</sup>.

Согласно п. 2 ч. 2 ст. 392 ГПК РФ (п. 2 ч. 2 ст. 311 АПК РФ) новыми являются обстоятельства, возникшие после принятия судебного постановления и имеющие существенное значение для правильного разрешения дела, т.е. способные повлиять на выводы суда при принятии судебного акта (п. 4 Пост. Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам» (далее – Постановление Пленума ВАС РФ № 52)). В ГПК РФ (ч. 4 ст. 392) и АПК РФ (ч. 3 ст. 311) исчерпывающим образом сформулированы пять групп новых обстоятельств, одним из которых является отмена судебного постановления суда общей юрисдикции или арбитражного суда либо постановления государственного органа или органа местного самоуправления, послуживших основанием для принятия судебного постановления по данному делу.

Данное основание для пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений (актов) по новым обстоятельствам предусмотрено п. 1 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ (п. 1 ч. 3 ст. 311 АПК РФ) и включает в себя два самостоятельных подвида: 1) отмена акта судебного органа и 2) отмена акта несудебного органа (акта государственного органа или органа местного самоуправления)<sup>3</sup>, послуживших основанием для принятия судебного постановления по данному делу.

Рассмотрим подробнее.

Отмена *акта судебного органа* (постановления суда общей юрисдикции или арбитражного суда) как основание для пересмотра вступившего в законную силу судебного постановления (акта) в порядке п. 1 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ (п. 1 ч. 3 ст. 311 АПК РФ) взаимосвязана с чч. 2-3 ст. 61 ГПК РФ (чч. 2-3 ст. 69 АПК РФ), согласно которым обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным постановлением по ранее рассмотренному делу, обязательны для суда, и объясняется проявлением такого свойства законной силы судебного

---

1 Анишина В.И. Проблемы применения российскими судами решений Европейского суда по правам человека // Международное публичное и частное право. 2008. № 2. С. 14-17; Ануфриева Л.П. Обращение в Европейский Суд по правам человека: международно-правовой и процессуальный аспекты // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. 2001. № 5. С. 82-90; Воронцова И.В. Право на обращение в Европейский Суд по правам человека в соответствии со ст. 46 Конституции РФ и влияние решений ЕС на национальное процессуальное законодательство // Научные труды РАЮН. В 3-х томах. М.: Юрист, 2009. Вып. 9. Т. 2. С. 1000-1004; Ершов В.В. Прецеденты толкования Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. № 1(9). С. 22-33; Ковалева Е.В. Новые правила пересмотра по новым и вновь открывшимся обстоятельствам // Арбитражная практика. 2011. № 3. С. 54-57; Султанов А.Р. Влияние решений Европейского Суда по правам человека на отправление правосудия в России через призму дела «Сутяжник против России» // Закон. 2009. № 11. С. 90-101; Он же. О пересмотре судебных актов судов общей юрисдикции в качестве принятия индивидуальных мер, необходимых для исполнения Россией постановлений Европейского Суда по правам человека // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 6. С. 24-27; Он же. Совершенствование ГПК РФ в свете решений Европейского Суда по правам человека // Российский юридический журнал. 2008. № 6. С. 107-114.

2 По делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.А. Дорошка, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой: Пост. КС РФ от 26.02.2010 № 4-П // Вестник КС РФ. 2010. № 3; О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам: Пост. Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 52 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9; О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации: Пост. Пленума ВС РФ от 10 окт. 2003 г. № 5 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12; О судебном решении: Пост. Пленума ВС РФ от 19 дек. 2003 г. № 23 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2; Об основных положениях, применяемых Европейским Судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие: Информ. письмо ВАС РФ от 20 дек. 1999 № С1-7/СМП-1341 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 2.

3 Обратим внимание на различие терминологии ГПК РФ и АПК РФ: если ГПК РФ говорит об отмене постановления государственного органа или органа местного самоуправления, то АПК РФ – об отмене постановления другого органа.

решения как его преюдициальность<sup>1</sup>. Последнее было детально исследовано в литературе<sup>2</sup> и выражается в том, что все субъекты, которые сталкиваются с необходимостью познать факты и правоотношения, уже установленные судом, обязаны воспринять их из судебного решения как существующие и положить в основу своей деятельности<sup>3</sup>. В свою очередь, отмена преюдициального решения означает, что постановленное на его основе судебное постановление также не может быть оставлено в силе.

Обратим внимание на справедливое суждение А.Н. Резуненко и Л.А. Тереховой, согласно которому пересмотр по этому основанию может быть произведен только в том случае, когда отмененные акты действительно были положены в основу решения<sup>4</sup>, ведь не исключена ситуация, когда новый судебный акт не является противоположным по содержанию (например, решение суда отменено по одному из безусловных оснований, и по результатам повторного рассмотрения дела судом апелляционной инстанции принято аналогичное по существу решение). В этом случае не будет и оснований для пересмотра.

Сделанный вывод находит свое подтверждение в судебной практике, о чем свидетельствует п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 52, согласно которому судебный акт может быть пересмотрен по новым обстоятельствам в связи с отменой судебного акта арбитражного суда или суда общей юрисдикции только в том случае, если отмененные акты действительно послужили основанием для принятия судебного акта арбитражного суда по данному делу. По нашему мнению, это позволяет сделать вывод о том, что новым обстоятельством является в данном случае не отмена преюдициального судебного акта сама по себе, а лишение юридической силы положенных в основу нового судебного постановления (акта) преюдициальных фактов.

В этой связи следует иметь в виду, что обязательными для других гражданских дел являются сформулированные в первом решении а) выводы о наличии или отсутствии в действительности юридических фактов, представляющих собой основание спорного правоотношения сторон; б) выводы о действительных субъективных правах и обязанностях сторон; в) приказ суда, основанный на этих выводах, об исполнении ответчиком лежащих на нем обязанностей либо, наоборот, об отсутствии таковых обязанностей у ответчика<sup>5</sup>. В свою очередь, правила о преюдициальности не распространяются на правовую квалификацию. Это означает, что суд не связан выводами других судов о правовой квалификации рассматриваемых отношений и толковании правовых норм, на что обращено внимание, в частности, в постановлениях

1 Афанасьев С.В. О пересмотре судебных актов по гражданским делам в связи с применением нормативных актов с обратным эффектом // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 2. С. 13-17; Сахнова Т.В. Указ. соч. С. 675.

2 Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1974 // Избранные труды. Краснодар: Совет. Кубань, 2006; Карданец А.В. Преюдиции в российском праве. Проблемы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002; Малых Е.Г. Проблемы преюдиции в гражданском и арбитражном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005; Звягинцева Л.М., Плюхина М.А., Решетникова И.В. Доказывание в судебной практике по гражданским делам: учебно-практическое пособие. М.: Норма-Инфра, 2000.

3 Сахнова Т.В. Указ. соч. С. 455.

4 Резуненко А.Н. Указ. соч. С. 91-92; Терехова Л.А. Сложности в применении арбитражным судом некоторых оснований для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 4. С. 19-22.

5 Алиев Т.Т. Применение преюдициальных актов при рассмотрении судами гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 11. С. 6-10.

Президиума ВАС РФ от 17 июля 2007 г. № 11974/06<sup>1</sup>, ФАС Уральского округа от 14 авг. 2007 г. по делу № А50-4681/07<sup>2</sup>.

Сделанный вывод может иметь значение, например, при рассмотрении арбитражными судами дел о привлечении арбитражных управляющих к административной ответственности, предусмотренной ч. 3 ст. 14.13 КоАП РФ<sup>3</sup>, по протоколам об административных правонарушениях, составленным на основании установленных в деле о несостоятельности (банкротстве) нарушений требований законодательства о несостоятельности (банкротстве). Думается, что в этом случае отмена судебного акта, вынесенного в рамках рассмотрения дела о несостоятельности (банкротстве), в котором содержится вывод о нарушении арбитражным управляющим соответствующих норм законодательства и на основании которого административным органом составлен протокол об административном правонарушении, не является основанием для пересмотра по новым обстоятельствам решения суда о привлечении арбитражного управляющего к административной ответственности по ч. 3 ст. 14.13 КоАП РФ.

В свою очередь, относительно природы оснований для пересмотра по новым обстоятельствам ввиду отмены *акта несудебного органа* в литературе высказано три диаметрально противоположных подхода. Так, согласно первому из них, сформулированному и обоснованному Т.Т. Алиевым, факты, установленные государственными органами и органами местного самоуправления по вопросам альтернативной подведомственности, не оспоренные в суде и приобретшие силу закона, также являются преюдициальными, а потому их природа аналогична фактам, установленным в судебном решении<sup>4</sup>.

С этим утверждением вряд ли возможно согласиться, поскольку преюдициальность является одним из свойств законной силы судебного решения, на что прямо указывает законодатель, не называя в ст. 61 ГПК РФ и ст. 69 АПК РФ в числе актов, обладающих преюдициальными свойствами, акты несудебных органов. Более того, даже если следовать подходу Т.Т. Алиева, то придется признать, что суд связан фактами, установленными в постановлении государственного органа или органа местного самоуправления, и должен признать их существующими. Однако далее сам ученый приходит к противоположному выводу, указывая, что, если суд, рассматривающий гражданское дело, придет по своему внутреннему убеждению к выводу, что преюдициальный акт является незаконным, он не вправе обосновывать свое решение установленными в нем фактами<sup>5</sup>.

Согласно второму подходу, факты, установленные актом несудебного органа, преюдициального значения не имеют, а потому объединение их в одно основание для пересмотра судебных постановлений (актов) по новым обстоятельствам искусственно и свидетельствует о неудачной законодательной

1 Архив Арбитражного суда Волгоградской области за 2006 г. Дело № А12-2463/06-с42.

2 Архив Федерального арбитражного суда Уральского округа за 2007 г. Дело № А50-4681/07.

3 Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: ФЗ РФ от 30 дек. 2001 г. № 195-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

4 Алиев Т.Т. Применение преюдициальных актов при рассмотрении судами гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 11. С. 6.

5 Там же.



конструкции анализируемой статьи. По мнению Т.А. Фесечко, это означает также и то, что факты, установленные в постановлении государственного органа или органа местного самоуправления, не являются для суда бесспорными, а потому и их отмена после вынесения судебного решения не является новым обстоятельством<sup>1</sup>.

Наиболее обоснованными представляются рассуждения В.В. Яркова, указывающего, что взаимная обязательность судебных и несудебных актов заключается в том, что в случаях, прямо предусмотренных законом, когда установление определенных фактов отнесено к исключительной компетенции несудебных органов, суд принимает установленные ими факты без доказывания, при этом подобные факты доказательствами не являются. Для суда просто закрыта возможность установления фактов в данной сфере ввиду действующих правил подведомственности<sup>2</sup>.

В этой связи полагаем, что природа оснований для пересмотра по новым обстоятельствам ввиду отмены акта несудебного органа иная: утрата этими актами юридической силы<sup>3</sup>.

Далее следует определиться, о каких постановлениях государственного органа или органа местного самоуправления идет речь в п. 1 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ. Сразу оговоримся: АПК РФ использует иную терминологию применительно к актам несудебных органов – согласно п. 1 ч. 3 ст. 311 АПК РФ новым обстоятельством является отмена постановления другого органа, послужившего основанием для принятия судебного акта по данному делу.

Полагаем, что наиболее подробные разъяснения на этот счет даны в Постановлении Пленума ВАС РФ № 52, согласно абз. 2 п. 7 которого под отменой постановления другого органа следует понимать признание судом по другому делу недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, например, о взыскании платежей и применении санкций, возложении иных обязанностей, а также в случае отмены названных актов, решений вышестоящим органом или должностным лицом в установленном порядке. При этом, как представляется, не имеет значения, был ли указанный акт сам по себе предметом рассмотрения арбитражного суда. Полагаем, что данное толкование является актуальным и применительно к правилу п. 1 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ.

Следует особо обратить внимание на то, что ранее ВАС РФ занимал противоположную позицию. Так, в абз. 2 п. 6 утратившего силу Постановления Пленума ВАС РФ от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов»<sup>4</sup> было указано, что согласно ч. 2 АПК РФ арбитражный

1 Цит. по: Афанасьев С.В. О пересмотре судебных актов по гражданским делам в связи с применением нормативных актов с обратным эффектом // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 2. С. 15.

2 Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992. С. 319.

3 Сахнова Т.В. Указ. соч. С. 675.

4 О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов: Пост. Пленума ВАС РФ от 12 марта 2007 г. № 17 // Вестник ВАС РФ. 1998. № 12.

суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного органа, органа местного самоуправления, иного органа закону, в том числе издание его с превышением полномочий, принимает решение в соответствии с законом. Поэтому, если такой акт, положенный в основу судебного акта арбитражного суда, впоследствии признан недействительным или отмене в установленном порядке как не соответствующий закону, данное обстоятельство не может рассматриваться как вновь открывшееся обстоятельство, поскольку арбитражный суд не должен был руководствоваться этим актом, а должен был принять решение в соответствии с законом. Пересмотр судебного акта в таком случае может быть произведен в апелляционном, кассационном или надзорном порядке.

Т.о., следует констатировать изменение практики ВАС РФ.

Может ли быть отмена или изменение нормативного правового акта основанием для пересмотра судебного постановления (акта) по новым обстоятельствам? Полагаем, что нет, ведь согласно ч. 2 ст. 13 АПК РФ и ч. 2 ст. 11 ГПК РФ суд, установив при рассмотрении дела несоответствие нормативного правового акта иному имеющему большую юридическую силу нормативному правовому акту, в том числе издание его с превышением полномочий, принимает судебный акт в соответствии с нормативным правовым актом, имеющим большую юридическую силу. Исключение из этого правила установлено абз. 3 п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 52, согласно которому новым обстоятельством будет являться признание нормативного правового акта недействующим с момента его принятия.

## **Судебно-психиатрическая экспертиза о признании неправомерности применения недобровольных психиатрических мер**

Молчанова Марина Сергеевна,  
студентка 3 курса прокурорско-следственного факультета  
Иркутский юридический институт (филиал)  
Академия Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:  
Кравцов Алексей Юрьевич,  
доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин  
Иркутского юридического института (филиала)  
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Что касается истории данного вопроса то следует сказать, что уже в 1988 г. в России (с принятием «Положения об условиях и порядке оказания психиатрической помощи») появилась возможность обжаловать в суд решения должностных лиц территориальных органов здравоохранения – главных психиатров. Например, главного психиатра города, области, республики (вплоть до главного психиатра Минздрава СССР). Так что с 1988 г. действия врачей-психиатров обжаловались главному психиатру, а его решения – в суд. Отмеченный порядок просуществовал до 1993 г., когда Положение от 1988 г. было отменено. Статья 47 Закона<sup>1</sup> о психиатрической помощи предоставила возможность обжалования действий, ущемляющих права граждан при оказании им психиатрической помощи, непосредственно в суд, который рассматривает дело по жалобе в порядке гражданского судопроизводства. Лицо, приносящее жалобу, вправе, но собственному выбору обратиться либо в суд, либо в вышестоящий орган (к вышестоящему должностному лицу), либо к прокурору (ч. 1 ст. 47 Закона о психиатрической помощи).<sup>2</sup>

Общий принцип этих новых для судебно-психиатрической практики экспертиз сводится к установлению соответствия действий врача-психиатра психическому состоянию освидетельствованного лица, критериям недобровольного психиатрического освидетельствования, госпитализации и постановки на учет в психоневрологический диспансер, определенным Законом о психиатрической помощи.

Для начала необходимо отметить, что существуют различные подходы к законодательству об охране психиатрического здоровья. Некоторые страны имеют специальные акты, других нормы касающиеся оказания психиатрической помощи прописаны в нескольких законодательных актах. По мнению профессора Березанцева А. Ю. оба подхода имеют свои плюсы и

<sup>1</sup> Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

<sup>2</sup> Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

недостатки.<sup>1</sup> В частности, несмотря на то, что специализированное законодательство облегчает применение оно может привести к предвзятости в отношении лиц страдающих психическими заболеваниями, поэтому необходимо применение комбинированного подхода к данной проблеме. Необходимо отметить, что законодательство в области психического здоровья должно обеспечивать баланс между правами отдельного человека и защитой общества. Так в государствах членах Европейского союза законодательство в области психиатрической помощи должно строиться на следующих принципах:

- психическое расстройство устанавливается независимой медицинской экспертизой
- для ограничения свободы психическое расстройство должно быть определённого вида и степени тяжести
- для ограничения свободы необходимо предоставить доказательства того что психическое расстройство по-прежнему имеет место

В настоящее время в цивилизованных странах к подготовке проектов законов в сфере психиатрии активно привлекаются различные неправительственные организации. Таким образом, несмотря на то, что независимый контроль необходим при оказании психиатрической помощи и является одним из проявлений демократии, многие вопросы остаются дискуссионными, законодательная база находится в развитии и конкретизации. О несовершенстве законодательства в этой сфере в РФ свидетельствуют следующие факты: участились случаи осуждения психиатров, также несоответствие некоторых положений закона международным стандартам. По мнению профессора Гуровича И. А. вся проблема заключается в том, что необходим баланс между медицинскими и юридическими факторами данного вопроса.<sup>2</sup> Весьма важным аспектом является то, что в законе в ст. 29<sup>3</sup> закреплено три критерия недобровольных форм помощи, которые по своей сути должны считаться равнозначными, однако на практике превалирует критерий опасности для себя и окружающих, что не может умалять прав лиц больных психическими заболеваниями. Профессор Полотнянко А. Н. считает, что существуют проблемы оказания помощи отдельным категориям больным психическими расстройствами, к примеру, иностранцам.<sup>4</sup> По данным исследования профессора Руженской Е. В., основанного на статистических данных выявлен недостаточный уровень знания сотрудниками психиатрической помощи законодательства о психиатрической помощи.<sup>5</sup> Некоторые специалисты в области медицины, например профессор С. В. Харитонов предложил свою модель психотерапевтического соглашения как способа решения правовых и этических проблем в данной области, где будут прописаны все права и обязанности врача психиатра и пациента, однако думается, что это может

1 Березанцев А. Ю., Вопросы совершенствования законодательной базы в аспекте недобровольной госпитализации в стационар и недобровольного психиатрического лечения/ А. Ю. Березанцев. –М.- 2009.- С. 36.

2 Гурович И. А., Обострившиеся правовые проблемы оказания психиатрической помощи / И. А. Гурович. –М. – 2010. - С. 59.

3 Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

4 Полотнянко А. Н., Проблемы оказания психиатрической помощи отдельным категориям лиц / А. Н. Полотнянко. –М. -2011. –С. 156

5 Руженская Е. В., Вопросы профессиональной и правовой грамотности специалистов при оказании психиатрической помощи / Е. В. Руженская. –М. -2009. –С. 158

привести к ещё большим злоупотреблениям<sup>1</sup>. Подводя итог вышесказанному необходимо отметить, что в связи с участвовавшими злоупотреблениями психиатрических учреждений несовершенства законодательства в этой сфере судебно-психиатрическая экспертиза о признании неправомерности применения недобровольных психиатрических мер приобретает всю большую актуальность. Что касается непосредственно тематики выбранной мной работы международный опыт также свидетельствует о затруднениях в этой сфере, к примеру, профессор Е. А. Акатова считает, что РФ много нарушает международное право.<sup>2</sup> Данное утверждение можно проиллюстрировать на примере дела "Штукатурова против Российской Федерации", когда Европейский суд, ссылаясь на ранее рассмотренное дело "Winterwerp против Нидерландов" (Постановление от 24 октября 1979 г.), отметил, что нельзя признать законной госпитализацию гражданина только согласно юридическому статусу заявителя (признание недееспособным по решению суда и медицинской истории болезни).

Следовательно, во всех случаях, принимая решение о принудительных мерах медицинского характера, в том числе помещение в психиатрическое учреждение граждан, страдающих психическими заболеваниями, необходимо не только соблюдать национальное право Российской Федерации, но и ст. 5 Конвенции.

Тем не менее, как показывает анализ судебной практики, и в настоящее время достаточно фактов незаконного ограничения прав и свобод граждан, когда в силу пограничного состояния здоровья они могут быть лишены защиты, например, от принудительного помещения в психиатрическое учреждение. Указанное, по нашему мнению, происходит только потому, что и сегодня нет эффективного механизма реализации данных правоограничений, которые бы "гарантировали строгое и четкое соответствие правоприменительной практике".

Закон о психиатрической помощи предоставил возможность обжалования действий ущемляющих права граждан при оказании им психиатрической помощи. Поскольку данные дела касаются специальных психиатрических вопросов суд в соответствии со ст. 79 ГПК РФ должен назначить судебно-психиатрическую экспертизу.

Чаще всего данная экспертиза связана с недобровольным психиатрическим освидетельствованием, недобровольной госпитализацией, недобровольной постановкой на учёт в психоневрологическом диспансере, недобровольное помещение лиц в психоневрологические диспансеры. Так согласно ст. 41 данного закона<sup>3</sup> для лиц страдающих психическими расстройствами основание служит личное заявление и заключение экспертной комиссии для лиц признанных судом недееспособными решение органа опеки и попечительства основанное на заключении врачебной комиссии. По мнению

---

1 Харитонов С. В., Правовые и этические аспекты психотерапевтического соглашения / С. В. Харитонов. – М. -2008. –С. 192.

2 Акатова Е. А., Международные стандарты в правовом регулировании оказания психиатрической помощи /Е. А. Акатова // Журнал российского права . -2009 .-№2 . –С. 4-9.

3 Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

профессора Аргуновой Ю. Н. эта норма является весьма поверхностной и на то есть веские основания.<sup>1</sup>

Во первых в законе ничего не сказано о том, что при этом необходимо учитывать особенности психического состояния лица, социально-бытовые и иные условия его жизни, необходимо определить хотя бы примерный перечень критериев которыми должен руководствоваться орган опеки и попечительства при принятии данного решения. Также в отношении недееспособного усматривается некоторое умаление его прав, поскольку при помещении его в психоневрологическое учреждение не требуется его согласия и согласия опекуна. Таким образом, можно сделать вывод о том, что лицо помещается в психоневрологический диспансер практически лишь на основании своего статуса недееспособного.

При оценке подобных дел суды должны учитывать следующие обстоятельства:

1. правовой аспект ситуации – обеспечение установленных Законом о психиатрической помощи процедур и соблюдение законодательных критериев для применения психиатрических мер. В качестве примера можно привести п. 2 ст. 29 закона<sup>2</sup> о психиатрической помощи в котором говорится о том, что существуют специальные случаи, в которых необходимо проведение медицинской экспертизы в частности при совершении лицом общественно опасного деяния.

2. медицинский аспект – установление факта, что данное лицо, к которому медицинские меры были применены, действительно страдает психическим расстройством определённой тяжести и действительно нуждается в лечении. К данному аспекту относятся в частности клинические характеристики состояния испытуемого лица. К ним относятся ведущий психопатологический синдром. По мнению Россинской важнейшим критерием при определении данного аспекта является оценка характера и глубины выявленных психических расстройств.<sup>3</sup> При этом учитывается интеллектуальный компонент – способность понимать значение своих действий, т. е. способность к адекватному осмыслению ситуации, сохранность мнестических и критических функций, и волевой компонент – способность руководить своими действиями, т.е. способность к волевому регулированию своего поведения.

3. Социальный аспект – изучение семейных и общественных связей и отношения лица, например возможность ухода за ним обеспечение его лечением вне психиатрического стационара. Также к этому аспекту относятся трудовая занятость, трудоспособность, устойчивые связи в микросреде, склонность злоупотребления алкоголем и другими психоактивными веществами, наличие или отсутствие антисоциальных

---

1 Аргунова Ю. Н., Порядок помещения недееспособных граждан в психоневрологические интернаты: соответствие международно-правовым нормам / Ю. Н. Аргунова. –М. -2006. –С. 23.

2 Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

3 Россинская Е. Р., Судебно-психиатрическая экспертиза в административном, арбитражном и гражданском процессах. –М. -2011. –С. 239

тенденций, склонность к совершению противоправных поступков. Также анализируются социально-трудовые установки, реальная возможность к адаптации, адекватность поведения.

Предметом судебно-психиатрической экспертизы является оценка психического состояния испытуемого в эти периоды, а также оценка правильности соблюдения процедуры применения этих мер в соответствии с Законом о психиатрической помощи. При этом экспертной оценке подвергается как соответствие психиатрического состояния лица основным положениям, согласно которым к нему могли быть применены недобровольные меры медицинского характера, так и порядок осуществления недобровольного меры медицинского характера, так и порядок осуществления недобровольного освидетельствования и недобровольной госпитализации.

При рассмотрении вопроса о неправомерности недобровольного психиатрического освидетельствования в задачи судебно психиатрической экспертизы входит установление соответствия психического состояния лица указанным в законе критериям недобровольного освидетельствования, предусмотренным ч. 4 и 5 ст. 23 Закона о психиатрической помощи.<sup>1</sup> При обжаловании недобровольной госпитализации необходимо установить соответствие психического состояния лица правовым основаниям для недобровольной госпитализации, регламентированным пунктами «а», «б», «в» ст. 29 того же Закона.<sup>2</sup> В экспертном заключении должны содержаться конкретные ответы на поставленные судом вопросы, которые обычно сводятся к следующему:

1) страдает ли лицо каким-либо психическим расстройством в настоящее время и страдало ли им в период, относящийся к недобровольному психиатрическому освидетельствованию или госпитализации, если да, то каким; трудности этого вида экспертизы обусловлены тем, что зачастую приходится оценивать психическое состояние данного лица ретроспективно, на основании данных медицинской документации, показаний свидетелей, а также других, нередко скудных материалов, характеризующих личность. Все эти данные могут быть разрозненными, противоречивыми и недостаточными для заключения экспертизы, поскольку по гражданским делам не ведется предварительное следствие. Медицинская документация, в основном касается его физического состояния. Даже в тех случаях, когда эти лица находились под наблюдением психоневрологического диспансера или были консультированы психиатрами в соматической больнице, оценка их психического состояния может быть различной в различные дни консультаций и записей наблюдения. Такая неоднозначность квалификации глубины имеющихся расстройств объясняется рядом причин.. Еще более противоречива оценка психического состояния этих лиц свидетелями – родственниками, друзьями, сотрудниками и т.п. Это связано с субъективным отношением к лицу. При этом свидетели, общавшиеся с данным лицом в разное время, также описывают различное его

---

<sup>1</sup> Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

<sup>2</sup> Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

состояние, подчеркивая или, наоборот, опуская отдельные нюансы поведения, имеющие большое значение.

2) является ли имеющееся психическое расстройство тяжелым (согласно формулировке ст. 29<sup>1</sup> о недобровольной госпитализации) и при этом обуславливало ли оно в период недобровольного психиатрического освидетельствования или госпитализации непосредственную опасность лица для себя или окружающих; его беспомощность; существенный вред его здоровью вследствие ухудшения психического состояния, если лицо будет оставлено без психиатрической помощи;

3) нуждалось ли данное лицо по своему психическому состоянию в тот период в недобровольном психиатрическом освидетельствовании или недобровольной госпитализации, и если нуждалось, то вследствие каких особенностей его психического состояния;

4) способно ли данное лицо в период подачи иска понимать значение своих действий или руководить ими, а также принимать участие в судебном процессе в качестве истца, защищать свои интересы.

При решении вопроса о неправомерном установлении диспансерного наблюдения, которое изменяет правовое положение больных, задачей является определение соответствия психического состояния подэкспертного критериям установления диспансерного наблюдения, указанным в ст. 27 Закона.<sup>2</sup>

В соответствии с этим критериями в судебно-психиатрическом заключении должны быть ответы на следующие поставленные судом вопросы:

1) страдает ли данное лицо каким-либо психическим расстройством и страдало ли им на момент принятия врачебной комиссией решения об установлении диспансерного наблюдения, если да, то каким именно;

2) если установлен факт наличия психического расстройства, то является ли оно хроническим или затяжным с тяжелыми стойкими или часто обостряющимися болезненными проявлениями;

3) нуждалось ли данное лицо в период принятия рассматриваемого решения и нуждается ли в настоящее время в установлении за ним диспансерного наблюдения, если да, то почему именно.

Важным замечанием является то, что эксперты не вправе прибегать к правовым оценкам оспариваемых в суде действий. В частности, эксперты не могут именовать их «незаконными» или «неправомерными» (хотя экспертные суждения о медицинской обоснованности профессиональных действий вполне допустимы). Выходят за пределы компетенции эксперта такие характеристики врачебно-психиатрических действий, как «умышленные», «намеренные», «совершенные по небрежности», «явившиеся следствием халатного отношения к своим обязанностям» и т.п.

Эксперты-психиатры неправомерно, касаться порядка (процедурной стороны) оказания психиатрической помощи (например, вопроса о нарушении в ходе недобровольной госпитализации, установленных законом сроков психиатрического освидетельствования). Для установления подобного рода

<sup>1</sup> Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1

<sup>2</sup> Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 02.07.1992 г. №3185-1



обстоятельств психиатрические познания не нужны. Суд устанавливает их на основании других доказательств.

В завершение можно сделать следующие выводы:

- вопросы, которые ставятся перед экспертами, существенно отличаются от традиционных вопросов судебно-психиатрической экспертизы, в связи, с чем в состав комиссии нередко необходимо включать не обычных экспертов, а специалистов, занимающихся организацией психиатрической помощи, а также владеющих правовыми вопросами психиатрии.
- Перед экспертами-психиатрами в таких случаях обычно ставятся вопросы о наличии или отсутствии психического расстройства, диагнозе и синдромальной квалификации состояния. Последнее при подобных экспертизах особенно важно, так как именно оценка особенностей состояния на период применения рассматриваемой меры или принятия решения об ограничениях позволяет судить, об адекватности и обоснованности, принятых мер или выданного заключения. В данном случае возникают трудности проведения экспертизы, поскольку часто требует оценки состояния лица в ретроспективе.

## **Злоупотребление правом на обращение в суд за защитой**

Приходько Полина Вадимовна  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

В данном исследовании мы затронем проблему злоупотребления правом на обращение в суд за защитой. В науке этот вопрос рассматривался лишь вскользь, вследствие чего актуальность данной работы не вызывает сомнений. Работа будет включать в себя такие аспекты, как: определение злоупотребления правом и пределов его осуществления, рассмотрение категории осуществления права на обращение в суд за защитой, вывод о том, что же представляет из себя злоупотребление правом на обращение в суд за защитой, и в чем оно проявляется, анализ рассмотренных теоретических вопросов на конкретных примерах, а также некоторые другие положения.

Итак, категория злоупотребления правом является достаточно неоднозначной и дискуссионной. В литературе высказывалось различное понимание данной проблемы.

Так, одна группа ученых возражала против правомерности существования злоупотребления правом как правовой категории. К таковым относятся М.М. Агарков<sup>1</sup>, М.В. Самойлова<sup>2</sup> и другие. Однако их оппоненты утверждали, что злоупотребление правом не содержит внутреннего противоречия, так как употребить что-либо во вред себе или другим значит обратить хорошее для плохой цели<sup>3</sup>. Имели место в дискуссии и оригинальные взгляды на сущность злоупотребления правом, исходя из которых, данное явление является одним из звеньев в общей системе противоправной деятельности лица, в связи с чем, юридическая возможность утрачивает государственные гарантии, а вместе с тем и перестает существовать право<sup>4</sup>.

Однако наибольший вклад в разрешении этого спорного вопроса внес профессор В.П. Грибанов в своем труде «Пределы осуществления и защиты гражданских прав»<sup>5</sup>.

В указанной работе В.П. Грибанов отмечает, что понятие «злоупотребление правом» может быть использовано лишь тогда, когда управомоченный субъект обладает определенным субъективным правом. В тех же случаях, когда лицо совершает какие-либо действия, не основанные на

---

1 Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. 1946. № 6. С. 436.

2 Самойлова М.В. Осуществление права личной собственности граждан СССР // Вопросы гражданского права и процесса: Сб. науч. статей. Л.: Изд-во ЛГУ. 1969. С. 37.

3 См., напр.: Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 18.

4 См.: Ерошенко А.А. Осуществление субъективных прав в противоречии с их назначением // Правоведение. 1972. № 4. С. 31.

5 Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Статут, 2001. С. 104.

субъективном праве, говорить о злоупотреблении правом нельзя<sup>1</sup>. То же самое касается и ситуации, когда, лицо, обладая определенным субъективным правом, в своем поведении выходит за границы содержания принадлежащего ему права. Всякое субъективное право это не только мера возможного поведения, но также и мера поведения, дозволенного управомоченному лицу законом. Независимо от того, возникает ли субъективное право помимо воли управомоченного субъекта или в результате волевых действий самого управомоченного, содержание его всегда предопределено законом, который либо прямо предписывает управомоченному лицу определенное поведение, либо его санкционирует. Если содержание субъективного гражданского права может быть охарактеризовано как общий тип возможного поведения управомоченного лица, санкционированный объективным правом, то содержание процесса его осуществления сводится к совершению управомоченным лицом реальных, конкретных действий, в которых находят свое выражение как воля самого управомоченного лица, так и специфические особенности данного конкретного случая. Таким образом, вопрос о наличии или отсутствии злоупотребления правом может быть решен, прежде всего, в зависимости от соотношения между санкционированным законом общим типом возможного поведения управомоченного лица и тем его конкретным поведением, которое он предпринимает в целях реализации своего субъективного права<sup>2</sup>.

Злоупотребление правом имеет место быть, когда управомоченный субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права. Однако для комплексного понимания этой категории необходимо установить помимо того, что злоупотребление правом есть нарушение пределов осуществления субъективного гражданского права, еще и что из себя представляют эти самые пределы.

Так, М. М. Агарков считал, что в гражданском законодательстве следует устанавливать такие границы осуществления гражданских прав, которые запрещали бы шикану, т. е. действия, совершаемые с исключительной целью причинить вред другому лицу<sup>3</sup>. В.П. Грибанов же полагает, что сведение пределов осуществления права только к осуществлению прав в соответствии с их назначением представляется неправильным, так как, само по себе осуществление субъективных гражданских прав, хотя в конечном счете и преследует достижение определенной дозволенной законом цели, не сводится только к этому, а включает в себя также и использование того или иного способа его реализации, использование определенных средств самозащиты права, обращение к компетентным органам с требованием его принудительного осуществления и защиты<sup>4</sup>.

Особенность злоупотребления правом состоит в том, что оно возникает на базе осуществления субъективного права, т. е. на базе дозволенного законом

---

1 Гурвич М.А. Право на иск. М., 1949 // Избранные труды. Т. I. Краснодар: Совет. Кубань, 2006. С. 64.

2 Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Статут, 2001. С. 106.

3 Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. 1946. № 6. С. 436.

4 Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Статут, 2001. С. 105.

поведения. При этом обязанность управомоченного лица состоит в том, чтобы не нарушать пределов осуществления права<sup>1</sup>.

Таким образом, злоупотребление правом составляет особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения<sup>2</sup>.

Указанное понимание злоупотребления правом как особого вида правонарушения по сей день является самым распространенным подходом, так как оно выявляет специфику указанной категории, отграничивая ее от простого нарушения правовых норм.

Относительно права на обращение в суд современное процессуальное законодательство закрепляет в статье 3 ГПК РФ, что каждое заинтересованное лицо имеет право на обращение в суд за защитой нарушенных либо оспариваемых прав, свобод или законных интересов. В статье 4 АПК РФ также говорится, что заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

В отношении права на обращение в суд за защитой в научной литературе также не высказывалось единого подхода к пониманию этой категории. Известный русский процессуалист Е.А. Нефедьев полагал, что в обращении к суду с просьбой о судебной защите осуществляется не право защищать судебным порядком данное субъективное гражданское право, а лишь способность обладать последним<sup>3</sup>. Так, Е.А. Нефедьев связывал категорию обращения в суд за защитой с правоспособностью лица.

М.А. Гурвич предлагал понимать под правом обращения к суду по гражданскому спору широкую, соответствующую общей функции государства по правосудию по гражданским делам возможность, предоставленную гражданам, пользоваться правосудием, обращаться за ним<sup>4</sup>.

В советский период выделился ряд ученых, к числу которых относились К.С. Юдельсон<sup>5</sup>, К.И. Комиссаров<sup>6</sup> и др., которые отождествляли иск с категорией обращения к суду за защитой права или охраняемого законом интереса. Право на обращение за судебной защитой, (а также право на предъявление иска), они понимали как составляющие права на иск.

На современном этапе выделяется позиция Т.В. Сахновой, которая отражает в себе нормативные изменения, произошедшие за последний период.

Так, Т.В. Сахнова полагает, что право на судебную защиту включает в себя и право на обращение за ней. При этом при реализации права на судебную защиту в процессуальных отношениях, право на обращение в суд за защитой отделяется и становится элементом реализации судебной защиты. Реализация права на обращение в суд – это юридический факт для начала реализации права

1 Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С.75.

2 Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Статут, 2001. С. 106.

3 Нефедьев Е.А. Учение об иске. Казань, 1895 // Избранные труды по гражданскому процессу. Краснодар: Совет. Кубань, 2005. С. 64 - 65.

4 Гурвич М.А. Право на иск. М., 1949 // Избранные труды. Т. I. Краснодар: Совет. Кубань, 2006. С. 64.

5 Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат, 1956. С. 159 - 160.

6 Комиссаров К.И. Право на иск и прекращение производства по гражданскому делу // Ученые труды Свердл. юрид. ин-та, 1969. С. 160.

на судебную защиту, т.е. волеизъявление заинтересованного лица, которому корреспондируют определенные действия суда, в результате чего возникает процесс по защите конкретного субъективного права или законного интереса<sup>1</sup>.

Исходя из всего вышесказанного, мы можем сделать вывод, что злоупотреблением правом на обращение в суд за защитой будет выступать ни в коем случае не само обращение лица в суд, а способ реализации данного права. Право защиты интересов лица не может осуществляться с целью причинения вреда другому лицу, то есть в целях шиканы. Такой способ будет считаться противоправным, поскольку произойдет выход за пределы права данного лица, и соответственно, осуществится злоупотребление.

Шикана в российском праве предусматривается в статье 10 ГК РФ, хотя законодательного определения в ней не дается. Так, под шиканой понимается такой способ злоупотребления правом, который имеет своей целью причинить вред другому лицу.

Данный термин был заимствован российской доктриной из германской правовой науки XIX века. Так, в Германском гражданском уложении 1900 г. говорилось, что «недопустимо осуществление права исключительно с целью причинения вреда другому»<sup>2</sup>.

Наибольший интерес для данного исследования представляет французский правовой опыт, ведь идея *abus de droit* (фр. злоупотребления правом) окончательно сформировалась именно во Франции.

В ст. 4, 11 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. сформулирован общий принцип осуществления субъективных прав: «Свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вред другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами». Однако законодательного закрепления пределов осуществления прав произведено не было. Тогда - то французские правоприменители и ввели термин «шикана». Судьям требовалась нормативная основа для мотивированного вынесения решений. В этой связи одни руководствовались известным правилом генерального деликта, рассматривая шикану в качестве такового (ст. 1382 Французского гражданского кодекса). Согласно положениям данной статьи «всякое действие человека, которое причиняет вред другому, обязывает того, по вине которого это ущерб произошел, к возмещению ущерба». Другие, не признавали шикану деликтом, возлагая на управомоченное лицо обязанность возместить причиненный «неумеренным пользованием» ущерб<sup>3</sup>.

Для уяснения данных теоретических положений можно привести два ярких примера рассмотренного способа злоупотребления, т.е. шиканы. Так, наглядной иллюстрацией будет ситуация, когда во время избирательной кампании в отношении одного из кандидатов в депутаты подается иск об установлении отцовства. При этом лицо, заявляющее соответствующие

1 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008 г. С.285 - 287.

2 См. об этом, напр.: Порошникова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 80.

3 Там же.

требования, заведомо знает, что этот кандидат отцом ребенка не является. Таким образом, целью подачи иска является не защита нарушенного права, а причинение максимальных неприятностей ответчику (антиреклама в СМИ). Соответственно, способ реализации права истца неправомерен.

Еще один пример, когда лицо, имеющее в частном доме долю собственности, однако не обладающее заинтересованностью в ее использовании, в силу того, что ему принадлежит другое благоустроенное жилье, в котором он проживает, желает доставить неудобства другим собственникам и заявляет требование о разделе дома в натуре. В результате этого жилищные условия остальных собственников существенно ухудшаются, стоимость долей обесценивается, новая местность не отвечает их интересам<sup>1</sup>.

В научной литературе помимо понятия «злоупотребление правом на обращение в суд» упоминается и термин «недобросовестное использование права на обращение в суд». Оно обозначается, в частности, в работе А.В. Юдина, который проводит классификацию форм недобросовестного предъявления иска, в соответствии с которой они подразделяются на иски с пороком цели, времени, повода предъявления иска, субъекта, основания, формы иска, волеизъявления истца и искового требования в целом<sup>2</sup>.

В заключении хотелось бы подытожить, что несмотря на законодательное закрепление права на обращение в суд за защитой, данная категория в научной литературе является достаточно дискуссионной. В ходе исследования мы пришли к выводу, что реализацией права на судебную защиту является волеизъявление заинтересованного лица, которому корреспондируют определенные действия суда, благодаря чему возникает процесс по защите конкретного субъективного права или законного интереса. При выходе за пределы этого права происходит злоупотребление им. Само же злоупотребление мы рассматриваем как специфический тип гражданского правонарушения, совершаемый носителем права при его осуществлении с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения. В нашем случае такой недозволенной формой будет шикана, реципированная из законодательств других стран, в частности Германии и Франции. Таким образом, учет особенностей рассматриваемых в указанной работе гражданско-процессуальных категорий может способствовать установлению подлинного равноправия сторон в процессе и защите ответчиков от недобросовестных истцов.

---

<sup>1</sup> Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб.: Издательский Дом С. - Петерб. гос. ун-та, 2005. С. 197.

<sup>2</sup> Там же.

**О правовой природе производства по рассмотрению дел о  
присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в  
разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок**

Салинников Виктор Юрьевич,  
студент 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ.

На современном этапе развития права каждое государство, претендующее называть себя правовым, предполагает наличие такого правового режима, при котором государство не только провозглашает признание и соблюдение прав и свобод человека и гражданина, но и обеспечивает гарантиями защиты прав и свобод.

Согласно статье 1 Конституции Российской Федерации Россия признается правовым государством. Как правовое государство Российская Федерация обязуется признавать, соблюдать, и защищать права и свободы человека и гражданина как высшую ценность. Статьей 46 Конституции Российской Федерации гарантируется каждому судебная защита прав и свобод.

Вместе с тем, практика рассмотрения гражданских дел российскими судами свидетельствует о том, что в немалочисленных случаях провозглашенное Конституцией Российской Федерации право на судебную защиту при его реализации становится иллюзорным и не приводит к достижению желаемого результата – защиты прав и свобод.

Одной из причин такой действительности является несвоевременность судебной защиты, выражающаяся в нарушении сроков судопроизводства и систематическом неисполнении судебных актов, вступивших в законную силу. Здесь следует отметить, что само по себе нарушение сроков осуществления судопроизводства, исполнения судебных актов, установленных законодательством, не дезавуирует судебную защиту.

Законодатель устанавливает, руководствуясь здравым смыслом, оптимальные сроки осуществления судопроизводства, исполнения судебных актов, учитывая, с одной стороны, что данная деятельность осуществляется людьми, что требует определенных временных затрат, с другой стороны, что судебная защита должна предоставляться в максимально кратчайшие сроки. Иными словами законодатель устанавливает с его точки зрения разумные сроки для осуществления правосудия. Вместе с тем, законодательно установленные сроки осуществления правосудия не могут являться абсолютным стандартом для рассмотрения всех гражданских дел, так как объективно для рассмотрения каждого конкретного дела требуются разные временные периоды, что обусловлено различной сложностью дел, объемом доказательств, кругом

исследуемых обстоятельств, субъектным составом, необходимостью осуществления определенных процессуальных действий и др. Также и исполнение судебных актов по различным делам в одном случае осуществляется в более краткие сроки, в другом – в более длительные сроки. Разумеется, при таких обстоятельствах неизбежно нарушение судами и органами, осуществляющими исполнение судебных актов, сроков осуществления судопроизводства и сроков исполнения судебных актов. Но важно здесь заметить, что нарушение установленных сроков должно быть разумным в допустимых пределах.

Согласно статье 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 4.11.1950), ратифицированной Федеральным законом от 30.03.1998 № 54-ФЗ, каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок. За период своей многолетней практики Европейский суд по правам человека в своих постановлениях не раз давал толкование названной статье<sup>1</sup>. Согласно правовой позиции Европейского суда по правам человека правосудие отвечает принципу справедливости в том случае, если разрешение дела судом и исполнение окончательного судебного акта осуществляется в разумный срок; главной целью закрепления требования разумности срока фактической реализации права на суд выступает максимально возможное сокращение продолжительности состояния «правовой неопределенности»<sup>2</sup>. При таком подходе реализация права на судебную защиту может обеспечить реальную защиту прав и свобод, с такой позицией Европейского суда по правам человека сложно не согласиться. Таким образом, превышение разумных сроков рассмотрения дел в судах, неисполнение принятых судебных актов в разумный срок рассматривается Европейским судом как нарушение закрепленного статьей 6 Конвенции права на справедливое судебное разбирательство<sup>3</sup>.

Так, в отношении Российской Федерации Европейским судом по правам человека было принято постановление по делу Бурдова<sup>4</sup>, в котором Российская Федерация обзывалась создать эффективное средство правовой защиты – комплекс мер, направленных на предотвращение нарушения права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок. Осознание поставленной проблемы до этого имело место и на национальном уровне, но предпринимавшиеся меры ограничивались лишь разъяснениями высших судов. Так, например, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 года № 52 "О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях"<sup>5</sup> отмечалось, что несоблюдение сроков рассмотрения уголовных, гражданских дел и дел об административных

1 См.: постановление ЕСПЧ от 05.10.2006 г. по делу «Волович» против России»; от 15.07.2002 г. по делу «Калашников против России» // [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

2 См.: Глазкова М.Е. Компенсация за нарушение разумного срока в арбитражном процессе: цели внедрения и проблемы правоприменения // Адвокат. 2010. № 9. С. 36.

3 Там же.

4 См.: постановление ЕСПЧ от 15.01.2009 г. по делу «Бурдов против Российской Федерации № 2» // Российская хроника Европейского суда. Приложение к Бюллетеню Европейского суда по правам человека. Специальный выпуск. 2009. № 4. С. 79-106.

5 О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях: Пост. Пленума ВС РФ от 27 дек. 2007 г. № 52 // БВС РФ. 2008. № 2.



правонарушениях существенно нарушает конституционное право граждан на судебную защиту, гарантированное статьей 46 Конституции Российской Федерации.

В Определении Конституционного Суда РФ от 3 июля 2008 года № 734-О-П<sup>1</sup> уже было отмечено о необходимости создания механизма компенсации вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебных актов в разумный срок.

Результатом проделанной работы стало принятие Федерального закона от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ "О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок"<sup>2</sup>, устанавливающий ответственность государства за осуществление судопроизводства в неразумный срок и неисполнение судебных актов в разумный срок. Возможность получить указанную компенсацию была обеспечена появлением в Гражданском и Арбитражном процессуальных кодексах РФ соответствующих глав, устанавливающих порядок рассмотрения заявлений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебных актов в разумные сроки.

Учитывая, новизну появившегося в процессуальном законодательстве института, возникает вполне закономерный вопрос о правовой природе данного правового явления и его месте в гражданском процессе: можно ли данный институт назвать самостоятельным видом производства, или же последний представляет собой разновидность дел, рассматриваемых в исковом производстве или в производстве по спорам из публичных правоотношений. Решение данного вопроса имеет принципиальное значение для обеспечения эффективности предоставляемой государством судебной защиты.

Традиционно в процессуальной науке виды производств разделяют по материально-правовому критерию на исковой вид производства, производство по делам из публичных правоотношений, особое производство. Такое разделение обусловлено тем, что материально-правовая природа дел влияет на процессуальный порядок их рассмотрения и разрешения<sup>3</sup>. Само существование видов производств объясняется влиянием регулятивного (материального) права на механизм защиты<sup>4</sup>. Поэтому при определении правовой природы названного института нужно исходить из материально-правовой сущности дела и как следствие особенностей материально-правовых связей между участниками процесса.

Предметом производства по рассмотрению заявлений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок является, свойственное исковому виду производства, субъективное право. Вместе с тем, субъективное право на судопроизводство в разумный срок и исполнение судебных актов в разумный срок законодательной регламентации в

<sup>1</sup> По делу о проверке конституционности статьи 151 ГК РФ: Опр. КС РФ от 3 июля 2008 г. № 734-О-П // СЗ РФ. 2009. № 5. Ст. 678.

<sup>2</sup> О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок: ФЗ РФ от 30 апреля 2010 г. № 68 (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2010. N 18. Ст. 2144.

<sup>3</sup> См.: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер. 2008. С. 57.

<sup>4</sup> Там же.

Федеральном законе "О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок" не получило ввиду того, что речь идет о гарантированном Конституцией Российской Федерации праве на судебную защиту, то есть не о субъективном гражданском праве, а о праве имеющем публично-правовую природу. Однако защита указанному праву предоставляется мерами гражданско-правового характера – денежной компенсацией. Но с учетом природы права на судебную защиту предлагаемая конструкция, отличается своими особенностями от конструкции возмещения вреда или компенсации морального вреда, предусмотренных статьями 12, 1069, 1070, 1099 Гражданского кодекса РФ в качестве способов защиты гражданских прав в случае причинение вреда актами, действием или бездействием.

В частности, следует отметить, что право на получение компенсации не связывается с претерпеванием имущественного или морального вреда. При рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на осуществление судопроизводства в разумный срок или исполнения судебных актов в разумный срок в предмет доказывания не входят такие обстоятельства, как причиненный вред и его размер, так как законодатель исходит из презумпции, что нарушение права на судопроизводство в разумный срок или исполнения судебных актов в разумный срок всегда влечет причинение вреда. Также суду не нужно выяснять виновность лиц, допустивших нарушение разумных сроков судопроизводства или исполнения судебных актов. Лицам, обратившимся за получением такой компенсации, достаточно доказать факт превышения пределов разумных сроков. О соотношении данных способов защиты гражданских прав оговаривается в Федеральном законе от 30.04.2010 N 68-ФЗ, в соответствии с которым присуждение компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок не препятствует возмещению вреда в соответствии со статьями 1069, 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации, но лишает заинтересованное лицо права на компенсацию морального вреда за указанные нарушения.

Конструкция компенсации, столь непохожая и одновременно похожая на возмещение имущественного вреда и компенсацию морального вреда, вряд ли может быть сочтена новым, альтернативным способом защиты гражданских прав. Можно предположить, что введенная Законом о компенсации конструкция с учетом ее реализации в нормах процессуального права представляет собой попытку создания некоей разновидности компенсации морального вреда<sup>1</sup>.

Таким образом, по своей сущности нововведенное «компенсационное» производство представляет собой специальный порядок рассмотрения определенной категории гражданских дел в рамках искового вида производства. Особенности эти выражаются в субъектном составе участников процесса, в

---

<sup>1</sup> Михеева Л.Ю. Ответственность за причинение вреда актами власти и компенсация за нарушение права на судопроизводство в разумный срок: соотношение конструкций // Основные проблемы частного права: Сб. статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского. - М.: Статут. 2010. С. 100.

законодательной регламентации предмета доказывания и обусловлены предметом защиты.

Сложно сказать, насколько целесообразно введение данного института в процессуальное законодательство. Вероятнее всего законодатель преследовал какие-то политические цели. С принятием Федерального закона от 30 апреля 2010 года № 68 как таковые гарантии, направленные на осуществление судопроизводства в разумные сроки и исполнения судебных актов в разумные сроки не появились. Указанный закон устанавливает компенсационный механизм как ответственность государства за его неспособность обеспечить своих граждан своевременной, эффективной судебной защитой. Данный механизм работает, когда лицо уже пострадает от затягивания судебных разбирательств или исполнения судебных актов, тогда как наиболее разумным было бы использовать механизмы, позволяющие действовать заблаговременно до наступления указанных последствий.

## **Производство по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов**

Самохвалова Ксения Васильевна  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Третейские суды в Российской Федерации представляют собой негосударственную юрисдикционную форму защиты субъективных гражданских прав и законных интересов.

В Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации 2002 года содержится глава 46, которая предусматривает, производство по оспариванию решений третейских судов, в случае если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение третейского суда является окончательным, и производство по выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов.

Концепции регулирования третейского разбирательства.

Правовое регулирование третейского разбирательства зависит от избранной законодателем концепции третейского суда, основным критерием которого является мера государственного вмешательства в деятельность третейских судов.

Так, в Англии сформировался подход, основанный на нормах общего права. Особенностью правового регулирования третейского разбирательства в рамках этой концепции является установление широких контрольных функций государственных судов в отношении третейских судов. Данный подход последовательно реализован в арбитражном законодательстве Англии (Акт об арбитраже Англии 1996)<sup>1</sup>. В рамках названной концепции решение третейского суда может быть пересмотрено государственным судом по существу, в том числе по вопросам применения тех или иных норм права (апелляционный порядок обжалования). Так в соответствии с актом арбитража Англии 1996 года пунктом 67 предусмотрены основания отмены решения третейского суда.

Другой подход к третейскому разбирательству реализован в странах континентальной системы права, прежде всего, во Франции, Германии, Бельгии, Нидерландах, Испании, Эстонии. Правовое регулирование третейского разбирательства в этих странах строится на признании за третейским судом полного права на рассмотрение и разрешение переданного спора сторон. Арбитры самостоятельно решают как вопросы права, так и вопросы факта. По

---

<sup>1</sup> Арбитражный акт Англии. 1996. / ENGLAND Arbitration Act. 1996. URL: <http://www.arbitrations.ru/?i=pages&id=14>

общему правилу арбитражное решение не может быть пересмотрено государственным судом даже при наличии в нем явных упущений, в том числе по вопросам применения в нем норм права.

Так, например, согласно закона Эстонской Республики «Об арбитражном суде торгово-промышленной палаты Эстонии» от 14 августа 1991 года<sup>1</sup>, статьей 7 предусмотрено, что решение арбитражного суда является окончательным, обжалованию и опротестованию не подлежит. Не исполнение в срок решения арбитражного суда приводиться в исполнение в соответствии с законами, другими нормативными актами и международными соглашениями, регулирующими порядок исполнения судебных решений (часть 2 статьи 8 Закона).

Согласно Гражданско-процессуального кодекса Нидерландов от 1986 года книги 4 Арбитраж<sup>2</sup> статьей 1050 предусмотрено, что обращение сторон арбитражного решения в апелляционный суд можно в том случае, если стороны договорились, что решение не является окончательным и может быть обжаловано..

В России в Гражданско-процессуальном кодексе 2002 года воспринята модель континентальной системы права. При этом если обратиться к историческому аспекту, то изначально еще с зарождения в России института третейских судов, по общему правилу вынесенное решение третейского суда не подлежало обжалованию.

Так, например, первый нормативный акт, регулирующий институт третейских судов был издан 15 апреля 1831 г. Положение о Третейском суде, утвержденное императором Николаем I. Устав Гражданского Судопроизводства 1864 года, включил в себя полностью положение о третейском суде от 15 апреля 1831 года, а так же предусмотрел процедуру оспаривания решения третейского суда и выдачу исполнительного листа по делу.

Так, статьей 1393 Устава предусматривалось общее правило, согласно которого, решение третейского суда не подлежало обжалованию в апелляционном порядке<sup>3</sup>. Однако существовали исключения. Возможность оспаривания решения третейского суда согласно статьям 1396 и 1397 Устава предусматривалась в 2 случаях:

-во-первых, в случаях нарушения третейским судом третейской записи (в отношении срока, участвовавших в ней лиц, предмета и т. д.);

-во-вторых, в случае если сама запись не удовлетворяла законным требованиям, например, не была подписана всеми участвовавшими лицами.

Законодательное закрепление деятельности третейских судов имело свое отражение и в Гражданском процессуальном кодексе РСФСР 1964 г. (Приложение № 3 к ГПК РСФСР). В частности, статьями 17 и 18 данного положения предусматривалось следующее: «решение третейского суда, не исполненное добровольно, может быть приведено в исполнение принудительно

1 Виноградова. А.Е. Третейский суд в России. Законодательство, практика, комментарии. М., 1993. С. 271.

2 Гражданский процессуальный кодекс Нидерландов. Книга IV. Арбитраж. 1986 / NETHERLANDS Code of Civil Procedure. Book IV. Arbitration. 1986. URL: <http://www.arbitrations.ru/?i=pages&id=14>

3Устав Гражданского Судопроизводства 1864 года. Свод Законов Российской Империи. Т. 8. [Электронный ресурс] СПС «Консультант Плюс».

на основании исполнительного листа, выдаваемого народным судом. При выдаче исполнительного листа судья проверяет, не противоречит ли решение третейского суда закону и не было ли допущено при его вынесении нарушения правил, предусмотренных настоящим Положением»<sup>1</sup>.

При этом если судья отказывал в выдаче исполнительного листа то, после вступления в законную силу определения народного судьи об отказе в выдаче исполнительного листа спор мог быть разрешен в суде по заявлению заинтересованной в том стороны (статья 21 Положения).

По действующему законодательству, оспаривание решений третейских судов и выдача исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, законодателем выделены в два самостоятельных вида производств. Однако можно ли процедуры по оспариванию и выдаче исполнительных листов назвать видом производства процесса или это две судебные процедуры в рамках искового производства?

Для решения данного вопроса нужно обратиться к категории «вид производства» и критериям его выделения.

Традиционно в доктрине гражданского процессуального права гражданский процесс подразделяется на виды производств по материально правовому критерию, заложенному в предмете процесса, а именно по сходности природы спорных материально правовых отношении, обуславливающей процессуальные особенности рассмотрения и разрешения соответствующих гражданских дел. В первую очередь по материально правовому критерию выделяют три ставших классическими для гражданского процесса вида производств:

- Исковое
- Производство по делам, возникающим из публичных правоотношений
- Особое производство

При этом, вид производства характеризуется – особенностями правовых связей участников материального правоотношения – предметом процесса. Все три вида производств различаются именно своим предметом.

Вместе с тем предмет процесса может составлять не только спорное материальное правоотношение, но также право на судебную защиту, гарантии права на судебную защиту средствами национальной юрисдикции.

Анализ современного гражданского законодательства позволяет утверждать, что для выделения вида производства важен не только материально правовой критерий, но и процедурный критерий: в материально правовом смысле (характер связи субъектов материального правоотношения выступающего предметом судебной защиты)<sup>2</sup>.

Для данной работы я делаю следующий вывод: производство по оспариванию решений третейских судов и выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение – это два самостоятельных вида производства. Названные виды производств обособляются по процедурному признаку.

<sup>1</sup> "Гражданский процессуальный кодекс РСФСР" (утв. ВС РСФСР 11.06.1964) // Свод законов РСФСР. Т. 2. С. 7.

<sup>2</sup> Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса : теоретические начала и основные институты. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 62.

Предметом процесса будет не спор о праве, а в производстве по оспариванию решений третейских судов – предметом будет являться – само право на судебную защиту. В производстве о выдачи исполнительного листа – является гарантии права на судебную защиту средствами национальной юрисдикции.

Поскольку третейские суды являются негосударственными, альтернативными, юрисдикционными органами защиты субъективных гражданских прав и законных интересов граждан, механизм оспаривания решений третейских судов и принудительное исполнение решений третейских судов существенно отличается, от механизма оспаривания и приведения в исполнение решений государственных судов. При этом возникает комплекс проблемных аспектов, на некоторых из которых стоит остановиться отдельно.

Первый аспект: наименование лиц участвующих в деле о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Проблема с наименованием лиц, участвующих в деле порождена самим законодателем.

Так, в соответствии с частью 7 статьи 45 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» при рассмотрении данных дел судья компетентного государственного суда должен о времени и месте рассмотрения заявления уведомить «сторон», однако неявка «сторон» или одной из «стороны» не является препятствием к рассмотрению заявления.

В цивилистическом процессуальном законодательстве (глава 47 ГПК РФ, параграф 2 главы 30 АПК РФ) встречается иная терминология: «лица участвующие в деле», «стороны третейского разбирательства» «сторона третейского разбирательства, в пользу которой принято решение третейского суда», «лицо, в пользу которого принято решение», «лицо, подавшее заявление», «должник».

Несмотря на то, что указанная категория дел не является исковой и, следовательно, в ней нет сторон, истца и ответчика, в части 5 статьи 425 ГПК РФ и части 5 статьи 238 АПК РФ законодателем используется термины «сторона», обратившаяся с заявлением и другая «сторона», из чего в системной взаимосвязи с содержанием статей 45 и 46 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» можно сделать необоснованный вывод о том, что дела о выдачи исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов являются исковыми и должны рассматриваться по правилам искового производства, что совершенно не соответствует действительности.

Подобную позицию занимают и отдельные авторы, совершенно обосновательно именуя лиц, участвующих в данных делах истцами и ответчиками.<sup>1</sup>

Аналогичный неверный подход применяется и в правоприменительной практике.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 24.12.2002 № 1259/01 (2847/98)<sup>2</sup> указал, что организация обратилась «с иском о

<sup>1</sup> См., напр.: Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2005. С.641.

<sup>2</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24.12.2002 № 1259/01 (2847/98) // Третейский суд. 2003. № 3. С. 71.

выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения...» третейского суда.

Арбитражный суд Красноярского края в определении от 16 сентября 2010 года по делу № А33-10752/2012 о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, для наименования лиц так же использовал формулировку «истец и ответчик»<sup>1</sup>.

Подобное использование терминологии применительно к обозначению лиц, участвующих в делах рассматриваемой категории, допускается и в судах общей юрисдикции.

Так, Фрунзенский районный суд г. Санкт – Петербурга в определении от 13 июня 2006 г. по делу по заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда от 14 ноября 2005 года использовал следующую терминологию: учитывая неяску «сторон», «выслушав мнение представителей сторон...» и т.д.<sup>2</sup>

На наш взгляд, с целью исключения отмеченных терминологических неточностей, порождающих на практике определенные проблемы, лицо, подающее в государственный суд заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, следует именовать заявителем, а лицо, в отношении которого вынесено третейским судом решение, более корректно именовать – должником.

Второй аспект касается параллельного рассмотрения заявления об оспаривании решения третейского суда и о выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение. Подобное возможно в силу следующих причин:

- обе стороны третейского разбирательства в праве в одни и те же сроки обратиться с заявлением в компетентный государственный суд – одна оспаривая решение третейского суда, а вторая, испрашивая на него исполнительный лист;
- названные заявления могут рассматриваться в разных компетентных государственных судах, так как оспаривание решения третейского суда происходит в суде, на территории которого оно принято (часть 2 статьи 418 ГПК РФ и часть 3 статьи 230 АПК РФ), а заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда подается в суд по месту жительства или месту нахождения должника либо, если они не известны, - по месту нахождения имущества должника (часть 3 статьи 423 ГПК РФ и часть 3 статьи 236 АПК РФ).

Во второй ситуации судья компетентного государственного суда в соответствии с частью 5 статьи 425 ГПК РФ и частью 5 статьи 238 АПК РФ, если признает это целесообразным, то может отложить рассмотрение заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения

---

<sup>1</sup> Архив Арбитражного Суда Красноярского края за 2010 год. Дело № А33-10752/2012.

<sup>2</sup> Зайцев А.И. Получение исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (проблемные аспекты) // Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и европейского суда по правам человека: Сб. науч. статей. Краснодар, 2007. С. 548.



третейского суда. На мой взгляд, данное положение нуждается в существенной корректировке – судья компетентного суда в таких случаях не может, а должен и не отложить, а приостановить производство по делу по аналогии с основаниями, предусмотренными статьями 215, 217 ГПК РФ и 143, 145 АПК РФ, до рассмотрения заявления об отмене решения третейского суда.

В противном случае в отношении одного и того же решения третейского суда могут быть одновременно вынесены два определения: одно – о его отмене, другое – о выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение или одно – об отказе в удовлетворении ходатайства об отмене решения третейского суда, а другое – об отказе в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение. В обеих ситуациях будет создана правовая коллизия.

Первая коллизионная ситуация была предметом рассмотрения, Президиума Высшего Арбитражного Суда. В Информационном письме Президиум ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» указал, что «арбитражный суд вправе вынести определение об объединении дел по заявлениям об отмене решения третейского суда и о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в случае, если заявление об отмене решения и заявление о выдаче исполнительного листа поданы в один арбитражный суд»<sup>1</sup>.

На мой взгляд, данный подход будет грубо противоречить общей концепции цивилистического процессуального законодательства.

Действительно, согласно пункта 4 части 1 статьи 150, части 4 статьи 151 ГПК РФ и части 2 статьи 130 АПК РФ судья государственного суда, установив, что в производстве данного суда имеется несколько однородных дел, в которых участвуют одни и те же стороны, вправе объединить эти дела в одно производство для совместного рассмотрения и разрешения, если признает, что такое объединение будет способствовать правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дела. Однако указанные нормы относятся исключительно к исковым категориям дел. Дела об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на их принудительное исполнение не могут быть отнесены к исковым категориям, а действующие ГПК РФ и АПК РФ не допускают возможности применения в данной ситуации аналогии закона.

Производство об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на их принудительное исполнение являются самостоятельными производствами, в которых отсутствует спор о праве. Все положения общей части ГПК РФ и АПК РФ, прямо относящиеся к иному виду производства, совершенно не применимы к данным видам производств.

---

<sup>1</sup> См.п. 13 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» // Вестник ВАС РФ. 2006. N 3..

В данной позиции Президиума ВАС РФ отражена позиция законодателя относительно того, что коль скоро в делах по данным категориям участвуют стороны – истец и ответчик, то допустимо их объединение по правилам искового производства. Тем самым усматривается противоречие, с одной стороны законодатель вводит 2 вида производств в процесс – по оспариванию решений третейских судов и по выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, с другой стороны, не продумав механизм введения, именует лиц данного производства сторонами (истцами и ответчиками), тем самым указывая, что фактически это судебные процедуры в рамках искового производства.

Таковы основные аспекты проблем, поставленные в данной работе.

## Основания для признания арбитражным судом ненормативных правовых актов недействительными, решений, действий (бездействий) органов публичной власти незаконными

Сироткина Екатерина Олеговна,  
студентка 1 курса магистратуры  
Юридического института  
Сибирского федерального университета

В процессе осуществления деятельности органами публичной власти и действующие от их имени должностные лица совершают разнообразные юридически значимые действия, которые могут быть оспорены по основаниям, указанным в 1 статье 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ<sup>1</sup>, заинтересованными физическими лицами и организациями в арбитражных судах.

Но прежде чем перейти к анализу оснований для признания арбитражным судом ненормативных правовых актов недействительными, решений, действий (бездействий) органов публичной власти незаконными следует определиться с правовой природой данной категории дел.

Так, одна группа ученых сходится во мнении, что для данной категории дел характерно наличие спора о праве (Д.М. Чечот<sup>2</sup>, А.Т. Боннер<sup>3</sup>, А.Ф. Клейнман<sup>4</sup>, Н.А. Приходько<sup>5</sup>, Н.Г. Салищева<sup>6</sup> и др.). По мнению представителей второго подхода, по исследуемым делам суд осуществляет только судебный контроль над законностью решений, действий (бездействия) органов государственной власти и их должностных лиц (Л.А. Грось<sup>7</sup>, Ю.А. Попова<sup>8</sup>, С.В. Никитин<sup>9</sup> и др.). Т.В. Сахнова<sup>10</sup> считает, что защита субъективного права заявителя по делам, возникающим из публично-правовых отношений, возможна опосредованно. Значит, суд в данном случае не разрешает спор о субъективном праве (жилищном, земельном, пенсионном и т.п.), а лишь решает вопрос о законности (незаконности) административного акта, решениями которого, по мнению заявителя, нарушены его права. В качестве предмета непосредственной судебной защиты по исследуемой категории дел выступает законный интерес.

Таким образом, необходимо отметить следующие характерные черты, которые отражают специфику производства по делам об оспаривании решений,

---

1 Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (в ред. Федерального закона от 08 декабря 2011 г. № 422-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. №30.

2 Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1968. С.70.

3 Боннер А.Т. Производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С.20.

4 Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат, 1954. С. 303.

5 Приходько А.А. Некоторые проблемы судопроизводства по делам, возникающим из публичных правоотношений // АПК РФ И ГПК РФ 2002: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения: Материалы Всероссийской научно-практической конференции / Под ред. Р.Ф. Каллистратовой. М.: РАП, 2004. С. 34.

6 Салищева Н.Г., Хаманева Н.Ю. Административная юстиция и административное судопроизводство в Российской Федерации. М., 2001. С. 22.

7 Грось Л.А. Гражданское и арбитражное процессуальное право - взаимосвязь с материальным правом. Хабаровск, 1997. С. 40.

8 Попова Ю.А. Теоретические проблемы судопроизводства по делам, возникающим из публично-правовых отношений: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 30-31.

9 Никитин С.В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе: монография. М.: РАП, Волтерс Клувер, 2010. С. 220.

10 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 513.

действий (бездействия) органов публичной власти: отсутствие спора о праве, предметом спора будет являться законность акта, решения, действия (бездействия) органа публичной власти или его должностного лица; предмет судебного разбирательства - правовой спор о законности акта, решения, действия (бездействия) органа публичной власти или его должностного лица. Поскольку разрешения спора о праве по этим делам не допускается, а, следовательно, невозможна и защита субъективного права, то непосредственным предметом защиты будет законный интерес заявителя. Это, однако, не исключает того, что защита законного интереса опосредованно обеспечивает защиту публичного или частного субъективного права. К примеру, суд, признавая недействительными ненормативный правовой акт, не разрешает спор о праве, но оспоренный ненормативный правовой акт, нарушивший права, свободы граждан, признанный недействительным, дает право на защиту того или иного субъективного права. А также суд в резолютивной части должен дать четкий, определенный ответ на требование заявителя: признать оспариваемые акты, решения, действия (бездействия) органов публичной власти и их должностных лиц незаконными и тем самым удовлетворить требования заявителя, либо отказать в удовлетворении требования.

В силу части 1 статьи 198 АПК граждане, организации вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, если полагают, что они не соответствуют закону, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

При рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействия) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Так, согласно части 1 статьи 198 АПК, для признания ненормативного правового акта недействительным, решения или действия (бездействия) незаконными необходимо наличие следующих оснований:

- а) их несоответствие закону или иному нормативному правовому акту;
- б) нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- в) незаконное возложение на заявителя каких-либо обязанностей;
- г) создание препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Основанием для принятия решения суда о признании ненормативного акта недействительным, решения или действия (бездействия) незаконными является его несоответствие закону или иному правовому акту.

В целях установления несоответствия закону или иному правовому акту ненормативного правового акта, решения или действия (бездействия) арбитражный суд в судебном заседании осуществляет их проверку на соответствие федеральному конституционному закону, федеральному закону и иным нормативным правовым актам, а также полномочия органа или лица, принявших ненормативный правовой акт или совершивших действия (бездействия).

Н.Н. Оболенская, обобщая судебную практику, делает заключение, что «при рассмотрении дел о признании недействительными ненормативных правовых актов, решения или действия (бездействия) незаконными, арбитражным судом должны быть выяснены такие обстоятельства, как: причины издания акта; действовал ли орган, издавший акт, в соответствии с его компетенцией; соблюдена ли процедура принятия акта и подписан ли он уполномоченным на то лицом; является ли обжалуемый документ по своей форме, реквизитам и содержанию ненормативным правовым актом; нарушает ли указанный акт права и законные интересы заявителя, соответствует ли действующему законодательству»<sup>1</sup>.

И.Л. Ивачев разграничивает судебную проверку законности ненормативного акта по форме и по содержанию. «Проверка законности ненормативного акта по форме включает в себя установление следующих обстоятельств: компетентен ли государственный орган принимать обжалуемый ненормативный акт; соблюден ли государственным органом порядок принятия обжалуемого ненормативного акта (процедура, форма и процессуальные сроки); являются ли допущенные государственным органом нарушения порядка принятия обжалованного ненормативного акта существенными, влекущими его недействительность»<sup>2</sup>.

Например, нарушение налоговым органом порядка уведомления налогоплательщика о месте и времени рассмотрения материалов налоговой проверки является безусловным основанием для отмены вынесенного ненормативного правового акта налогового органа<sup>3</sup>. Однако необходимо отметить, что не любые нарушения влекут недействительность индивидуального налогово-правового акта, а лишь существенные, влияющие на законность и обоснованность вынесенного налоговым органом решения<sup>4</sup>.

«Проверка законности ненормативного акта по содержанию включает в себя установление следующих обстоятельств: законно ли содержащееся в обжалуемом ненормативном акте решение по конкретному вопросу; имеется ли событие и есть ли в действиях органа правонарушение; затрагивает ли данное

1 См.: Оболенская Н.Н. Споры о признании недействительными ненормативных актов государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов // Арбитражная практика. 2003. № 4. С. 80.

2 См.: Ивачев И.Л. Понятие ненормативного акта в налоговом праве // Ваш налоговый адвокат. 2003. Вып. 2(24). С. 30.

3 Постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2008 г. № 12566/07 по делу № А50-4625/2007-А19// Вестник ВАС РФ. 2008. №5.

4 Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ (ред. Федерального закона от 03 декабря 2011 г. № 392-ФЗ)// СЗ РФ. 1998. №31.

решение права и законные интересы лица, обжалующего ненормативный акт государственного органа»<sup>1</sup> (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 30 мая 2008 г. по делу № А74-424/08-Ф02-5162/08)<sup>2</sup>.

В соответствии с ч. 1 ст. 198 АПК в суд с заявлением о признании ненормативного акта недействительным, решения или действия (бездействия) незаконными, несоответствующими закону или иному нормативному правовому акту, вправе обратиться граждане, организации, считающие, что этим актом или действием (бездействием) нарушаются их законные интересы. При этом согласно ч. 3 ст. 199 АПК заявление о признании ненормативного акта недействительным, решения или действия (бездействия) незаконными должно содержать указание о том, какие законные интересы нарушаются этим актом, решением или действием (бездействием) органами публичной власти.

Наконец, в соответствии с ч. 3 ст. 201 АПК судья соответственно принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования об оспаривании ненормативного правового акта, решения и действия (бездействие) органа публичной власти, если в заявлении, поданном от имени заявителя, оспариваются акты, решения и действия (бездействие) органа публичной власти, которые не нарушают законные интересы. В данном случае, как видим, вывод о наличии или отсутствии у заявителя права на обращение в суд обусловлен наличием или отсутствием связи между спорным актом, решением и действием (бездействие) органа публичной власти и интересами заявителя. Таким образом, если ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органа публичной власти нарушает законные интересы заявителя, то это свидетельствует о наличии у него права на оспаривание данного акта, решения и действия (бездействие) органа публичной власти и, соответственно, права на обращение в суд.

Вместе с тем, по правилам главы 24 АПК суд обязан проверить, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действие (бездействие) законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (ч. 4 ст. 200). Нарушение законных интересов заявителя наряду с несоответствием оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту является обязательным условием для удовлетворения заявленного требования (ч. 2 ст. 201). Если будет установлено, что дело возбуждено, а нарушенные интересы не связаны с предпринимательской деятельностью или иной экономической деятельностью, производство по делу должно быть прекращено на основании п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, поскольку дело не подлежит рассмотрению в арбитражном суде.

Что касается такого основания, как незаконное возложение каких - либо обязанностей, то здесь необходимо иметь в виду следующее. Во-первых, речь не может идти о гражданско-правовой обязанности, ибо ее наличие свидетельствует о гражданско-правовом споре, который рассматривается в исковом порядке. Во-вторых, по процедуре, установленной гл. 24 АПК, может быть оспорено такое незаконное возложение обязанности, которыми создаются

<sup>1</sup> См.: Ивачев И.Л. Понятие ненормативного акта в налоговом праве // Ваш налоговый адвокат. 2003. Вып. 2(24). С. 30.

<sup>2</sup> Архив Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа за 2008 г. Дело № А74-424/08-Ф02-5162/08).

препятствия к осуществлению предпринимательской или иной экономической деятельности. Например, установление обязанности представить не предусмотренные законом и основанные на нем иными нормативными правовыми актами документы как условие совершения определенного действия органом или должностным лицом<sup>1</sup>.

Таким образом, изучив указанные основания в ч. 1 ст. 198 АПК для признания ненормативных правовых актов недействительными, решения и действия (бездействия) органа публичной власти незаконными необходимо отметить, что отсутствие одного из таких признаков, как экономический характер спора, ненормативный характер акта и незаконность решений и действий (бездействия), соответствующий субъектный состав участников правового спора, влечет принятие арбитражным судом определения об прекращении производства по делу по пункту 1 части 1 статьи 150 АПК в связи с неподведомственностью спора арбитражному суду.

---

<sup>1</sup> Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 536.

## Иски о признании: историческое развитие, зарубежный опыт, отграничение от других видов исков

Шаймарданова Илона Шамильевна,  
3 студентка Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сахнова Татьяна Владимировна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Иск о признании представляет собой требование о вынесении решения о признании (подтверждении) наличия или отсутствия спорного правоотношения в целом либо конкретного права или обязанности. Данные иски направлены на признание права за истцом, на подтверждение наличия или отсутствия определенного материального правоотношения между сторонами. Ответчик при этом ни к каким активным действиям в пользу истца не понуждается. В.М. Гордон писал: *«Иск о признании есть иск о судебном подтверждении наличности или отсутствия правоотношения, которое могло бы служить основанием для частно-правового притязания. Процессуальной целью иска о присуждении является такое судебное решение, которое бесповоротным образом подтверждает существование у истца права на удовлетворение со стороны ответчика<sup>1</sup>»* Иском о признании истец добивается подтверждения, т.е. установления определенности правоотношений, в случае оспаривания их существования или содержания, либо объема, в частности, их количественной стороны, например, размера долга...»<sup>2</sup>.

Однако долгое время в российской доктрине отвергался данный вид иска. Так, многие авторы в дореволюционный период, в том числе В.Л. Исаченко, А.Ф. Смирнов придерживались позиции, согласно которой установительные иски не имели права на существование в российском праве, обосновывая данную позицию тем, что право на иск возникает только из нарушенного права, что вытекает из норм законодательства<sup>3</sup>.

Менее категоричной позиции придерживались советские ученые. В частности М.А. Гурвич относил к преобразовательным искам иски о признании сделок недействительными<sup>4</sup>.

Недостаточная разработанность исков о признании во многом обусловлена историческим фактором: в дореволюционный период развития доктрины и права преобладающей была идея о тесной связи материального права и процесса (материально-правовая концепция, представители Е.В.

<sup>1</sup> Гордон В.М. Иски о признании. Ярославль: Типография Губернского Правления. 1906. С. 356.

<sup>2</sup> Гордон В.М. Устав гражданского судопроизводства с систематизированным собранием законодательных мотивов ко всем узаконениям и разъяснениям Правительствующего Сената и Министерства Юстиции. Книга пятая. СПб.: 1914. С. 217.

<sup>3</sup> Исаченко В.Л. Основы гражданского процесса. СПб.: «Типография М», 1904. С. 19.;

Смирнов А.Ф. Право на иск // Журнал министерства юстиции. 1897. № 1. С. 109

<sup>4</sup> Гурвич М. А. Право на иск. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1949. С. 197.



Васьковский, Е.А. Нефедьев, Т.М. Яблочков), который в свою очередь, строился применительно лишь к искам о присуждении. Сам иск рассматривался как само субъективное нарушенное право, соответственно, иск о признании с позиции данной концепции исключался. Устав Гражданского Судопроизводства Российской Империи 1864 г. не предусматривал в Общей части исков о признании, а ввел их только в 1889 г., когда в раздел, посвященном особенностям судопроизводства в прибалтийских губерниях была введена ст. 1801, которая установила, что «к спорам о праве гражданском относятся и иски о признании существования или не существования юридического отношения, коль скоро истец в данное время имеет законный интерес о подтверждении сего отношения судом<sup>1</sup>». Как следствие отсутствия регламентации данного вида исков на законодательном уровне, в дореволюционной теории и практике получило распространение мнение, согласно которому такие иски недопустимы. Но в начале XX в. оно было признано ошибочным и не находило подтверждения в судебной практике во многом благодаря трудам В.М. Гордона, проводившего обширное исследование данного института.

Так, В.М. Гордон признал, что в российской практике может быть допущено наряду с иском о присуждении существования иска о признании в том случае, если условием возникновения права на иск является юридический интерес, а в свою очередь основанием юридического интереса являлось не только нарушение права. На тот момент, в доктрине существовала противоположная точка зрения, представители которой утверждали, что таким обстоятельством (являющимся основанием юридического интереса) является у нас исключительно нарушение права: так, В. Л. Исаченко подчеркивал, что в постановлениях российского законодательства везде предусматривались лишь случаи защиты уже нарушенного права и, делался соответствующий вывод: «коль скоро есть нарушение права, есть и право на иск»<sup>2</sup>. В.М. Гордон же утверждал, что все эти статьи, равно как и другие дают основание говорить: "где нарушение, там и право на иск", но отнюдь не позволяют думать, что по российскому законодательству право на иск могло существовать лишь при наличии нарушения права, ведь с другой стороны, нигде в законе не сказано, чтобы только нарушение права только могло служить таким поводом. Следовательно, нарушение права не может быть, рассматриваемо как единственное обстоятельство, являющееся по нашему праву поводом иску. И данный вывод представляется наиболее обоснованным, ведь, говоря, что только нарушение права является условием возникновения права на иск, мы бы просто ограничивали данное право<sup>3</sup>.

Позднее, в 20-30-е годы XX в. в теории советского гражданского процесса неоднократно высказывалось мнение, что конструкция исков и судебных решений о признании прав ведет к усложнению гражданского процесса и практически не нужна<sup>4</sup>. В западной литературе сравнительно давно обоснован

1 Устав гражданского судопроизводства (сост. Д. А. Носенко). М.: Типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и Ко, 1894. С. 869.

2 Исаченко В.Л. Основы гражданского процесса. СПб.: «Типография М», 1904. С. 19.

3 Гордон В.М. Иски о признании. С. 260-265.

4 Гурвич М. А. Право на иск. С. 213.

тезис о том, что иски и решения о признании прав упрощают судебную защиту. Видимо, раньше с учетом обстановки всеобщего огосударствления практическое значение судебного признания прав видели лишь в его общем преюдициальном характере для исполнительных исков.

Обратимся к зарубежному опыту в области данного института гражданского процессуального права.

Иски о признании долгое время отвергались также прагматичной англо-американской юстицией. Согласно ст. 3 § 2 Конституции США, федеральные суды компетентны рассматривать лишь дела, вытекающие из конфликтов («cases or controversies»). В соответствии с п. а) § 2201 разд. 28 Свода законов США (US Code, Section 2201 Creation of remedy, Part VI: Particular proceedings, Title 28 Judiciary and judicial procedure)<sup>1</sup> предусмотрено, что рассматриваются лишь реально существующие споры («in a case of actual controversy»). Однако в настоящее время отношение к искам и решениям о признании под влиянием потребностей экономического оборота изменилось. В конце XIX — начале XX вв. иски о признании стали рассматривать суды отдельных штатов. И с развитием законодательства, на сегодняшний день с принятием Федеральных правил гражданского процесса США, данный закон прямо закрепил в ст. 57 установительные (декларативные — от англ. declaratory judgment action - деклараторный, установительный иск) иски<sup>2</sup>.

Обратимся к законодательству Германии, где в § 256 ГПК *Германии* (Zivilprozessordnung)<sup>3</sup> также прямо закрепляется правило о возможности предъявления декларативного иска и вынесения судебного решения о признании (Feststellungsurteil, Feststellungsklage). Из законодательного определения установительного иска (§ 256 ГПК Германии) вытекает, что имеются два вида этих исков: об установлении существования правоотношения или подлинности документа (позитивный или положительный) и об установлении отсутствия правоотношения или подложности документа (негативный или отрицательный). Изъятием из этого правила является возможность признания судом подлинности документа, что представляет собой установление факта — это является существенным отличием, т.к. в российском законодательстве следует отличать иски о признании и иск об установлении фактов в особом производстве.

Следующим этапом рассмотрения исков о признании является их отграничение от других видов иска. Иск о признании выделяют в рамках традиционной на сегодняшний день классификации исков (о признании, присуждении и преобразовательных) в основе которой лежит, по мнению некоторых авторов, цель (В.М. Гордон, Е.В. Васьковский), по мнению других,

1 US Code URL: <http://codes.lp.findlaw.com/uscode>.

2 Rules of civil Procedure for the United States District Courts (Effective September 16, 1938, as amended to December 1, 2010), электронная версия- <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20>

Rules/Civil%20Procedure.pdf:

Rule 57. Declaratory Judgment

These rules govern the procedure for obtaining a declaratory judgment under 28 U.S.C. § 2201. Rules 38 and 39 govern a demand for a jury trial. The existence of another adequate remedy does not preclude a declaratory judgment that is otherwise appropriate. The court may order a speedy hearing of a declaratory judgment action.

(As amended Dec. 29, 1948, eff. Oct. 20, 1949; Apr. 30, 2007, eff. Dec. 1, 2007.).

3 [http://albookerk.ru/g/vitrum/grazhdanskij\\_processual'nyj\\_kodeks\\_frg\\_.html](http://albookerk.ru/g/vitrum/grazhdanskij_processual'nyj_kodeks_frg_.html).

процессуальная цель иска (М.А. Гурвич, А.А. Добровольский), существует также иная точка зрения, согласно которой в основе данной классификации лежит предмет иска. Последнее утверждение представляется наиболее обоснованным и поддерживается на сегодняшний день такими авторами как: Т.В. Сахнова, Д.О. Тузов, Г.Л. Осокина<sup>1</sup>.

Рассмотрим подробнее, почему следует признать, что в основании классификации исков о признании, присуждении и преобразовательных лежит не цель, не процессуальная цель, а именно предмет иска. Любой иск имеет единственную цель, заключающуюся в защите нарушенного (оспоренного) права или интереса. Такая цель является одновременно и процессуальной, поскольку истец не отказался от иска, и материально-правовой, поскольку защита возможна лишь при наличии материально-правового основания, лежащего за пределами процесса и существующего независимо от него<sup>2</sup>. Следует отметить, что Г.Л. Осокина выделяя в основе классификации исков предмет иска, подчеркивает, что именно способ защиты права и интереса является предметом иска, что не удивительно, т.к. Г.Л. Осокина является сторонником процессуальной концепции иска и права на иск.

Если исходить из теории комплексного понимания, классифицирующим критерием является характер предмета иска. Предъявляя иск, истец указывает цель защиты, сформулированную через материально-правовое требование к ответчику, т.е. через предмет иска (а не процессуальную цель).

Предъявление иска об установлении существования спорного правоотношения не препятствует предъявлению иска о присуждении к исполнению притязания, вытекающего из данного спорного правоотношения. На практике зачастую в одном исковом заявлении соединяются два требования о признании и принуждении к исполнению. Примером может служить подача иска о признании сделки недействительной и возврате исполненного по ней. Однако возникает вопрос, является ли установительным иск о признании сделки недействительной в том случае, когда истец, предъявляя иск о признании сделки недействительной, не заявляет требования о реституции, а суд по своей инициативе выносит решение о двусторонней реституции наряду с удовлетворением притязания истца? И ответ на данный вопрос будет положительным. Приведем пример: стороны ничтожной сделки произвели исполнение по ней или нотариус на основании ничтожного завещания может выдать свидетельство о праве на наследство и т.п. В таких случаях, чтобы «рассеять внешнюю видимость юридического эффекта сделки» и устранить уже вызванные ею или возможные в будущем фактические изменения, возникает необходимость в судебном подтверждении недействительности<sup>3</sup>. Однако решение суда, вынесенное по иску о ничтожности, будучи по своей природе установительным, ничего не меняет в материально-правовых отношениях сторон: сделка как была, так и остается недействительной. Вынося решение, суд лишь подтверждает, что сделка ничтожна, т.е. официально констатирует уже

1 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 287-288.

2 Осокина Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть: Учебное пособие. Томск: Изд-во Томского университета, 2002. С. 198-202.

3 Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. С. 197.

существующий факт, следовательно вносит в отношения заинтересованных лиц необходимую определенность, обеспеченную обязательностью и преюдициальной силой судебного решения, что полностью соответствует иску о признании.

Как уже отмечалось выше, зачастую в одном исковом заявлении соединяются два требования о признании и принуждению к исполнению. И вновь обратимся в зарубежному опыту. Западная доктрина пошла дальше: в правовых системах Англии и США признание права является составной (промежуточной) частью присуждения. Фактически признание права представляет собой отдельный элемент, подлежащий установлению до вынесения судом окончательного вердикта о разрешении спора<sup>1</sup>.

В законодательстве Германии формой установительных исков являются и промежуточные иски о признании (*Zwischenfeststellungsklage*). Речь идет о таких исках, которые могут дополнительно возникнуть во время разбирательств в суде в ходе рассмотрения установительных исков. Промежуточные иски могут быть возбуждены по ходу судопроизводства по гражданскому делу в любое время, без ограничений, действующих в случае изменения иска. Так, § 256 (2) ГПК ФРГ<sup>2</sup> закрепляет, что до конца устного разбирательства, по которому выносится решение суда, истец в порядке расширения искового заявления, а ответчик — в порядке предъявления встречного иска может потребовать, чтобы правоотношение, ставшее спорным в течение процесса, от существования или несуществования которого зависит разрешение спора в целом либо в части, было установлено в судебном порядке. По сути, в зарубежном законодательстве фактически фиксируется возможность применения исков о признании в некоем промежуточном аспекте.

Делая выводы из всего вышесказанного, следует признать, что для будущего развития данного института следовало бы специально регламентировать правила предъявления исков о признании, прямо закрепить их на законодательном уровне.

Конечно, и без данного закрепления на законодательном уровне иски о признании пройдя долгий путь в российской доктрине от отрицания до частичного признания, на сегодняшний день не отрицаются в российской практике и доктрине. Материальное право также допускает данный вид иска, который представляет собой иск, предмет которого характеризуется такими способами защиты, как связанные с констатацией наличия или отсутствия спорных прав или законных интересов, то есть спорного материального правоотношения<sup>3</sup>. В данном иске осуществляются разнообразные материально-правовые способы защиты: как перечисленные в ст. 12 ГК РФ, так и прямо не

---

1 Пучинский В.К. Гражданский процесс США. М.: Зерцало, 2008. С. 172.

2 Гражданский Процессуальный Кодекс ФРГ, ноябрь 1996 г. (ред. 1 мая 2000) URL: [http://albookerk.ru/g/vitrum/grazhdanskij\\_processual'nyj\\_kodeks\\_frg\\_.html](http://albookerk.ru/g/vitrum/grazhdanskij_processual'nyj_kodeks_frg_.html)

3 Осокина Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть. С. 231-232.

предусмотренные данной статьей (перечень носит открытый характер)<sup>1</sup>. Однако это устранило бы вопросы, возникающие на практике при предъявлении данного вида исков у судов. Так, Постановление Президиума ВАС РФ от 20.10.2010 № 4372/10 по делу №а40-30545/09-157-220 «Иск о признании прекращенным зарегистрированного права собственности является допустимым, поскольку по существу представляет собой иск о признании права отсутствующим. В случае разрушения (гибели) объекта недвижимости право собственности на него прекращается». В процессе рассмотрения указанного дела судьи столкнулись со следующим вопросом: Можно ли отнести иск о признании прекращенным зарегистрированного права собственности к надлежащим способам защиты? Позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ: Исковое заявление о признании прекращенным зарегистрированного права собственности можно считать допустимым способом защиты нарушенного права, так как по существу он выступает в качестве иска о признании права отсутствующим. В пункте 52 Постановления № 10/22 от 29.04.2010 г. установлена возможность предъявления такого иска (п. 52 гласит: оспаривание зарегистрированного права на недвижимое имущество осуществляется путем предъявления исков, решения по которым являются основанием для внесения записи в ЕГРП)<sup>2</sup>.

Следовательно, нормы российского гражданского материального права предусматривают существование исков о признании, но чтобы избежать путаницы в судах при рассмотрении данного вида исков, следовало бы перенять опыт зарубежного гражданского процессуального законодательства (Feststellungsurteil в ГПК Германии, declaratory judgment action в ФПП США) и закрепить возможность предъявления данных исков на законодательном уровне.

---

<sup>1</sup> Примером может служить: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 9 декабря 2010 г. N 143 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами Гражданского кодекса Российской Федерации», Справочно-правовая система «Консультант плюс». Дело N А40-30545/09-157-220. Истец - Правительство Москвы, ответчик - ООО «Армида-строй», предмет спора – притязание о прекращении права собственности ООО в отношении объекта незавершенного строительства, запись о котором имеется в ЕГРП. Основание - указанный объект незавершенного строительства располагался на земельном участке, который находился в неразграниченной государственной собственности. Право распоряжения данным участком имеет Правительство города Москвы. Объект незавершенного строительства прекратил свое существование, и исходя из этого право собственности ООО на объект незавершенного строительства приводит к нарушению правомочий касательно распоряжения земельным участком. Материально-правовой способ защиты - признание прекращенным зарегистрированного права собственности, прямо предусмотрен Постановлением Президиума ВАС РФ по данному делу № 10/22 от 29.04.2010 г. "Иск о признании прекращенным зарегистрированного права собственности является допустимым, поскольку по существу представляет собой иск о признании права отсутствующим. В случае разрушения (гибели) объекта недвижимости право собственности на него прекращается".

<sup>2</sup> Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами Гражданского кодекса Российской Федерации: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 9 декабря 2010 г. N 143 // [Документ не опубликовывался] Справочно-правовая система «Консультант плюс».

## Публичное образование как сторона гражданского процесса

Шурякова Яна Александровна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

*Научный руководитель:*  
Сахнова Татьяна Васильевна,  
д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса  
Юридического института СФУ

Публичные образования по прямому указанию норм материального закона являются субъектами гражданских прав (ст.124 ГК РФ).<sup>1</sup> Основы участия Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований в гражданском обороте регулируются гражданским законодательством. Однако этого недостаточно для решения проблем, возникающих в случаях, когда предмет судебной защиты становится публичный интерес или гражданский интерес публичного образования как субъекта гражданских правоотношений.

В этой связи представляется актуальным комплексное исследование проблемы участия Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований в гражданском процессе.

Комплексный характер исследования обусловлен рядом причин.

Во-первых, необходимо учитывать особый статус публичного образования как властной структуры (в данном аспекте проявляется необходимость изучения выбранной темы с точки зрения разных отраслей права: конституционного, административного, гражданского, процессуального, арбитражного процессуального).

Во-вторых, споры с участием публичных образований порождают вопросы процессуального характера: может ли публичное образование выступать в качестве стороны в процессе, какова природа споров с участием публичного образования, каковы особенности судебного решения по спорам с участием публичного образования.

Вопрос об участии в процессуальных правоотношениях публичного образования спорен, анализ литературы позволил выделить точки зрения ученых:

1. публичное образование не признается субъектом процессуальных правоотношений;<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): ФЗ РФ от 30.11.1994 N 51-ФЗ (с изм., внесенными ФЗ РФ от 28.11.2011 № 337-ФЗ) // Российская газета. 1994. N 238-239.

<sup>2</sup> См., напр.: Тараканова Е.М. Участие жилищных органов в советском гражданском процессе: Учеб. пособие / Отв. ред. М.С. Шакарян. М., 1981. С.45.

2. возможность участия публично-правового образования в процессуальных отношениях обуславливают возможностью участия в них публичных органов.<sup>1</sup>

Необходимо отметить весьма важное обстоятельство: чаще всего публичное образование вступает в гражданско-правовые отношения с целью защиты, в первую очередь, имущественных интересов.

Имущественные интересы публичного образования проявляются, прежде всего, в двух аспектах: дела, связанные непосредственно с имущественными требованиями к публично-правовому образованию, а также вытекающие из передачи имущества публичного образования к предприятиям и учреждениям на ограниченных вещных правах.

В настоящее время актуализация происходит также в связи с принятием Концепции развития гражданского законодательства, которая, однако, не затронула вопроса о множественности лиц на стороне обладателя вещного права.<sup>2</sup>

Согласно **ст.38 ГПК РФ** сторонами в гражданском судопроизводстве являются истец и ответчик.<sup>3</sup> Аналогичны положения **АПК РФ**.<sup>4</sup> Законодатель отказался от подхода, в соответствии с которым в процессуальном законе закреплялся ограниченный перечень, указывающий лиц, которые могли быть истцом и ответчик.<sup>5</sup>

Обратимся к **ч.2 ст.38 ГПК РФ**, в соответствии с которой Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование, если в их интересах начато дело по заявлению лиц, обращающихся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц, извещается судом и участвует в нем в качестве истца.<sup>6</sup>

Согласно **ч.1 ст.125 ГК РФ** от имени Российской Федерации и субъектов Российской Федерации могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.<sup>7</sup>

Для решения вопроса о том может ли публичное образование выступать в качестве стороны процесса, необходимо четко представлять процессуальные признаки категории «сторона процесса».

---

1 См., напр.: Викут М.А. Участие финансовых органов в гражданском судопроизводстве // Защита личных и общественных интересов в гражданском судопроизводстве. Калинин, 1985. С.129-137., Грось Л.А. К вопросу о гражданской процессуальной правоспособности и дееспособности сторон и третьих лиц // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. № 10. С.34.

2 Концепция развития гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. №11.

3 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 14.11.2002. N 138-ФЗ (с изм., внесенными ФЗ РФ от 06.02.2012 № 4-ФЗ) // Российская газета. 2002. № 220.

4 Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 24.07.2002 N 95-ФЗ (с изм., внесенными ФЗ РФ от 08.12.2011 № 422-ФЗ) // Российская газета. 2002. N 137.

5 Об утверждении Гражданского процессуального кодекса РСФСР (вместе с Кодексом): Закон РСФСР от 11.06.1964 // Ведомости ВС РСФСР. 1964. N 24. Ст. 407.

6 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 14.11.2002. N 138-ФЗ (с изм., внесенными ФЗ РФ от 06.02.2012 № 4-ФЗ) // Российская газета. 2002. № 220.

7 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): ФЗ РФ от 30.11.1994 N 51-ФЗ (с изм., внесенными ФЗ РФ от 28.11.2011 № 337-ФЗ) // Российская газета. 1994. N 238-239.

Некоторые авторы определяют «стороны» через категорию «истец» и «ответчик». <sup>1</sup> Другие через перечисление характерных черт. <sup>2</sup>

Большинство ученых среди основных признаков сторон выделяют следующие: стороны являются предполагаемыми участниками спорного материального правоотношения, предполагаемыми носителями материально-правового интереса, им свойственна материально-правовая и процессуальная заинтересованность, интересы сторон противоположны. <sup>3</sup>

Интерес как решающий признак для определения статуса стороны на начальных стадиях процесса не является бесспорным: действительное существование интереса выясняется в ходе процесса, но возбуждается процесс заинтересованностью. Однако стоит уточнить, после конституирования публичного образования как стороны гражданского процесса категория «интерес» приобретает принципиальное значение.

П.Ф. Елисейкин отмечает, что процессуальное право должно обеспечить защиту любого субъективного права и охраняемого законом интереса, вытекающего из соответствующей отрасли права. <sup>4</sup>

По мнению Е.В.Васьковского, юридический интерес – не что иное, как материальный или нематериальный интерес, облеченный в форму права или обязанности. <sup>5</sup>

Большинство авторов придерживаются мнения о том, что сторонам присуща материальная заинтересованность в исходе дела. <sup>6</sup> Действительно, стороны как участники спорного правоотношения заинтересованы в его правильном разрешении. Для наиболее удачного разрешения дела необходима и процессуальная заинтересованность: это положение в полной мере относится именно к стороне процесса. Однако необходимо обратить внимание на следующее: интерес и заинтересованность не идентичные понятия. <sup>7</sup>

Как отмечает Т.В. Сахнова, решая вопрос о возбуждении гражданского дела, судья проверяет наличие определенных предпосылок и соблюдение условий, установленных процессуальным законодательством. Если в конкретной ситуации наличествуют легальные предпосылки права на обращение в суд и заявителем соблюдены условия его реализации, - данное лицо является заинтересованным в защите, а потому процесс должен быть возбужден. <sup>8</sup>

---

1 См., напр.: Краснокутский В.А. Очерки гражданского процессуального права. Опыт систематизации законодательства РСФСР и СССР по судостроительству и гражданскому судопроизводству. Кинешм. 1924. С.203; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. – М.: Юристъ, 2004. С.149, Шакарян М.С. Учение о сторонах в советском гражданском процессе. М., 1983. С. 8.

2 См., напр.: Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев,1912.С.159; Гольмстен А.Х. Программа по русскому гражданскому судопроизводству. Петроград,1915. С.281.

3 См., напр.: Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс Москва,1954 С.235, М.А. Стороны - основные лица искового производства. Саратов, 1968. С. 3, Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев,1912, С.159.

4 Елисейкин П.Ф. Предмет и принципы советского гражданского процессуального права. Ярославль, 1974. С.53.

5 Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.:Изд.Бр.Башмаковых,1917. С.215.

6 Гражданское процессуальное право России: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М., 1996. С. 58; Вилкут М.И. Стороны - основные лица искового производства. Саратов, 1968. С. 5.

7 Сахнова Т.В. Интерес и заинтересованность в гражданском процессе // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации»: Материалы международной научно-практической конференции 15-16 февраля 2008 г., Воронеж. Воронеж, 2008.

8 Указ. соч. С.92.



Носителем интересов является публичное образование. В процессуальных отношениях указанные интересы выражаются публичным органом.

Например, орган муниципального образования непосредственно защищает в суде право собственности муниципального образования.

*Управление архитектуры администрации города Красноярска обратилось в Арбитражный суд Красноярского края с иском к индивидуальному предпринимателю Н. об обязанности снести (демонтировать) временное сооружение-автостоянку на земельном участке.*

*Пунктом 1 статьи 28 Земельного кодекса Российской Федерации предусмотрена возможность предоставления земельных участков гражданам из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, в аренду.*

*Индивидуальному предпринимателю было отказано в заявлении на размещение временного сооружения, поскольку заявленный земельный участок согласован другому юридическому лицу.<sup>1</sup>*

Вышеназванные нормы законодательства, положения доктрины дают основание сделать вывод о следующем.

Публичное образование может выступать в качестве стороны в цивилистическом процессе. Это обусловлено возможностью участия публично-правового образования в материальных правоотношениях.<sup>2</sup>

На публичное образование в полной мере распространяются принципы гражданского права, в том числе, принцип равенства участников правоотношений.

Стоит согласиться с В.Н. Щегловым, который в своей работе «Субъекты судебного гражданского процесса» отмечает: «в регулируемых гражданским правом имущественных отношениях и связанных с ними неимущественных ни один из субъектов не обладает властными полномочиями».<sup>3</sup> Участие публичного образования в процессуальных правоотношениях так же основано на равенстве.

Кроме общих признаков сторон, необходимо выделить признаки публичного образования как стороны цивилистического процесса, которые иллюстрируют особенности участия публично-правового образования в процессе.

Обратимся к анализу судебной практики Арбитражного суда Красноярского края. Рассмотрим пример, касающийся случаев, когда публичное образование выступает субъектом права собственности спорного правоотношения.

*В соответствии с частью 1 статьи 1, части 2 статьи 2 Устава Манского района Красноярского края, зарегистрированного Управлением юстиции администрации Красноярского края 14.07.1998, Манский район*

1 Архив Арбитражного суда Красноярского края за 2010 г. Дело № А33-14391/2010

2 См., напр.: Ченцов Н.В. Российская Федерация как сторона в исковом производстве // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2004. С. 47-56; Он же: Проблемы защиты государственных интересов в гражданском судопроизводстве. – Томск, Изд-во Том. ун-та, 1989. С.48.

3 Щеглов В.Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск, 1979. С.4

является муниципальным образованием, наделенным статусом муниципального района, в состав территории района входит, в том числе Каменский сельсовет, наделенный статусом сельского поселения.

Исходя из положений статьи 2 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» к вопросам местного значения поселения относятся, в том числе, владение, пользование и распоряжение имуществом, находящимся в муниципальной собственности поселения.

В соответствии с частью 10 статьи 35 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в исключительной компетенции представительного органа муниципального образования находится, в том числе, определение порядка управления и распоряжения имуществом, находящимся в муниципальной собственности. Аналогичное положение закреплено в статье 28 Устава Манского района Красноярского края.<sup>1</sup>

**Можно сделать вывод о том, что закрепление правомочий представителей публичного образования в нормативных актах обязательно.**

**Участие публичного образования в процессе имеет пределы, обусловленные его участием в материальном правоотношении.**

**Публичный орган возбуждает дело в интересах публичного образования.**

В одном из решений Арбитражного суда Красноярского края иллюстрируется следующая ситуация.

*Истец не представил доказательства наличия у него полномочий представлять интересы РФ (при взыскании в бюджет) в рамках настоящего дела по заявленному спору. У суда отсутствуют доказательства наличия у истца полномочий требовать взыскания спорной суммы в порядке возмещения произведенной за счет средств федерального бюджета выплаты.<sup>2</sup>*

Необходимо различать ситуации: орган выступает в процессе от своего имени и в чужом интересе, орган-представитель (выступает от имени и по поручению другого субъекта - публичного образования).

Публичный орган в этом случае выступает как представитель публичного образования.

В данном случае речь идет о стадии судебного разбирательства, а значит, заявление нужно оставлять без рассмотрения, так как оно подписано или подано лицом, не имеющим полномочий на его подписание или предъявление иска (ст. 222 ГПК РФ).<sup>3</sup>

Можно выделить следующий признак публичного образования как стороны: публичное образование может обладать самостоятельной

<sup>1</sup> Архив Арбитражного суда Красноярского края за 2008 г. Дело № А33-9825/2008.

<sup>2</sup> Архив Арбитражного суда Красноярского края за 2007 г. Дело № А33-5534/2007.

<sup>3</sup> Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 14.11.2002. N 138-ФЗ (с изм., внесенными ФЗ РФ от 06.02.2012 № 4-ФЗ) // Российская газета. 2002. № 220.

процессуальной правоспособностью и дееспособностью, но реализация в процессе требует персонификации, например, в лице определенного органа.

В связи с этим нередко случаи **замены публичного органа «в лице».**

*Индивидуальный предприниматель О.С. в арбитражный суд с иском к Российской Федерации в лице Министерства юстиции Российской Федерации и Федеральной службы судебных приставов о взыскании убытков в виде упущенной выгоды в размере 90000 рублей.*

*По заявлению истца произведена замена ответчиков - Российской Федерации в лице Министерства юстиции Российской Федерации и Федеральной службы судебных приставов на Российскую Федерацию в лице Федеральной службы судебных приставов.<sup>1</sup>*

В данном случае выводы суда ошибочны: замены в процессуальном смысле не будет, происходит замена органа «в лице».

Определение стороны зависит от **субъектного состава спорного материального правоотношения.**

*Организация пассажирских перевозок на договорной основе, в том числе и путем проведения объявленного администрацией конкурса, возможно лишь в том случае, когда заказчиком автотранспорта и лицом, заключающим договор об организации пассажирских перевозок, выступает само муниципальное образование или лицо, уполномоченное от его имени приобретать имущественные права и обязанности.<sup>2</sup>*

Обратимся к **особенностям судебного решения**, вынесенного в отношении публичного образования: это позволит выделить дополнительные признаки публичного образования как стороны.

*Неуказание в резолютивной части решения на взыскание денежных средств за счет казны муниципального образования в лице финансового органа не указывает на неправомерность судебного акта и не нарушает интересы муниципального образования, поскольку не влечет перемены источника возмещения вреда – казны, от имени которой действует администрация и ее финансовый орган, находящийся в структурном подчинении.<sup>3</sup>*

Исходя из вышеприведенного примера, можно сделать неправильный вывод о том, что администрация как орган муниципального образования действует в данном случае от имени казны, а не от имени самого публичного образования. Казна является источником возмещения, но не стороной в процессе.

Аналогична ситуация с взысканием на основании судебного решения, которое производится в **доход публичного образования.**

**Сила судебного решения распространяется непосредственно на публичное образование.**

*Удовлетворяя требования о привлечении собственника к субсидиарной ответственности по долгам учреждения, суду в резолютивной части решения следует указывать, что соответствующий долг учреждения взыскивается с*

1 Архив Арбитражного суда Красноярского края за 2008 г. Дело N А33-3896/2008.

2 Архив Арбитражного суда Красноярского края за 2004г. Дело № А33-17277/04-сб.

3 Определение ВАС РФ от 02.09.2011 № ВАС-10797/11 по делу № А51-14452/2010

*РФ, субъекта РФ, муниципального образования соответственно, а не с органов, выступающих от имени публично-правовых образований.<sup>1</sup>*

Существует вопрос о **возможности замены публичного органа**, представляющего интересы публичного образования в процессе.

*Арбитражным судам необходимо иметь в виду, что производство по делам, по которым от имени РФ выступали упраздненные федеральные органы исполнительной власти и их территориальные органы, не может быть прекращено по мотиву упразднения соответствующего федерального органа.*

*В названных случаях к участию в арбитражном деле вместо упраздненных должны допускаться федеральные органы исполнительной власти (их территориальные органы), которым переданы соответствующие функции упраздняемых федеральных органов. Об этом указывается в судебном акте.<sup>2</sup>*

Таким образом, в данном случае публичное образование как сторона незаменима. **Замене могут подлежать органы**, представляющие интересы публичного образования в процессе, но не сама сторона. Однако возможны ситуации, когда иск ошибочно заявлен не к тому публичному образованию: возможна замена стороны. Также не стоит забывать про случаи правопреемства.

На основании вышеприведенного можно выделить **признаки публичного образования как стороны гражданского процесса:**

- 1) является предполагаемым участником спорного материального правоотношения;
- 2) является предполагаемым носителем материально-правового интереса (стоит уточнить, что определяющим признаком сторон будет не сам интерес, но заинтересованность);
- 3) свойственна материально-правовая и процессуальная заинтересованность;
- 4) имеет противоположные интересы с другой стороной процесса;
- 5) судебное решение защищает интересы публичного образования;
- 6) непосредственно на публичное образование распространяется законная сила судебного решения;
- 7) публичное образование может обладать самостоятельной процессуальной правоспособностью и дееспособностью, но реализация этого в процессе требует персонификации органа;
- 8) в процессе возможна замена органа «в лице»;
- 9) связь между субъектами процесса с участием публичного образования имеет свои особенности, обусловленные возможностью реализации интересов публичного образования в лице своих органов;
- 10) взыскание на основании судебного решения производится в доход публичного образования;
- 11) существуют случаи, когда публичное образование может выступать стороной тогда, когда оно само специальным актом возложит на себя какую-

<sup>1</sup> Определение ВАС РФ от 25.04.2011 № ВАС-12615/10 по делу № А45-24927/2009

<sup>2</sup> Об упразднении федеральных органов исполнительной власти, выступающих в арбитражном процессе от имени РФ: Письмо ВАС РФ от 19.07.2004. № с1-7/уп-905.

либо обязанность (например, возмещение вреда в случае катастрофы);

12) публичный орган возбуждает дело в интересах публичного образования в случаях, предусмотренных законом

Выделенные признаки дают основания сделать вывод о том, что публичное образование может выступать в качестве стороны гражданского процесса.

# Компаративистика

# Der gutgläubige Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach deutschem Recht im Vergleich mit dem Vorschlag der Study Group on a European Civil Code für „Principles of European Law: Acquisition and Loss of Ownership of Goods“

Боженова Мария Владимировна,  
студентка 1 курса отделения магистратуры  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шишмарева Татьяна Петровна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

## I. Einleitung

Die Rechtslage des gutgläubigen Erwerbers ist ein Dauerbrenner. Die Frage des Schutzes vom gutgläubigen Erwerber hat bis heute in unserem Land keine genaue Lösung. Jede Lösung bietet den Schutz einer Seite: entweder des gutgläubigen Erwerbers oder des Eigentümers an. In Staaten mit dem entwickelten System des bürgerlichen Rechts, wie in Deutschland, steht dieses Problem nicht so scharf, dank dem vieljährigen Existieren des BGB hat der gutgläubige Erwerber einen rechtlichen Schutz seiner Rechte bekommen. Deutschland ist ein Mitgliedstaat der EU, und alle Entwicklungen des europäischen Rechts haben unmittelbare Wirkungen für das deutsche Recht.

## II. Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch

Das Zivilrecht blieb in den ersten Jahren des europäischen Einigungsprozess von europarechtlichen Einflüssen unberührt. In Anfangsjahren der EG wurden vor allem wirtschaftsverwaltungsrechtliche Vereinheitlichungsvorhaben ausgearbeitet, die dem Bereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen sind<sup>1</sup>. Danach haben die Entwicklungen auch das Zivilrecht betroffen. Die Erarbeitung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts war der erste Schritt auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch. Das Europäische Parlament plädiert bereits seit über zwanzig Jahren für die Erarbeitung des Europäischen Zivilgesetzbuches. Schon in den Jahren 1989 und 1994 hat es zwei Resolutionen zur Vorbereitung eines einheitlichen europäischen Vertrags- und Schuldrechtsgesetzes verabschiedet.<sup>2</sup> Ansonsten aber blieb es eher privaten Initiativen überlassen, sich Vorschläge über ein europäisches Vertragsrecht zu machen. Besonders erwähnenswert sind die Bemühungen einer von dem Kopenhagener Hochschullehrer Ole Lando gebildete Kommission (*Lando-Kommission*) um die Herausarbeitung von *Principles of European Contract Law*, die 1995, 2000 und 2003 publiziert worden sind.<sup>3</sup> In der

\* Боженова Мария Владимировна, студентка 1 курса Магистратуры Юридического института СФУ по направлению «Цивилист: iustitia et ius»; студентка Магистратуры Университета г. Пассау (Германия) по направлению «Немецкое право для иностранных студентов»;

Научный руководитель: Шишмарева Татьяна Петровна, доцент кафедры Гражданского права Юридического института СФУ

<sup>1</sup> Mittwoch A.-C. Die Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa – auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch? //JuS. 9/2010, S. 767.

<sup>2</sup> Resolution von 26.05.1989 (ABIEG 1989, C 158/400); Resolution von 06.05.1994 (ABIEG 1994 C 205/518).

<sup>3</sup> Machael Martinek Staudinger/Eckpfeiler des Zivilrechts. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2011, S. 41.

Zwischenzeit ist die Arbeit weiter gegangen. Seit 2005 bildeten verschiedene Wissenschaftlergruppen „Exzellenznetzwerk“, dessen Aufgabe in der Vorbereitung und Evaluierung von Entwürfen für einen Gemeinsamen Referenzrahmen bestand. Herausragende Bedeutung hatten dabei die *Acquis Group* und die *Study Group*, die vor allem auf der Hälfte der Mitglieder der Lando-Kommission aufgebaut worden ist. Im Jahre 2009 wurde die endgültige Version des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) von diesen Gruppen veröffentlicht.<sup>1</sup> Allerdings sind die Erarbeitung im Bereich des Sachenrechts nicht veröffentlicht worden. Diese beiden Wissenschaftlergruppen setzen auch fort, getrennt voneinander die Modelle der einheitlichen Referenzrahmen zu erarbeiten. Wie die *Acquis Group* publiziert auch die *Study Group* die Resultate ihrer Arbeit in eigenständigen Bänden; das wichtigste Band für uns ist „Erwerb und Verlust von Eigentum an beweglichen Sachen“ (ein Resultat der Arbeit von der Arbeitsgruppe der *Study Group* aus Graz). Das ist ein neuer Vorschlag des Entwurfs vom Europäischen Zivilgesetzbuch vom Jahre 2011.

In folgenden wird dargelegt, wie die Frage des gutgläubigen Erwerbs in der Bundesrepublik Deutschland gelöst wird und wie sie im Vorschlag der Study Group on a European Civil Code entschieden wird, welche parallele und unterschiedliche Sache gibt es in diesen zwei Rechtsquellen.

### III. Begriff des „Guten Glaubens“

Der gutgläubige Erwerber ist eine Person, die die Sache von Nichtberechtigten erwirbt, deswegen das Stichwort dieses Begriffs ein guter Glaube vom Erwerber ist. Der Sinn des Begriffes in verschiedenen Rechtssystemen ist nicht gleich (z. B. nach deutschen und russischen Recht), aber was die *Study Group* vorgeschlagen hat?

Gemäß § 932 II BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn es ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Aus dem Sinn des Begriffes hat BGH formuliert: „der Rechtsgrund für den gutgläubigen Erwerb ist immer ein auf dem Besitz beruhender Rechtsschein, auf den der Erwerber sich verlassen dürfte“<sup>2</sup>. § 366 I HGB geht noch einen entscheidenden Schritt weiter, indem dort nicht nur der gute Glaube an das Eigentum, sondern an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers geschützt ist<sup>3</sup>.

Im Entwurf der Artikeln wird solche Definition vorgeschlagen: der Erwerber ist gutgläubig, wenn „er von dem Umstand, dass der Veräußerer zur Übertragung des Eigentums an der beweglichen Sache weder berechtigt noch ermächtigt war, zu dem Zeitpunkt, an dem Eigentum übergehen würde, keine Kenntnis hatte und Kenntnis hiervon von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte“ (Artikel VIII. – 3:101 Absatz (1)(d))<sup>4</sup>. Ungeachtet der sinnlichen Ähnlichkeit dieser zwei Begriffe hat der Bearbeiter hier andere Fassung gewählt. Zum Unterschied von deutschem Recht ist die Voraussetzung des guten Glaubens in der positiven Fassung gegeben. Wichtig an dieser positiven Formulierung ist vor allem, dass sie (besser als die negative

1 Gebauer M., Wiedmann T. Zivilrecht unter europäischen Einfluss; Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2010, S.30.

2 Münchener Kommentar zum BGB/Oechsler. München: Verlag C.H.Beck, 2011, § 932 Rn. 38; BGH NJW 1961, 777.

3 Wolf/Wellenhofer Sachenrecht. München: Verlag C.H.Beck, 2011, §8 Rn. 22; Bauer/Stürmer Sachenrecht. München: Verlag C.H.Beck, 2000, §52 Rn 29.

4 Acquisition and loss of ownership of goods: bearbeitet von B. Lurger, München: Sellier European Law Publ., 2011, S. 100.



Fassung in § 932 II BGB) deutlich macht, was Gegenstand der Gut- oder Bösgläubigkeit ist<sup>1</sup>.

Während der Erarbeitung des Vorschlags hat die *Study Group* auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten geachtet. In einigen Rechtssystemen ist der gutgläubige Erwerb bei der groben Fahrlässigkeit (wie in Deutschland) ungültig, in anderen – schon bei der leichten Fahrlässigkeit. Die Abwägung der Interessen von dem Eigentümer und Erwerber schlägt die strengeren Standarten des gutgläubigen Erwerbs vor. Der Erwerber soll nur dann geschützt werden, wenn er nicht fahrlässig gehandelt hat. Das beweist der Absatz (1)(d) mit der Formulierung „Kenntnis konnte von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden“<sup>2</sup>.

Die Mehrheit der europäischen Rechtssysteme bietet die Vermutung der Gutgläubigkeit. Gemäß §§ 932 I 1, 933, 934 BGB muss jeder, wer den Eigentumserwerb bestreitet, beweisen, dass der Veräußerer nicht Eigentümer und der Erwerber nicht in guten Glaube war<sup>3</sup>. Der Artikel des Vorschlags erlegt dem Erwerber die Beweislast auf und setzt die Gutgläubigkeitsvermutung aus. Hier wird berücksichtigt, dass der gutgläubige Erwerb eine außergewöhnliche Gelegenheit für den Eigentumserwerb ist, wo der Erwerber den Eigentumserwerb behauptet, das ist ein starkes Argument für die Vermutung seiner Bösgläubigkeit<sup>4</sup>.

#### **IV. Gründe und die Voraussetzungen des gutgläubigen Eigentumserwerbs**

Im Grund des Eigentumserwerbs im deutschen Recht liegen Abstraktions- und Trennungsprinzip. Die Abstraktions- und Trennungsprinzipien sind die wichtigsten Prinzipien des deutschen Rechts, denen zugrunde die Ideen von *Savigny*<sup>5</sup> gelegt haben. Danach spricht man über 2 Geschäften: *Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft*. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und das seiner Erfüllung dienende Verfügungsgeschäft sind zu trennen. Das Übereignungsgeschäft ist vom Verpflichtungsgeschäft abstrakt. Infolgedessen führt die Unwirksamkeit der Verpflichtung nicht zur Unwirksamkeit der Übereignung und umgekehrt. Aber das Verpflichtungsgeschäft ist ein Kausalgeschäft und deswegen kann der Erwerber bei dem unwirksamen Verfügungsgeschäft eine Leistung fordern<sup>6</sup>.

Nach deutschem Recht sind für einen gutgläubigen Eigentumserwerb zunächst die für einen rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb vorgesehenen Voraussetzungen zu erfüllen. Gemäß § 929 S.1 wird das Eigentum an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe übertragen. Und die mangelnde Verfügungsmacht wird durch den an dem Rechtsschein angeknüpften guten Glauben ersetzt.

Bei der Einigung handelt es sich um einen formfreien, abstrakten dinglichen Vertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, auf den die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB Anwendung finden<sup>7</sup>. Die fehlende Geschäftsfähigkeit, die Anfechtung, Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot lassen die Einigung erst gar nicht wirksam werden. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet von vornherein aus. Die

1 J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3 Sachenrecht §§ 925 – 984, Anhang zu §§ 929 ff. bearbeitet K.-H. Gursky, Berlin: Sellier – de Gruyter, 2011, §932 Rn 38.

2 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 895.

3 Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §932 Rn. 104.

4 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 896.

5 Savigny, Das Recht des Besitzes, Frankfurt am Main: Keip, 1985, S. 205-212.

6 Musielak, Grundkurs BGB, München: Verlag C.H.Beck, 2010, Rn 223; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, München: C.F.Müller, 2010, Rn 212-215.

7 PWW/Prütting, Kommentar zum BGB, München, 2009, §929 Rn 5.

von § 929 S.1 verlangte Übergabe ist dadurch gekennzeichnet, dass der Besitz vom Veräußerer dem Erwerber übergeht und dieser Erwerb auf Veranlassung des Veräußerers erfolgt<sup>1</sup>.

Allerdings gibt es andere Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs, wie §§ 929 S. 2, 932 I 2 BGB, §§ 930, 933 BGB, §§ 931, 934 BGB. Nach § 929 S.2 genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums, wenn der Erwerber bereits die Sache im Besitz hat. Hiernach ist für einen gutgläubigen Eigentumserwerb erforderlich, dass der Erwerber den ihm eingeräumten Besitz gerade von dem Veräußerer erlangt hat und im Augenblick der Einigung noch gutgläubig ist<sup>2</sup>. Die Übergabe – nicht die Einigung – kann ersetzt werden durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts nach § 930 BGB oder die Abtretung eines Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. Man spricht von Übergabesurrogaten. Bedeutung erlangt Besitzkonstitut vor allem, wenn der Veräußerer den Besitz an der Sache behalten möchte. In derartigen Fallkonstellationen muss der Erwerber gutgläubig bis dann sein, wenn der Veräußerer die Sache dem Erwerber übergibt.

Wenden wir uns an die Voraussetzungen des Vorschlags von der *Study Group*. Laut dem Artikel VIII. – 3:101 Absatz (1) ist die Person, die vorgibt, das Eigentum zu übertragen (der Veräußerer), zur Übertragung des Eigentums an der beweglichen Sache weder berechtigt noch ermächtigt, erwirbt der Erwerber dennoch das Eigentum, und verliert der frühere Eigentümer dieses, vorausgesetzt dass: (a) die in VIII. – 2:101 (Voraussetzungen der Übertragung von Eigentum im Allgemeinen) Absätze (1)(a), (b), (d), (2), (3) angeordneten Voraussetzungen erfüllt sind; (b) die Voraussetzungen der Übergabe oder eines Übergabeäquivalents entsprechend entsprechend der Anordnung in VIII. – 2:101 Absatz (1)(e) erfüllt ist; (c) der Erwerber die bewegliche Sache gegen Entgelt erwirbt; (d) der Erwerber von dem Umstand, dass der Veräußerer zur Übertragung des Eigentums an der beweglichen Sache weder berechtigt noch ermächtigt, zu dem Zeitpunkt, an dem Eigentum übergehen Würde, keine Kenntnis hatte und Kenntnis hiervon von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte<sup>3</sup>. Der Artikel weist auf die allgemeinen Voraussetzungen der Übertragung des Eigentums, wie die Existenz der beweglichen Sache (Artikel VIII. – 2:101 Absatz (1)(a)), die Übertragbarkeit der beweglichen Sache (Artikel VIII. – 2:101 Absatz (1)(b)) und der Bestand des „Titels“ (Artikel VIII. – 2:101 Absatz (1)(d)), hin. Der Erwerber soll ein Recht gegen den Veräußerer haben, um das Besitz zu bekommen, und das Recht geht aus einem Vertrag, anderen Rechtsakt, Gerichtsurteil u. ä. Wenn der Vertrag über Eigentumsübertragung zwischen dem Veräußerer und Erwerber unwirksam ist oder angefochten worden ist, darf der Erwerber auch gutgläubig die Sache nicht erwerben, weil das Kausalgeschäft fehlt. Außerdem, wenn der Vertrag zwischen dem Veräußerer und Erwerber mit der Rückwirkung angefochten worden ist, verliert der Erwerber das Eigentumsrecht an die Sache ungeachtet alle erfüllte Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs<sup>4</sup>.

---

1 Schreiber, Burbulla, Der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen// „Jura“ 1999, S. 151.

2 Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb im bürgerlichen Recht, im Handels- und Wertpapierrecht sowie in Zwangsvollstreckung, Berlin: de Gruyter, 1985, S. 21.

3 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 100.

4 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 891.

Wie das deutsche Recht, der Vorschlag der *Study Group* bietet einige Varianten der Übergabe, nämlich drei Typen: eine Übergabe, ein Übergabeäquivalent und eine Vereinbarung betreffend den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs. Der gutgläubige Erwerb erfordert sowieso eine physische Manifestation für die Übergabe. Wenn die Parteien über die unmittelbare Übergabe vereinbart haben, aber der Besitz bleibt bei dem Veräußerer, erwirbt der Erwerber kein Eigentum an diese Sache. Jedoch wenn die Parteien über den Eigentumsübergang nach der Übergabe vereinbart haben, dann darf der gutgläubige Erwerber das Eigentum erhalten<sup>1</sup>.

Die nächste notwendige Voraussetzung des Artikels VIII. – 3:101 vom Vorschlag ist die Entgeltlichkeit des Erwerbs. Die Folge des gutgläubigen Erwerbs für den Eigentümer, der in diesen Fall das Eigentum verliert, ist so schwerwiegend, dass nur der gutgläubige Erwerber, der gleichermaßen an der erheblichen Nachteilen leiden würde, wenn der gutgläubige Erwerb nicht erlaubt wird, den Schutz verdient. Das sind nicht die Fälle, wenn der gutgläubige Erwerber keinerlei Wert geleitet hat, oder er überhaupt nicht verpflichtet ist, den Wert der Sache zu leisten, - zum Beispiel wenn er die Sache als Geschenk gekriegt hat. In Abwägung der Interessen von dem Eigentümer und Beschenkte wiegen die Interessen vom früheren Eigentümer über. Allerdings hat der gutgläubige Erwerber, wenn er dem Eigentümer die Sache herausgibt, Recht, von dem Eigentümer die Aufwendung für die Führung und Erhaltung der Sache zu verlangen<sup>2</sup>. Das deutsche Recht macht in §§ 929 ff. BGB keinen Unterschied zwischen den entgeltlichen und unentgeltlichen Eigentumserwerb, weil BGB einen Akzent darauf legt, dass der Erwerber gleich sorgfältig in allen Geschäftsverkehrssituationen sein soll<sup>3</sup>.

Der Artikel VIII. – 3:101 Absatz (1)(d) des Vorschlags und §932 I BGB setzen in verschiedenen Fassungen für den gutgläubigen Erwerb ein Bestand des guten Glaubens, darüber oben gesagt worden ist, voraus. Wichtig ist, bis wann der Erwerber gutgläubig sein muss. Nach deutschem Recht muss der Erwerber gutgläubig bis dann sein, wenn der Veräußerer die Sache dem Erwerber übergibt. Der gleiche Ansatz existiert in der Mehrheit der Europäischen Staaten und die *Study Group* hat keine Ausnahme in ihrem Vorschlag des Europäischen Zivilgesetzbuchs gemacht. Absatz (1)(d) des Artikels VIII. – 3:101 setzt voraus, dass der Erwerber gutgläubig bis dem Zeitpunkt sein, wenn alle Forderungen des Artikels VIII. – 2:201 (Allgemeine Voraussetzungen der Eigentumsübergabe) erfüllt sind<sup>4</sup>.

#### **V. Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs**

Der gutgläubige Eigentumserwerb ist laut §935 I BGB ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist. Abhandenkommt die Sache, wenn der unmittelbare Besitz an ihr unfreiwillig verloren geht. §935 BGB trägt durch eine Reduzierung des breit angelegten Gutglaubensschutzes den Interessen des Eigentümers Rechnung. Die den §§ 932 – 934 zugrunde liegende These, der vom Besitz bzw. seiner Verschaffung ausgehende Rechtschein rechtsfertige das Vertrauen des Erwerbers, soll zugunsten des Eigentümers nicht gelten, wenn es um abhanden

---

1 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 891 – 892.

2 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 892.

3 Prof. Dr. Weber, R. Sachenrecht I. Bewegliche Sachen. Baden-Baden: Nomos, 2010, S. 113 – 114.

4 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 894.

gekommene Sachen geht. Der Bestandsschutz des Eigentums erhält dort Vorrang vor dem Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs, wo der Eigentümer die Verfügung des Nichtberechtigten nicht selbst durch Besitzüberlassung ermöglicht hat<sup>1</sup>.

Wie die Mehrheit der europäischen Rechtssysteme bietet der Vorschlag der *Study Group* die nächste Ausnahme in Absatz (2) des Artikels VIII. – 3:101: „an gestohlenen beweglichen Sachen findet ein gutgläubiger Erwerb in Sinne von Absatz (1) nicht statt...“. Als Rechtsfertigung dieser Regel nennt die *Study Group* eine Tatsache, dass der Eigentümer mit dem Verlust von Besitz in irgendeiner Weise nicht beigetragen hat. Der Diebstahl und der Raub sind schwere Straftaten gegen dem Eigentümer und dem Eigentumsrecht, und das Gesetz muss so weit wie möglich gewährleisten, dass solche Aktionen so wenig Schaden an der Eigentümerseite wie möglich verursachen<sup>2</sup>.

Beide Rechtsquellen (BGB und der Vorschlag) schlagen die Ausnahme von de Ausnahme vor. § 935 II BGB gewährt dem Erwerber das Recht, das Eigentumsrecht an Geld, Inhaberpapiere sowie an Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden, zu erhalten. Die Ausnahme, die mit Geld und Inhaberpapier verbindet ist, ist bekannt auch im russischen Recht, besonders interessiert die öffentliche Versteigerung uns. Der Begriff der öffentlichen Versteigerung ist in § 383 III 1 BGB definiert. Die Ausnahme in Falle der öffentlichen Versteigerung beruht historisch zunächst auf dem Institut der Verschweigung. Nutzt der Eigentümer die Öffentlichkeit der Versteigerung nicht, um gegen die Veräußerung Einspruch zu erheben, sondern verschweigt er, hat er nach dieser Vorstellung sein Recht verschwiegen<sup>3</sup>. Diese Rechtsfolge wird ergänzt, das Verstaunen auf die unter öffentlicher Autorität vorgenommene Veräußerung solle bei der Versteigerung nicht beeinträchtigt werden<sup>4</sup>.

Die *Study Group* hat die andere Fassung gewählt. Laut dem Artikel VIII. – 3:101 Absatz (2) findet ein gutgläubige Erwerb an gestohlenen beweglichen Sachen nicht statt, „es sei denn, der Erwerber erwirbt die bewegliche Sache von einem Veräußerer, der im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb handelt“<sup>5</sup>. Der Artikel wählt absichtlich einen anderen Ansatz, der in vielen Fällen zu den gleichen Ergebnissen führen könnten. Der Absatz (1) des Vorschlags definiert die allgemeinen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs ohne irgendeine Einschränkung in der speziellen Situation der Übergabe und des Handels. Also, falls die Sache nicht gestohlen worden ist, darf sie gutgläubig an jedem Ort und Zeit erworben werden. Der Absatz (2) bietet, dass der Erwerb nur in einer privilegierten Situation möglich ist, wenn der Veräußerer im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb handelt. Der Artikel VIII. – 3:101 bietet eine strenge Kategorie der privilegierten Situationen nur im Zusammenhang mit gestohlenen Sachen, wo jeder Veräußerer außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit als verdächtig von vornherein qualifiziert ist. Die *Study Group* meint, dass die Fassung des Artikels VIII. – 3:101 die flexiblere

---

1 Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §935, Rn 1.

2 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 898.

3 Münchener Kommentar zum BGB/Oechsler. München: Verlag C.H.Beck, 2011, § 935 Rn. 17.

4 Münchener Kommentar zum BGB/Oechsler. - §935 Rn. 18.

5 Acquisition and loss of ownership of goods, S. 101.

Anpassung an die Umstände des Einzelfalls ist, als die traditionellen Ansätze unter Berufung auf ein paar privilegierten Situationen<sup>1</sup>. Wenn der Veräußerer im gewöhnlichen Betrieb handelt, hat der Erwerber kein Grund für Zweifel. Im ordentlichen Geschäftsgang werden die Verträge in der Regel in einer zuverlässigen Umgebung gemacht, und egal ob der Kunde ein Verbraucher oder ein Geschäftsführer ist. Außerdem ist sie der Meinung, dass die Regeln für die Auktionen und öffentlichen Märkte in früheren Zeiten wichtig gewesen sind, heutzutage gibt es keine guten Gründe, einen Erwerb auf dem öffentlichen Markt im Vergleich mit dem Erwerb anderswo zu privilegieren<sup>2</sup>.

## **VI. Gutgläubiger Erwerb und Rechte von Dritten**

Wenn der gutgläubige Erwerber das Eigentum an die Sache bekommt, was passiert mit den Rechten von Dritter? Im deutschen Recht regelt § 936 BGB solche Fälle. Gemäß § 936 BGB erwirbt der gutgläubige Erwerber eine Sache lastenfrei. Es handelt sich dem Normwortlaut um Rechte, die die Sache belasten. Als beschränkte dingliche Rechte Dritter kommen Nießbrauch und Pfandrecht (bei beweglichen Sachen) und auch Aneignungsrechte (Jagdrechte) in Betracht<sup>3</sup>.

Der Vorschlag der *Study Group* beinhaltet einen speziellen Artikel, danach „die bewegliche Sache mit einem beschränkten dinglichen Recht einer dritten Person belastet ist und der Veräußerer weder berechtigt noch ermächtigt ist, über die bewegliche Sache frei von dem Recht der dritten Person zu verfügen, erwirbt der Erwerber das Eigentum dennoch frei von diesem Recht, voraussetzt...“<sup>4</sup>, dass alle Forderungen des gutgläubigen Erwerbs erfüllt werden. Außerdem hat der Erwerber die Tatsachen zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass Kenntnis des Erwerbers vom fehlenden Recht bzw. von der fehlenden Ermächtigung des Veräußerers vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte. Seine Gutgläubigkeit soll auf die Abwesenheit der Rechten Dritter strecken.

Der Begriff der „beschränkten dinglichen Rechten“ definiert im Artikel VIII. – 1:204, das sind Sicherungsrechte, Nutzungsrechte, Rechte zum Erwerb in Sinne von VIII. – 2:307 (Anwartschaftsrecht des Erwerbers unter Eigentumsvorbehalt), Rechte mit dem Bezug auf einen *trust*.

Im Sinne des § 936 BGB und Artikels VIII. – 3:102 gibt es keinen Unterschied. Der gutgläubige Erwerb darf die Sache ohne Rechte Dritter erwerben, wenn er keine Kenntnisse darüber gehabt hat.

## **VII. Schlussfolge**

Oben wurden die wichtigste Aspekte im Bereich des gutgläubigen Erwerbs vorgestellt. Beachtet wurden die sowohl unterschiedliche als auch ähnliche und gleiche Momente. Der Vorschlag des Europäischen Zivilgesetzbuchs von der *Study Group* wiedergibt viele Rechtsnormen von BGB, die andere Fassung, aber den gleichen Sinn haben. Die Ursache ist dazu, dass bereits etwa 80% der in Deutschland geltenden Rechtsnormen auf dem Recht der Europäischen Union beruhen oder sogar Unionsrecht sind. Auch BGB kann längst nicht mehr als eine rein nationale und

<sup>1</sup> Acquisition and loss of ownership of goods, S. 899.

<sup>2</sup> Acquisition and loss of ownership of goods, S. 900.

<sup>3</sup> Bauer/Stürner, § 52 Rn. 51; Münchener Kommentar zum BGB/Oechsler. - § 936 Rn. 3.

<sup>4</sup> Acquisition and loss of ownership of goods, S. 101.

autonome Zivilrechtskodifikation verstanden werden, sondern wird seit Jahrzehnten zunehmend durch das supranationale Europarecht geprägt<sup>1</sup>.

Zum Schluss möchte ich sagen, dass die Erarbeitung des Europäischen Zivilgesetzbuchs nicht mehr so visionär aussieht, die Entwürfe des zukünftigen Gesetzbuchs werden geschaffen, möglicherweise wird ein dieser Entwürfen einmal dem Europäischen Zivilgesetzbuch.

---

<sup>1</sup> Michael Martinek Staudinger/Eckpfeiler des Zivilrechts. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2011, S. 40.

# Schutz der Minderjährigen im Rechtsverkehr

Бычкова Тамара Сергеевна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Шишмарева Татьяна Петровна,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
Юридического института СФУ

**I. Einleitung.** Als Minderjährige bezeichnet man Personen, die mit der Vollendung des achtzehnten Lebensjahres eingetretene Volljährigkeit noch nicht erlangt haben (§§ 2, 104 ff. BGB). Das Gesetz bestimmt, dass Minderjährige, die nicht das siebente Lebensjahr vollendet haben, geschäftsunfähig sind (§ 104 Nr. 1 BGB) und diejenige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (ab 00.00 Uhr des Geburtstages, § 187 II BGB), aber noch nicht volljährig i.S. des § 2 BGB sind, in ihrer Geschäftsfähigkeit begrenzt sind (§ 106 BGB).

Unter Geschäftsfähigkeit versteht man die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte selbständig wirksam vorzunehmen. Die Privatautonomie ermöglicht es dem Einzelnen, Rechtsgeschäfte nach seinem eigenen Willen abzuschließen. Das ist aber nur dann sinnvoll, wenn der Handelnde die Folgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung absehen kann; er muss deshalb ein Mindestmaß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzen, um völlig geschäftsfähig zu sein.<sup>1</sup> Minderjährige verfügen meistens nicht über die notwendige geistige Reife und bedürfen wegen ihres Alters und der Unerfahrenheit besonderem Schutz vor den Gefahren des Rechtsverkehrs.

## II. Teilnahme der Minderjährigen am Rechtsverkehr

**1. Geschäftsunfähige Minderjährige.** Das Gesetz geht typisierend ohne Rücksicht auf die individuelle Entwicklung von Kinder unter sieben Jahren davon aus, dass diese nicht die geistige Reife zur eigenständigen Teilnahme am Rechtsverkehr haben. Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist daher nichtig (§ 105 I BGB). Nichtigkeit bedeutet, dass das geplante Rechtsgeschäft unwirksam ist und die beabsichtigten Rechtswirkungen von Anfang an nicht auftreten.<sup>2</sup> Ebenso wenig kann der geschäftsunfähige Minderjährige eine Willenserklärung wirksam entgegennehmen (§ 131 I BGB). Der Geschäftsunfähige bedarf einem absoluten Schutz und kann somit nicht selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen, unabhängig davon, ob das konkrete Geschäft rechtlich vorteilhaft und objektiv vernünftig ist (absolute Unwirksamkeit einer Willenserklärung). Zum Schutz des Geschäftsunfähigen nimmt dessen gesetzlicher Vertreter seine Interessen in vollen Maße wahr und handelt für diesen rechtsgeschäftlich.<sup>3</sup>

**2. Beschränkt geschäftsfähige Minderjährige.** Während Geschäftsunfähigen die Abgabe wirksamer Willenserklärungen insgesamt versagt bleibt, können

<sup>1</sup> Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., München, 2010, §12 Rn. 259.

<sup>2</sup> Boecken, Winfried: BGB – Allgemeiner Teil, Stuttgart, 2007, Rn. 329.

<sup>3</sup> Rütters, Bernd /Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., München, 2009, § 23 Rn. 5.

beschränkt Geschäftsfähige in gewissem Umfang auch selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen (nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 BGB). Die gesetzliche Regelung zu den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen ist umfangreicher und komplizierter, als die der Geschäftsunfähigen. Auf Grund dessen entstehen im Einzelnen zahlreiche wichtige Rechtsfragen, die im Rahmen dieses Aufsatzes weiter als Schwerpunkt geklärt werden sollen.

**III. Wirksamkeit einer Willenserklärung der Minderjährigen.** Wie es früher schon betont wurde, kann nur der nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähige Minderjährige eine wirksame Willenserklärung abgeben. Solch eine *Willenserklärung bedarf nach § 107 BGB für ihre Wirksamkeit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, es sei denn, sie ist für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft*. Diese Regelung normiert ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Grundsätzlich ist für ein wirksames Handeln des Minderjährigen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Diese ist jedoch nur dann zu erteilen, wenn der Minderjährige durch die Willenserklärung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Positiv gewendet heißt dies: Der Minderjährige kann ausnahmsweise selbstständig handeln, wenn das Rechtsgeschäft für ihn lediglich vorteilhaft ist.<sup>1</sup>

Hinter der Regelung des § 107 BGB ist eine doppelte Absicht des Gesetzgebers erkennbar. Einerseits soll dem Minderjährigen nach Möglichkeit die aktive und selbständige Teilnahme am Rechtsverkehr eröffnet werden, um seine Entwicklung und Entfaltung zu fördern. Diesen *Erziehungszweck* verwirklicht das Gesetz dadurch, dass es die Geschäfte des Minderjährigen nicht generell mit der Unwirksamkeit belegt. Der Minderjährige kann vielmehr für ihn „ungefährliche“, weil lediglich vorteilhafte Geschäfte ohne Wissen und Billigung der Eltern vornehmen. Soweit es sich um „gefährliche“, weil nachteilige Geschäfte handelt, hat der Minderjährige im Rahmen einer ihm erteilten Einwilligung die freie Entscheidung, ob er ein solches Geschäft tätigen will. Beim Fehlen einer Einwilligung besteht noch die Möglichkeit eines nachträglichen Wirksamwerdens durch Genehmigung (§ 108 BGB).<sup>2</sup> Andererseits ist mit dem Erziehungszweck auch der *Schutzzweck* kombiniert. Der Minderjährige soll wegen seiner geringeren geistigen Reife und geschäftlichen Erfahrung vor einer Gefährdung seines Vermögens<sup>3</sup> und seines persönlichen Wohls bewahrt werden. Diesen Zweck erreicht das Gesetz dadurch, dass es für nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte das Erfordernis der Zustimmung aufstellt.<sup>4</sup>

Der Minderjährigenschutz genießt absoluten Vorrang vor dem Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs und gilt auch dann, wenn der Geschäftspartner die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, beispielsweise wegen des erwachsenen Aussehens des Minderjährigen, nicht erkennen konnte.<sup>5</sup>

**1. Rechtlich lediglich vorteilhafte Rechtsgeschäfte.** Ein im Sinne des § 107 rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft liegt vor, wenn die Rechtstellung eines Minderjährigen verbessert wird. In diesem Fall benötigt der Minderjährige keinen Schutz durch den gesetzlichen Vertreter, da es keine Gefahr für ihn besteht.

1 Boecken, Winfried: Op. cit., Rn. 336.

2 Köhler, Helmut: Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein „lediglich rechtlicher Vorteil?“, JZ 1983, S. 225-226.

3 BGH: Rechtlicher Vorteil für Minderjährigen, NJW 2005, S. 418.

4 Köhler, Helmut: Ib., S. 226.

5 Rütters, Bernd/Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 14. Aufl., München, 2006, § 23 Rn. 6.



Entscheidend sind dabei allein die rechtlichen Folgen des Geschäfts, ein nur wirtschaftlicher Vorteil bleibt dagegen außer Betracht.<sup>1</sup> *Bsp.:* Kauft der Minderjährige ein Mobiltelefon, das einen Wert von 350 EUR hat, für 50 EUR, dann tätigt er damit wirtschaftlich betrachtet ein günstiges, vorteilhaftes Rechtsgeschäft. Gleichwohl bedarf er aber der Einwilligung seiner Eltern, denn mit dem Kaufvertrag verbindet sich der rechtliche Nachteil der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB. Der Grund für diese „wirtschaftliche Blindheit“ der Regelung liegt darin, dass die wirtschaftliche Beurteilung nur für den jeweiligen Einzelfall getroffen werden kann, dann unter Umständen schwierig und aus unterschiedlichen zeitlichen Perspektiven auch unterschiedlich ausfallen könnte. Der Rechtsverkehr braucht aber möglichst klare und eindeutige Regelungen über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften.<sup>2</sup>

Bei der Anwendung des § 107 BGB muss außerdem beachtet werden, dass die Prüfung, ob für den Minderjährigen ein rechtlicher Vorteil besteht, aufgrund des Trennungsprinzips für das Verpflichtungs- und für das Verfügungsgeschäft gesondert erfolgen soll.<sup>3</sup>

**a) Verpflichtungsgeschäfte.** Die vertragliche Übernahme einer Verpflichtung durch den Minderjährigen begründet unstreitig einen relevanten rechtlichen Nachteil und ist damit zustimmungsbedürftig. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründete Pflicht handelt, ob also die Begründung der Pflicht Inhalt der Willenserklärung ist oder vom Gesetz an das Rechtsgeschäft geknüpft wird.<sup>4</sup> *Bsp.:* Schließt der Minderjährige ohne Einwilligung der Eltern einen Kaufvertrag, so begründet hier das Rechtsgeschäft selbst eine nachteilige rechtliche Wirkung für den Minderjährigen: entweder Übergabe einer Sache (§ 433 I 1 BGB) oder Kaufpreiszahlung (§ 433 II BGB). Bei der Schenkung eines mit einem vermieteten Haus bebauten Grundstücks begründen aber weder der Schenkungsvertrag noch der Eigentumserwerb eine rechtlich nachteilige Wirkung. Jedoch ergeben sich hier Nachteile aus dem § 566 BGB, mit der Folge, dass den Minderjährigen die Pflichten aus dem Mietverhältnis treffen.<sup>5</sup>

Dass den rechtlichen Nachteilen auch rechtliche Vorteile gegenüberstehen können, spielt keine Rolle. Dies gilt nicht nur für gegenseitige Verträge, die für beide Seiten Hauptpflichten begründen, wie z. B. Kauf- und Tauschvertrag, sondern auch für die Verträge, die für den Minderjährigen lediglich Nebenpflichten mit sich bringen.<sup>6</sup> So ist z.B. eine Schenkung an den Minderjährigen oder ein Schenkungsversprechen zu seinen Gunsten, als einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte, lediglich rechtlich vorteilhaft. Ist aber die Schenkung mit einer Auflage (§ 525 BGB) verbunden, so ist sie bereits nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft, da eine Nebenpflicht besteht. Dasselbe gilt, wenn sich der Schenker den

---

1 Rütters, Bernd/Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., München, 2009, § 23 Rn. 9.

2 Coester-Waltjen, Dagmar: Nicht Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger, Jura 1994, S. 668.

3 Boecken, Winfried: Op. cit., Rn. 340.

4 Schmitt, Jochem: Der Begriff der lediglich rechtlich vorteilhaften Willenserklärung i.S. des § 107 BGB, NJW 2005, S. 1092.

5 Boecken, Winfried: Op. cit., Rn. 339.

6 Köhler, Helmut: BGB, Allgemeiner Teil, 34. Aufl., München, 2010, § 10 Rn. 12-13.

Rücktritt vorbehalten hat, weil dann Verpflichtungen des Schenkungsempfängers aus § 346 BGB entstehen können<sup>1</sup>.

Ein Leihvertrag, als ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag (§598 BGB), ist ebenfalls auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da zwar kein Entgelt für den Gebrauch der geliehenen Sache zu bezahlen ist, aber eine Verpflichtung zur Rückgabe nach einer bestimmten Zeit begründet wird.<sup>2</sup>

Allerdings kann sich auch bei einer Schenkung die Frage stellen, ob nicht sonstige gesetzliche Rechtsfolgen, beispielsweise Steuerpflichten, zum Ergebnis führen, dass eine Schutzbedürftigkeit besteht.<sup>3</sup> Die Bestimmung eines rechtlich nachteiligen Geschäfts darf nicht formalistisch vorgenommen werden. Sollte jeder irgendwie aus dem Geschäft resultierende Nachteil genügen, um das Einwilligungserfordernis nach § 107 BGB auszulösen, würde der gesetzliche Minderjährigenschutz eher ein Hemmnis als ein effektives Schutzinstrument sein. Es ist deshalb im Grundsatz anerkannt, dass rechtlich relevante von unerheblichen Nachteilen unterschieden werden müssen, die nicht geeignet sind, einem Geschäft die rechtliche Vorteilhaftigkeit zu nehmen. Dabei ergibt sich allerdings die Schwierigkeit, solche unerhebliche rechtliche Nachteile von den relevanten abzugrenzen.<sup>4</sup> Hier kommt die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Geschäftsfolgen in Betracht. Nur die unmittelbar aus dem Geschäft sich ergebenden Nachteile sollen beachtet werden, die bloß mittelbaren dagegen unbeachtet bleiben. Für unbeachtlich gelten danach z.B. die Entstehung einer Steuerpflicht. Als unmittelbarer Nachteil wird z.B. die Rückgabepflicht des Entleihers angesehen.<sup>5</sup>

Die Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Nachteilen ist aber nicht in jedem Fall anwendbar, da diese unscharf ist. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob der Eintritt des Erwerbers in einen Miet- oder Pachtvertrag gemäß § 566 BGB ein mittelbarer Nachteil ist, oder ob es sich um eine unmittelbare Folge des dinglichen Erwerbsgeschäfts handelt. Zum anderen ist zu bedenken, dass es sich bei den nur „mittelbaren Nachteilen“ durchaus um unüberschaubare Verpflichtungen handeln kann, die das Vermögen des Minderjährigen gefährden können. Der Minderjährigenschutz würde ins Leere gehen, wenn solche Verpflichtungen allein auf Grund des formalen Kriteriums der Mittelbarkeit als rechtlich irrelevante Nachteile eingestuft würden.<sup>6</sup>

Richtiger ist daher in manchen Fällen auf den Zweck des Minderjährigenschutzes aus § 107 BGB abzustellen. Nach der von Köhler eingeführten „*sorgerechtlichen Betrachtungsweise*“ müssen in erster Linie die Eltern dazu berufen sein, die Ungefährlichkeit oder Nützlichkeit eines Rechtsgeschäftes des Minderjährigen zu beurteilen. Dies gehört zum Inhalt ihres Rechts und ihrer Pflicht zur Sorge für das Kind. Ein Rechtsgeschäft ist danach immer dann zustimmungsbedürftig, wenn nach Art und Umfang eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter geboten ist; umgekehrt ist ein Rechtsgeschäft zustimmungsfrei,

---

1 BGH: Erwerb eines vermieteten Grundstücks durch Minderjährige, BGHZ 162, S. 142.

2 Leipold, Dieter: BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Tübingen, 2008, § 11 Rn. 33.

3 Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Tübingen, 2011, § 23 Rn. 1001.

4 Preuß, Nicola: Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft, JuS 2006, S. 306.

5 Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Fulda, 2010, § 39 Rn. 562.

6 Preuß, Nicola: *Ib.*, S. 306.

wenn die damit verbundenen Nachteile so geringfügig oder fernliegend sind, dass eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter entbehrlich erscheint. Im Zweifelfall wird die Zustimmungsbefähigung angenommen.<sup>1</sup> Solch eine Ansicht lässt jedoch die Frage der Abgrenzung zwischen den unerheblichen und den relevanten rechtlichen Nachteilen offen. Bei der Feststellung, ob Nachteile nur geringfügig oder fernliegend sind, müssen Wertungen getroffen werden, die keine eindeutige Lösung darstellen können.<sup>2</sup>

Die auf Stürmer zurückgehende „*wirtschaftliche Betrachtungsweise*“ betont, dass das Hauptgewicht auf den Schutz vor Vermögensnachteilen zu legen ist.<sup>3</sup> Das Kriterium des rechtlichen Nachteils erfasst einen sehr weiten Kreis von Rechtsgeschäften, auch solche, die im Verkehr als völlig unbedenklich gelten, und ist somit am Normzweck des § 107 BGB gemessen zu weit. Die teleologische Reduktion des rechtlichen Nachteils i.S.d. § 107 BGB auf „gefährliche“ Nachteile erscheint deshalb die Lösung des Problems zu sein. Dabei sollen ganze Gruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden, die nach ihrer Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen bedeuten. Ungefährlich ist nach dieser Betrachtungsweise ein Rechtsnachteil, wenn er typischerweise den wirtschaftlichen Zuwachs, den das Rechtsgeschäft mit sich bringt, nur mindern oder bestenfalls aufzehren kann; gefährlich ist ein Rechtsnachteil, der zu einer Minderung des Vermögens führen kann oder dem Minderjährigen ein besonderes Tun oder Unterlassen abverlangt.<sup>4</sup> Diesem Ansatz hat sich auch der BGH angeschlossen. Bei der Bestimmung des individuellen Gefährdungspotenzials orientiert er sich daran, welchen Umfang die wirtschaftliche Belastung erwartungsgemäß annehmen wird und wie konkret die Möglichkeit des Eintritts der Belastung ist.<sup>5</sup>

**b) Verfügungsgeschäfte** sind Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht übertragen, inhaltlich geändert, belastet oder aufgehoben wird. Verfügt der Minderjährige über ihm zustehendes Recht, so erlangt er durch die entsprechende Willenserklärung nicht einen lediglich rechtlichen Vorteil, was als Folge die Zustimmungspflicht begründet. So kann z.B. der Minderjährige die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache nach § 929 BGB nicht wirksam vornehmen, da damit für ihn der rechtliche Nachteil des Verlusts des Eigentums besteht. Grundsätzlich sind zustimmungsfrei die Verfügungen, die *zugunsten* des Minderjährigen ein Recht übertragen, belasten, aufheben oder inhaltlich ändern.<sup>6</sup> Das gilt z.B. für die Einigung über den Eigentumsübergang einer Sache an den Minderjährigen.

Eine besondere praktische Relevanz hat die Übertragung des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte an Grundstücken auf Minderjährige. So ist z.B. das Bestehen öffentlicher Lasten (Steuer-, Abgaben-, Polizeipflicht usw.) beim Grundstückserwerb, wie es schon früher betont wurde, als nur mittelbarer Nachteil irrelevant. Dies lässt sich damit überzeugend begründen, dass diese Lasten Folgen der Sozialbindung durch das Eigentum sind (Art. 14 II GG), die als Inhaltsschranke

---

1 Köhler, Helmut: Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein „lediglich rechtlicher Vorteil?“, S. 228.

2 Preuß, Nicola: Op. cit., S. 306.

3 Stürmer, Rolf: Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973), S. 418.

4 Stürmer, Rolf: Ib., S. 420-421.

5 BGH: Rechtlicher Vorteil für Minderjährigen, NJW 2005 S. 418.

6 Boecken, Winfried: Op. cit., Rn. 343-344.

mit den Eigentümerbefugnisse untrennbar verbunden ist. Ähnlich verhält es sich, wenn das Grundstück, an dem der Minderjährige Eigentum erwerben will, mit Pfandrechten belastet ist. Der Minderjährige haftet aus dem Grundpfandrecht nicht persönlich (schuldrechtlich), sondern nur dinglich mit dem Inhalt der Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den erworbenen Gegenstand. Pfandrechte gehören lediglich zum Inhalt des erworbenen Eigentums und mindern nur *dessen* Wert. Auch die Belastung eines Grundstücks mit einem Nießbrauch in Form eines Wohnungsrechtes (§ 1093 BGB), mit einem dinglichen Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB) oder Hypothek (§§ 113ff. BGB) begründet nicht die Notwendigkeit der Einwilligung.<sup>1</sup>

Mit einem unmittelbar eintretenden Rechtsnachteil verbunden und mithin zustimmungsbedürftig sind z. B. folgende dingliche Geschäfte: Erwerb des Eigentums an einem mit einem vermieteten Haus belasteten Grundstück, Übertragung des Erbbaurechts an einem Grundstück (der Erwerber haftet für den fällig werdenden Erbbauzins auch persönlich)<sup>2</sup> und Bestellung eines Nießbrauchs, denn hierdurch wird kraft Gesetzes ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher begründet, das daraus resultierende Rechtspflichten zu Lasten des Minderjährigen hat (Pflicht zur Erhaltung der Sache, zur Lastentragung und Versicherungspflicht (§§1041,1045,1047 BGB)).<sup>3</sup>

Sehr fraglich ist der Erwerb von Wohnungseigentum von einem Minderjährigen: Der Beschenkte wird nach §§ 10 ff. WEG Mitglied der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Ob die hieraus kraft Gesetzes folgenden Pflichten einen rechtlichen Nachteil bilden, hat der BGH<sup>4</sup> offen gelassen. Jedenfalls aber liege solcher Nachteil vor, wenn die zwischen den bisherigen Wohnungseigentümern vereinbarte (und daher auch für den Minderjährigen geltende) Gemeinschaftsordnung die gesetzlichen Pflichten nicht unerheblich verschärfe.<sup>5</sup>

**c) Einseitige Rechtsgeschäfte.** Willenserklärungen, die der Ausübung von Gestaltungsrechten dienen, wie etwa Anfechtungs-, Rücktritts-, Aufrechnungs- und Widerrufserklärungen, sind regelmäßig zustimmungsbedürftig, da sie nicht nur zum Erlöschen von Pflichten, sondern auch zum Erlöschen von Ansprüchen des Minderjährigen führen. Zustimmungsfrei sind sie dann, wenn dem Minderjährigen infolge ihrer Ausübung kein rechtlich relevanter Nachteil entsteht. Dies ist etwa anerkannt für den Fall der Kündigung eines zinslosen Darlehens durch den Minderjährigen als Darlehensgeber. Gleiches muss für die Kündigung des Leihvertrags durch den minderjährigen Verleiher gemäß § 605 BGB gelten, da er durch sie lediglich einen Rückforderungsanspruch erwirbt. Auch die Anfechtung eines Leih-, Bürgschafts- oder Schenkungsvertrags ist durch den Minderjährigen Verleiher, Bürgen oder Schenker wegen Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB) zustimmungsfrei, nicht aber eine Anfechtung der genannten Verträge wegen Willensmängeln (§ 119 BGB), da in diesem Fall ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Anfechtenden aus § 122 BGB besteht. Ein für die Praxis wichtiges

<sup>1</sup> Vieweg, Klaus/Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan., Juris Praxis Kommentar, BGB Band 1, 2. Aufl., Saarbrücken, 2005, § 107 Rn. 26.

<sup>2</sup> BGH: BGB § 184; AnFG § 3 (Fristbeginn der Anfechtung eines zunächst schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts), NJW 1979, S. 103.

<sup>3</sup> Vieweg, Klaus/Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan.: Ib., § 107 Rn. 27.

<sup>4</sup> BGH: Schenkung von Wohnungseigentum an einen Minderjährigen, BGHZ 78, S. 32.

<sup>5</sup> Medicus, Dieter: Op. cit., § 39 Rn. 565.

zustimmungsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft ist z.B. Erteilung einer Vollmacht, soweit es nicht ausnahmsweise um eine Spezialvollmacht zur Vornahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäftes handelt, Erklärung der Eigentumsaufgabe (Dereliktion) sowie Auslobung.<sup>1</sup>

Bei Mahnung und Fristsetzung handelt es sich um geschäftsähnliche Handlungen, die als zustimmungsfrei betrachtet werden, da sie die Voraussetzungen für eine weitere Wahrnehmung von Rechtsposition des Minderjährigen schaffen.<sup>2</sup>

**2. Neutrale Rechtsgeschäfte.** Manche Geschäfte bringen dem Minderjährigen rechtlich weder Vorteil noch Nachteil. In diesem Fall ist der Schutz der Minderjährigen entbehrlich, da er im rechtlichen Sinne nichts verliert. Die neutralen Rechtsgeschäfte können im Wege der teleologischen Extension aus dem Anwendungsbereich des § 107 herausgenommen werden. Das entspricht der Tendenz des § 165 BGB, nach dem ein beschränkt Geschäftsfähiger Vertreter sein kann, also eine eigene Willenserklärung wirksam abgeben kann, die ihm weder Vor- noch Nachteile bringt.<sup>3</sup> Hierzu wird auch die Verfügung über einen dem beschränkt Geschäftsfähigen nicht gehörenden Gegenstand gerechnet. Das ist unbedenklich, soweit die Verfügung durch die Zustimmung des Berechtigten gedeckt ist: Dieser Fall lässt sich ohnehin bisweilen von der Stellvertretung kaum unterscheiden, weil Handeln in eigenen und fremden Namen ineinander übergehen können.<sup>4</sup>

**3. Einwilligung.** Der Minderjährige kann Willenserklärungen, die für ihn rechtlich nachteilig sind, nicht selbständig abgeben. In diesem Fall muss nach § 107 eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegen. Unter einer Einwilligung ist die vorherige Zustimmung (§ 183 BGB) des gesetzlichen Vertreters zu einer Willenserklärung des Minderjährigen zu verstehen, die als einseitige Willenserklärung sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber dem Geschäftsgegner erklärt werden kann (§ 182 I BGB). Sie ist formlos gültig, auch wenn das vom Minderjährigen zu tätige Geschäft einer bestimmten Form bedarf (§ 182 II BGB), und kann auch konkludent erteilt werden.<sup>5</sup> Bis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch den Minderjährigen kann der gesetzliche Vertreter die Einwilligung widerrufen (§ 183 I BGB).

Eine Einwilligung kann ihrer Form nach einen unterschiedlichen Umfang haben, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Dabei ist eine erteilte Einwilligung wegen des Schutzprinzips nicht extensiv zu interpretieren.<sup>6</sup> So ist z.B. in der Zustimmung zum Erwerb eines Führerscheins nicht zugleich die Zustimmung zur Anmietung eines Fahrzeuges durch diesen zu erblicken.<sup>7</sup>

Wichtig ist auch es zwischen einer speziellen und generellen Einwilligung zu unterscheiden. Spezialeinwilligung bezieht sich auf einzelnes Rechtsgeschäft (z.B. Kauf eines bestimmten Buches). Die Generaleinwilligung ist im Gegenteil mit einem bestimmten Kreis von zunächst noch nicht individualisierbaren Rechtsgeschäften

---

1 Vieweg, Klaus/Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rübmann, Helmut/Weth, Stephan: Op. cit., § 107 Rn. 16, 18.

2 Armbrüster, Christian: Examinatorium BGB AT, Köln, 2006, S. 49-50.

3 Schreiber, Klaus: Neutrale Geschäfte Minderjähriger (§ 107 BGB), Jura 1987, S. 222.

4 Medicus, Dieter: Op. cit., § 39 Rn. 567.

5 Boecken, Winfried: Op. cit., Rn. 351.

6 Hübner, Heinz: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin, 1996, § 33 Rn. 713.

7 BGH: BGB §§ 242, 276 (Ermietung eines Kfz durch Minderjährigen; Umfang der Ersatzpflicht bei Beschädigung des Kfz), NJW 1973, S. 1790-1791.

verbunden. Bsp.: Erklären sich die Eltern damit einverstanden, dass ihr Kind ein Meerschweinchen kauft, so erstreckt sich die Einwilligung auch auf Rechtsgeschäfte zur Haltung (Käfig) und Unterhaltung (Futter) des Tieres. Die unbeschränkte Generaleinwilligung mit der Folge, dass der Minderjährige aufgrund dieser einmal erteilten Einwilligung für die Zukunft jedes Rechtsgeschäft ohne Beteiligung der Vertreter vornehmen kann, ist aber unzulässig. Wesentlicher Grund dafür ist der Gesichtspunkt, dass im Zeitpunkt der Generaleinwilligung nicht abzusehen ist, welche möglicherweise belastenden Rechtsgeschäfte man in der Zukunft abschließt.<sup>1</sup>

**4. Folgen fehlender Einwilligung.** Schließt der Minderjährige einen nicht rechtlich lediglich vorteilhaften Vertrag ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so sind solche Verträge nach § 108 I BGB nicht endgültig, sondern nur schwebend unwirksam, was bedeutet, dass der gesetzliche Vertreter entweder durch Genehmigung (nachträgliche Zustimmung, § 184 I BGB) die Wirksamkeit des Vertrages bestätigt oder durch die Verweigerung der Genehmigung die endgültige Unwirksamkeit des Vertrages herbeirufen kann. Diese Norm ist ein Ausdruck eines dem BGB zu Grunde liegenden Rechtsgedankens: Bei rechtlich nachteiligen Verträgen, die zum Schutz einer Person einer Zustimmungserfordernis unterliegen und ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommen wurden, muss nach dem Eintritt der schwebenden Unwirksamkeit geprüft werden, ob der Vertrag im Interesse der geschützten Person in Kraft treten soll. Es muss also eine mit dem Schutzzweck adäquate Rechtsfolge erreicht werden.<sup>2</sup> § 108 BGB dient nur mittelbar dem Schutz des Minderjährigen und steht daher nicht im Schwerpunkt der Arbeit.

**IV. Schlussfolgerung.** Die gesetzliche Regelung verfolgt das Ziel, den Minderjährigen vor den Folgen seines rechtsgeschäftlichen Handelns zu schützen, ihn aber, soweit er keinem Schutz bedarf, durch selbständiges rechtsgeschäftliches Handeln an die vollverantwortliche Teilnahme am Rechtsverkehr heranzuführen. Die Geschäftsunfähigkeit von Minderjährigen unter sieben Jahre dient in erster Linie dem Schutz der Minderjährigen vor sich selbst. In diesem Alter besitzt man nicht das Verständnis für die möglichen Gefahren des Rechtsverkehrs und benötigt daher einen absoluten Schutz durch die gesetzliche Vertretung. Anders sind die beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen zu beurteilen, die zwar auf Grund ihres Alters dem Schutz bedürfen, aber zur Erfüllung des Erziehungszwecks vom Rechtsverkehr nicht völlig ausgeschlossen werden. Der Minderjährigenschutz gebietet es nicht, jede Willenserklärung des Minderjährigen der Zustimmung und damit auch der Kontrolle des gesetzlichen Vertreters zu unterwerfen. Es gibt mehrere rechtlich vorteilhafte bzw. rechtlich neutrale Rechtsgeschäfte, die keine Gefahr für den Minderjährigen schaffen. In solchen Fällen besteht für ihn die Möglichkeit auf selbständige Teilnahme am Rechtsverkehr, was eine wichtige Rolle für die vollständige Entfaltung seiner Persönlichkeit spielt.

---

<sup>1</sup> Boecken, Winfried: Ib., Rn. 352-253.

<sup>2</sup> Vieweg, Klaus/Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan: Op. cit., § 108 Rn. 5.

## **Offshores. Analysis of functioning on the example of Republic of Cyprus**

Григорьева Мария Григорьевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Демин Александр Васильевич,  
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и  
финансового права Юридического института СФУ

To begin with, it is necessary to notice that the world economy is in a crisis that is why lots of countries, especially developing, being in search of investments, make export specialization dominating in general economic strategy. One of important components export strategy is the use of offshore.

Besides, there is a problem that Russian businessmen prefer to deposit money in foreign banks and to be provided with certain tax privileges. In this connection the accurate understanding, why offshore company is so attractive to representatives of business, is necessary.

Concerning the international aspect, it is important to mention that because of the countries entering into various agreements and contracts, and also the organizations and unions, for example such as the European Union, position and regulation of the offshore changes, and so it demands consideration and analysis.

It is necessary to notice that this topic is not developed by the Russian authors, therefore in the research I address also to the foreign literature. Among the authors addressing to this problem, I would like to allocate Levashenko A.D., Ovchinnikova G., Okrut Z.M., Jagirskaya O.V. Among foreign authors I will note Manea Andrian Konstatin, Lorrein Eden and Robert T.Kadrla.

The purpose of my research is complex analysis of public relations in sphere of the offshore. There are several aims for achievement of this purpose:

1. Determination of concept of the offshore
2. The analysis of functioning of the offshore on an example of Cyprus
3. The analysis of changes in the Agreement between Russia and Cyprus

### **1. Determination of concept of the offshore**

The term "offshore" appeared for the first time in newspapers in the USA in the late fifties of the XX century in which the financial organization which has avoided governmental control by geographical selectivity was mentioned. In other words, the company moved its enterprise which the USA government supervised and regulated, on the territory with favorable tax climate. Thus, the term "offshore" includes not only legal conception, but also economical and geographical ones.

It should be noted that theorists cannot agree upon the understanding of the concept "offshore", so there are several determinations which are important to be allocated.

Richard Gordon in the overview for the Congress of the USA «The tax havens and their use by taxpayers» determines the offshore as any country with level of the taxation of certain income types which is low or equal to zero and a certain level of bank and commercial confidentiality. This determination, however, doesn't include such cases when not all country is offshore, but only it's any territorial unit, such as, Neufchatel in Switzerland or Nevada in the United States of America. With respect thereto it is necessary to allocate wider determination of group the researchers S. Costa, I. Bonne, M. Danse: the tax haven is such territory on which companies, registered in this jurisdiction, are provided by the set of tax advantages. This understanding can be verified by a combination of criteria outlined in the report to the government of Great Britain to the Commission on capital outflow from the poor countries for 2008: confidentiality and zero fees.

So, it is possible to determine the offshore (from English "offshore" – "out of the coast") as the financial center attracting the foreign capital by provision of special tax and other privileges, and also commercial confidentiality to the foreign companies registered in the country of an arrangement of the center.

Speaking about typical signs of the offshore, it is necessary to note the following:

- a basis of foundation is the legislation the countries partly or fully releasing from the taxation, thus in addition the bilateral agreement between two countries is concluded usually: an offshore country and other country in order that the offshore company would not be exposed to the country's taxation where it runs it's business, i.e. in order to avoid double taxation.

- preferential taxation regarding activities taking place out of a country of registration which is applied as a method of involvement of the growing companies and attraction of the capital investment

- Protection by the law of the commercial and financial transactions made by physical persons or legal entities

- concerning bank system - there is free development without restrictive rules and restrictions, in consequence of that - fast transactions, both in bank and beyond it, are provided

- Absence of control concerning trade, except for the transactions connected with foreign currency

- Indiscriminateness to conducting financial accounting, for example absence of the requirement about submission of annual accounts the income

- Confidentiality and anonymity of owners of the companies

## **2. The analysis of functioning of the offshore on a republic Cyprus example**

In 2011 Cyprus took leader position among the countries investing in economy of Russia. It's share constitutes 21,4 % of all foreign investments in economy of Russia in 2011. In this case, as investors are usually the Russian businessmen who moved earlier their capital to Cyprus, and then they reinvested it to Russia, having minimized thus the tax and other financial costs. On April 16, 2009 between the Russian Federation and Cyprus signed the Protocol which made changes to the



bilateral agreement about avoidance of double taxation of 1998. The changes, brought in the Agreement, came into force on January 1, 2010. The text of changes is based on provisions of the Modeling convention of Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) concerning taxes on the income and the capital.

It is important to note that in Europe Cyprus isn't considered as the offshore, proceeding from determination of OECD, as it isn't the country which doesn't carry out the arrangement on exchange of information or the country where probably could be aggressive tax planning. However, from determination of the offshore this in 1st chapter, actually Cyprus still is the offshore.

### **Preferential provisions of the domestic legislation of the Republic of Cyprus.**

The agreement on avoidance of double taxation between the Russian Federation and Cyprus was signed in December, 1998 (in practice it is applied since January 1, 2001). It should be noted that in the Russian Federation, as practically around the world, a basis for the conclusion of international agreements about avoidance of the double the taxation is the Standard model of the convention of 1963 is. Organizations for Economic Cooperation and Development (OECD) about avoidance of double taxation of the income and the capital.

This agreement was exposed to criticism several times. The majority of opponents of the Agreement held the opinion that provisions of its regulations provide to the Russian companies numerous methods of minimization of the taxation or at all create conditions for creation of various schemes of tax avoidance. But since the beginning of 2002 nature of statements to the Agreement of Russia with Cyprus changed. It is connected with that for 2001 Cyprus came out on top among the states performing investments into economy of the Russian Federation. Besides, in 2004 Cyprus entered European Union, having brought the tax legislation in accordance with EU and OECD requirements, thus it officially lost an offshore status (the main change: the rate on the income tax was increased with 4,25 to 10 % both for resident, and for the non-resident companies of Cyprus).

However it is necessary to differentiate the favorable investment climate developing in Cyprus owing to the domestic legislation of this state, and the favorable investment climate which develops due to provisions of the Agreement of 1998 concluded between Russia and Cyprus about avoidance of double taxation concerning taxes on the income and the capital.

There are several provisions of the domestic legislation of Cyprus which create to the Russian companies conditions for taxation minimization for the purpose of increasing profits, as well as preserving accumulated funds:

1. The preferential tax treatment of the companies — residents of Cyprus: the income tax rate from corporations constitutes only 10 % (in Russia — 20 %);
2. Tax-exempt transfer of profit which was received by the Cyprian company (a resident of Cyprus), to the foreign shareholders who are not residents of Cyprus. It is connected with that affiliated enterprises — the residents of Cyprus created by the Russian head company, in case of payment of the received profit in the form of dividends to shareholders of the Russian head organization — to a resident of the

Russian Federation do not pay a tax on dividend payout in Cyprus on a rate of 10 % (the income tax — 0 %);

3. The profit received by the company — a resident of Cyprus from sale of the shares in Cyprus, is released from a tax payment obligation. Similarly, the profit received from sale of other securities, it is not taxed both for legal entities and physical persons;

4. The profit received by the head Cyprian company from permanently operating associated company, located outside of Cyprus, is completely released from the tax discharge on profit in Cyprus. However the dividends received by residents of Cyprus from non-resident subsidiary companies, are taxed on defense on a rate of 15 %. But the dividends received by the resident company from the non-resident company, are released from this tax if participation of the resident company in the authorized capital of the non-resident company constitutes more than 1 %. This withdrawal actually means that dividends which are listed by subsidiary company — a resident of Russia of the head company — to a resident of Cyprus, in most cases aren't assessed with any taxes;

5. The non-personal tax extends only on the property located in Cyprus. The size of the annual real estate tax depends on real estate value. If real estate value makes less than 223 000 dollars, the rate of a tax is zero;

6. The entity is registered with use of institute of nominee shareholders, i.e. such entity is controlled with use of nominee directors which do not operate without orders of the real owner, whose name is latent behind "nominals" and it is not known to national tax and supervising departments.

7. In 2008 some groups of companies — residents of Cyprus were released from an obligation to hand over consolidated financial statements. This amendment increases appeal of Cyprus to registration of holdings: if the head company is registered in Cyprus, in tax authorities are only provided with the reporting of this company, instead of all holding.

8. The value added tax rate in Cyprus constitutes 15 % (in Russia — 18 %). The lowered VAT rate — 5 %;

9. The ship-owning companies floating under the flag of Cyprus are released from a tax discharge obligation on profit. Besides, the salary and other payments to the captain, command personnel and other crew members of a vessel under the Cyprian flag are exempted of payments of social insurance. In case of sale or transfer of a vessel or ship-owning company shares the capital gain tax in the territory of Cyprus is not levied.

### **3. The analysis of the changes brought in the agreement of 1998 by the Protocol of October 7, 2010**

Definition of residence of the legal entity is very important for determination of the tax status of such person, i.e. a place where such person shall pay a tax on it's enterprise. Acquisition by the company a status of resident of Cyprus as already it was noted above, allows the Russian entrepreneurs to reduce the tax expenses. The changes made on October 7, 2010 in the Agreement of 1998 shall make process of determination of residence of the person more transparent and, consequently,

regularize income tax payment process in the territory of the Russian Federation. Earlier the term "resident" meant any person who by the legislation of the state is subject to the taxation in it, based on a residence, a permanent place of stay, a place of management or any other similar criteria. The protocol of 2010 added new point in article 4, specifying the concept "resident". Actually the essence of article will not change, the method which was applied earlier on ambiguous questions will be only fixed. So, in case of doubts of accurate determination of a place of effective management of the company, there is a possibility to resort to mutual consultations during which it will be possible to take into consideration all factors, which parties find as being relative to it. By the Cyprian legislation if the place of "effective management" is in Cyprus, and its directors mainly are tax residents of Cyprus, such company is considered resident, and its income is subject to the Cyprian taxation.

Changes according to which there was a liberalization of the rules concerning permanent agency were made to article 5 of the agreement. So, if the physical person is in the territory of the Russian Federation more than 183 days in a year and the Cyprian companies render services through this person more than 183 days, but the income constitutes less than 50 % of a gross income of the company, it doesn't lead to formation of permanent agency and the taxation in the Russian Federation. After changes as before remained a possibility not to pay a tax in Russia in case of provision of the personnel, preparatory and auxiliary activities (item 5), work through the agent, the broker, the broker (item 7), in case that they act within the regular activities.

After ratification of the Protocol the currency of investments into capital will change (Art. 10) - from dollars to euro. Besides, if there will be a controlled debt, the part of an interest income can be retrained in dividends and there will be taxation in Russia. The list of securities which will be considered as shares in sense of application of the tax Agreement will extend.

At the same time, there will be an increase in the tax burden on the income paid to the Cyprian residents – shareholders of the Russian mutual funds (mutual fund) that will lead to capital outflow from the Russian mutual funds, and will increase attractiveness of Cyprian ones which invest in the Russian Federation and receive the income so that there is no Russian taxation. It becomes more profitable to issue depositary receipts not from Russian, but from the Cyprian companies owning the Russian shares or other assets.

All changes concerning mutual procedures are profitable to the taxpayer (Art. 25). By new rules in case of disagreements, the company can address to competent authority of any of two states. And time, during which it can send request, is increased from 2 to 3 years from the moment of the first notification on the actions leading to the taxation not according to provisions of the Agreement.

The regulation about exchange of information between two states is brought into accordance with standards of OECD according to which now the exchange will not be limited only to information on taxes (Art. 26). However, it doesn't mean that exchange of information will occur automatically, and it will be possible to request any information (including that concerning beneficiaries). The basic rule is that disclosure of information will be performed by rules of that state from which

information is requested. By rules of the Cyprian legislation, disclosure of information is possible only from the sanction of the public prosecutor of Cyprus, and in certain cases even by judgments.

Article 27 - "The Help in taxation" - of the Agreement is the absolute innovation. In comparison with other novelties, it can really complicate life for the Russian entrepreneurs. Its essence is that the Cyprian authorities will collect the Russian taxes on the Cyprian companies, and also to take interim measures.

However, firstly, this regulation will come into force when Cyprus develops the relevant legislation for providing the mechanism of collection of the Russian taxes. Term of acceptance of the corresponding regulations is not determined even approximately.

Secondly, in the agreement the bureaucratic procedures limiting possibilities of the Russian tax authorities are already pledged. Namely Cyprus is not obliged to assist in the following main cases:

- if the Russian tax authorities (Ministry of Finance) in each case do not take all reasonable measures on collection or ensuring collection which are available at their order according to the legislation or administrative practice;
- When the administrative costs which are laying down on are obviously disproportionate to benefits which the Russian Federation may receive as a result.

After Protocol ratification, despite all changes, the Agreement remains to one of the most profitable agreements which Russia concluded with other countries about avoidance of double taxation.

### **Conclusion**

As a whole, establishment of offshore companies is the effective instrument of tax planning, currency activities, even, despite determined the restriction, entered under the pressure of such international organizations as OECD. In my opinion, changes in a provision of the offshore leads not to their disappearance, but to their quality change, improvement and reduction in compliance with the international tax standards. In this sense, the offshore ceases to be associated with illegal activities and tax fraud, and becomes full participants of the international financial relations.

These statements concern as well the Republic of Cyprus which has changed the legislation on the offshore in connection with the entry to the European Union. Apparently from the analysis of interaction of the Russian Federation and Cyprus, these changes at all did not reduce attractiveness of Cyprus as country with the preferential taxation, even opposite – the share of investments of the republic Cyprus in total amount of foreign investments increases every year.

With respect thereto, further development of domestic law of both countries separately, as well as the international legislation concerning questions of regulation of the offshore is necessary. Future changes shall solve decisively problems of "transfer" of financial resources abroad and tax fraud. At the same time, they should not reduce the tax advantages provided by the republic Cyprus in particular, and also other offshore.

Observance of this balance of interests will provide effective functioning of world economy that, certainly, will allow the whole world to leave a condition of an economic crisis quicker.

## Сравнительный анализ соучастия в российском и немецком уголовном праве

Аня Гротееер,  
студентка Университета Пассау

Научный руководитель:  
Мицкевич Александр Федорович,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Преступления, совершаемые двумя или более лицами, составляют около 30% от общего числа преступлений.<sup>1</sup> С точки зрения объединения физических и умственных усилий, соучастие увеличивает шансы для успешного совершения преступления и уменьшает их для жертвы нападения. В этом отношении преступление, совершенное в соучастии, является более общественно опасным по сравнению с действиями одного человека.<sup>2</sup> Уголовно-правовая оценка действий отдельных участников представляет и в российском, и в немецком уголовном праве серьезную проблему.<sup>3</sup> В этом смысле возникает вопрос, какие проблемы существуют в области соучастия в российском и немецком уголовном праве и как законодатели, судебная практика и уголовно-правовая наука решают эти проблемы.

Действующий уголовный кодекс Германии различает в зависимости от интенсивности соучастия в преступлении три вида соучастия: исполнитель (ст. 25 УК ФРГ), подстрекатель (ст. 26 УК ФРГ) и помощник (ст. 27 УК ФРГ). Это означает, что в отличие от российского уголовного права, немецкой правовой системе фигура организатора не известна. Кроме того, исходя из определения ч. 2 ст. 28 УК ФРГ, следует выделить исполнителя как главную фигуру соучастия, а других соучастников как второстепенные фигуры.<sup>4</sup>

Таким образом, немецкая правовая система соучастия является дифференцированной. Эта система соучастия отражена в ст. 60 французского уголовного кодекса «Code Pénal» 1810 года и впервые была включена в Прусский Уголовный кодекс 1851 года, а затем в Уголовный кодекс 1975 года.<sup>5</sup>

Главным принципом немецкого уголовного права является «принцип аксессуарности». Аксессуарность означает, как видно из ст. 26, 27 УК ФРГ, что

---

1 Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступление. – М.: «Юрид. Лит.», 1974. – С. 3. ; Кудрявцева В.Н., Лунеева В.В., Наумов А.В. Уголовное право России. Общая часть. – М.: Юрист, 2006. – С. 249. ; Журавлев М.П. Уголовное право России. Части Общая и Особенная. – М.: Проспект, 2008. – С. 137.

2 Рарог А.И. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М.: Проспект, 2009. – С. 60. ;

Адельчанина Р.А. Уголовное право России. Практический курс. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 99.

3 Иногомовой-Хегай Л.В. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. – М.: Юрическая фирма «Контракт»: НИФРА-М, 2011. – С. 249. ; Hempel F. Die Lehre von der Einheitstäterschaft. – Norderstedt : GRIN Verlag, 2006. – S. 17.

4 Joecks W. Strafgesetzbuch. Studienkommentar. – München: C.H. Beck, 2007. – Vor §25 Rn.1. ; Kindhäuser U. Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010 – Vor §§ 25-31 Rn. 1, 3.

5 Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. – München: C.H. Beck, 2003. – §25 Rn. 1.

обязательным для наказания подстрекателя и пособника, является наличие исполнителя.<sup>1</sup> Можно утверждать, что этот принцип также является принципом соучастия по российскому уголовному праву, поскольку ч. 4 и ч. 5 ст. 33 УК РФ определяют подстрекателя и пособника через их взаимодействие с исполнителем. Но в отличие от российского уголовного права, особенность немецкой системы соучастия заключается в том, что исполнитель не обязательно должен быть лицом, подлежащим уголовной ответственности по смыслу ст. 17, 19, 20 УК ФРГ.<sup>2</sup> Это означает, что суд, когда назначает наказание для подстрекателя или пособника, не учитывает, являлся ли исполнитель субъектом преступления. В этом смысле, в немецком уголовном праве существует исключения из принципа акцессорности.

Однако главное различие между двумя системами соучастия заключается в том, что российский уголовный закон делит соучастие на понятие соучастия (ст. 32 УК РФ), виды соучастия (ст. 33 УК РФ) и формы соучастия (ст. 35 УК РФ), а немецкий уголовный закон различает только виды соучастия. Следовательно, возникает вопрос, к каким последствиям приводит это отличие.

В российском уголовном праве разделение между формами соучастия, то есть между совершением преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой и преступным сообществом, отражает характер и степень общественной опасности совместной преступной деятельности соучастников. В этом смысле формы соучастия являются в соответствии п. «в» ч. 1 ст. 63 УК РФ обстоятельством, отягчающим наказание.

Немецкое уголовное право, однако, рассматривает только индивидуальные действия отдельных соучастников, их объём и значение для успешного совершения преступления и не учитывает общественную опасность совокупности их действий. Поэтому, согласно ст. 46 УК ФРГ, совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой и преступным сообществом не являются обстоятельствами, отягчающими наказание. Немецкий уголовный кодекс даже определяет в ч. 2 ст. 27, ч. 1 ст. 49, что совершение преступления в качестве пособника является обстоятельством, смягчающим наказание.

Наибольшее сходство между двумя системами, помимо того факта, что соучастие возможно только при умышленном преступлении,<sup>3</sup> находится в области видов соучастия. Общее разделение исполнителей в российском праве на непосредственных, опосредованных исполнителей и соисполнителей совпадает с разделением в немецком уголовном праве.

Согласно ст. 25 УК ФРГ исполнителем является лицо, которое совершило преступление само или посредством других лиц. В науке немецкого уголовного

<sup>1</sup>Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. – München: C.H. Beck, 2003. – §26 I Rn. 2. ; Ebert U. Strafrecht Allgemeiner Teil. – Heidelberg: UTB Uni-Taschenbücher Verlag, 2001. – S. 205.

<sup>2</sup> Schönke A. Strafgesetzbuch. Kommentar. – München: C.H. Beck, 2010. – Vor §§ 25ff. Rn. 36. ; Kindhäuser U. Strafrecht Allgemeiner Teil. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011. – § 38 Rn. 17. ; Gropp W. Strafrecht Allgemeiner Teil. – Berlin: Springer-Verlag, 2005. – § 10 Rn. 119.

<sup>3</sup>Кругликов Л.Л. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М.: ВолтерсКлувер, 2005. – С. 70. ; Wessels J., Beulke W. Strafrecht Allgemeiner Teil. – Heidelberg: C.F. Müller, 2005. – § 13 Rn. 507.

права, а также в судебной практике эта норма об исполнителе понимается таким образом. Исполнитель – это во-первых, лицо, которое непосредственно совершило преступление. Во-вторых, это лицо, которое подговорило другое лицо, не являющееся субъектом уголовной ответственности, к совершению преступления (опосредованный исполнитель). В-третьих, соисполнителем в отдельных случаях может также признаваться лицо, которое склонило к совершению преступления человека, являющегося субъектом уголовной ответственности, но само в совершении преступления участия не принимало.<sup>1</sup>

Третье понимание соисполнительства вызывает много споров среди ученых-криминалистов Германии, которые стараются обосновать ответ на вопрос: может ли являться соисполнителем лицо, которое не присутствовало на месте в момент совершения преступления и не выполняло непосредственно действий, предусмотренных Особенной частью УК ФРГ.<sup>2</sup> Большинство немецких юристов отвечают, что – да, может, –но только если его вклад в этапе подготовки очень важен для успешного совершения преступления, то есть этот вклад, так сказать, компенсирует отсутствие такого лица на этапе непосредственного совершения преступления. Другие ученые считают что, соисполнителю обязательно необходимо участвовать в стадии непосредственного совершения преступления. Судебная же практика рассматривает соисполнителями даже тех лиц, которые действуют только на этапе подготовки преступления независимо от их вклада в совершение преступления.

По российскому уголовному закону исполнителем является, прежде всего, лицо, которое выполнит полностью или частично конкретный состав преступления.<sup>3</sup> Это значит, что соучастники, которые действуют только на стадии подготовки или которые не являются опосредованными исполнителями, могут быть классифицированы только как организаторы, подстрекатели или пособники. Очевидно, что соисполнителю в немецком праве в ряде случаев, в отличие от соисполнителя в российском праве, не обязательно выполнять признак объективной стороны преступления. Этот спор не актуален для российского права, потому что в российском уголовном законе и в судебной практике соисполнителем считается лицо, которое непосредственно участвовало в совершении преступления совместно с другими лицами (ч. 2 ст. 33 УК РФ).

Уголовный закон Германии перечисляет также и других соучастников: подстрекателя (ст. 26 УК ФРГ) и пособника (ст. 27 УК ФРГ). Согласно ст. 26 УК ФРГ подстрекателем признается лицо, склонившее другое лицо к совершению преступления. В соответствии ст. 27 УК ФРГ пособником является лицо, которое содействует совершению преступления. Разграничение между опосредованным исполнением и подстрекательством, а также между

---

<sup>1</sup>Kindhäuser U. Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010 – S. 248.

<sup>2</sup>Heinrich B. Strafrecht- Allgemeiner Teil III. – Stuttgart: Kohlhammer GmbH, 2005. – Rn. 1192.

<sup>3</sup>Алексеев С.В. Уголовное право Российской Федерации. – Ростов н/Д: Феникс, 2010. – С. 95. ; Иногумовой-Хегай Л.В. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. – М.: Юрическая фирма «Контракт»: НИФРА-М, 2011. – С. 258.



соисполнительством и подстрекательством является в немецком уголовном праве очень сложным.

Большинство теорий, которые существуют в науке и в судебной практике, можно разделить на два главных направления. В науке представлена теория, согласно которой в качестве исполнителя признается то лицо, которое осознанно влияет на ход совершения преступления и желает этого (Tatherrschaftslehre).<sup>1</sup> При этом второстепенными фигурами будут считаться лица, чья роль при совершении преступления была не столь значительна и которые своими действиями лишь только способствовали или побуждали к совершению преступления.

В судебной практике однако используется так называемая субъективная теория (subjektive Theorie)<sup>2</sup>, согласно которой в качестве исполнителя признается лицо, которое в момент совершения преступления само считало себя исполнителем, а второстепенными фигурами при этом считаются те, кто способствовал совершению чужих преступных действий, при этом не считая себя исполнителями.<sup>3</sup>

Недостатком субъективной теории является то, что она не учитывает такие объективные критерии как общественная опасность действий лица и их значение для успешного совершения преступного деяния при квалификации действий второстепенных участников.

Определение подстрекателя в российском праве в ч. 4 ст. 33 УК РФ одинаковое по содержанию с определением подстрекателя в немецком праве в ст. 26 УК ФРГ.

Фигура пособника описана в ч. 5 ст. 33 УК РФ и ст. 27 УК ФРГ. Единственная незначительная разница заключается в том, что русский законодатель оставляет открытым перечень способов подстрекательства и называет наиболее типичные из них. Немецкий законодатель не определил перечень способов пособничества, следовательно, законодатель оставил возможность для широкого толкования ст. 27 УК ФРГ.

Таким образом, немецкая система соучастия имеет как сходство, так и различия с российской системой соучастия.

---

<sup>1</sup>Frister H. Strafrecht Allgemeiner Teil. – München: C.H. Beck, 2008. – S. 356.

<sup>2</sup>Baumann J. Strafrecht Allgemeiner Teil. – Bielefeld: Gieseking Buchverlag, 2003. – §29 Rn. 38.

<sup>3</sup>Gropp W. Strafrecht Allgemeiner Teil. – Berlin: Springer-Verlag, 2005. – Rn. 31.

## **Recognition of governments: political or constitutive?**

Гуляева Ксения Александровна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

The question of recognition of governments in international law arises in cases of replacement of one authority by another in a coup d'état, revolution or any other circumstances and is of tremendous importance for international community. Such situations are not uncommon, taking events in Fiji, Mauritania, Chad or a recent revolutionary wave of demonstrations occurring in the Arab World and affecting a number of states – so called Arab Spring<sup>1</sup>.

In other words, recognition of governments matters in deciding which authority is entitled to represent the state in international relations. It refers to such issues as “which entity is entitled to appoint ambassadors or representatives to international organizations, which entity is entitled to conclude international agreements that are binding on the State”<sup>2</sup>, as well as to which entity internationally wrongful act is attributable and which entity is responsible for such an act. Furthermore, recognition of governments matters in deciding which entity is entitled to control state's assets, and that is, probably, the most frequent matter of dispute<sup>3</sup>.

There is no precise definition of recognition, which definitely complicates the understanding of “what exactly recognition is and what it is actually meant to imply in international law”<sup>4</sup>.

However, there are two fundamental theories of recognition of governments distinguished, each theory providing its own definition of recognition. The first is political or declaratory one, stating that recognition does not influence legal status of the government and only demonstrates other governments' opinion<sup>5</sup>. The second (constitutive) theory establishes recognition as a conclusive evidence of the governmental status of authorities<sup>6</sup>. According to this view, if authority is recognized by other governments - it is government, if it is not recognized – then it is not government of the state.

Let us consider both approaches.

### **I. Declaratory (political) theory**

---

<sup>1</sup>See E. Michael Jones, Arab Spring, June 2011, <<http://www.culturewars.com/2011/Arab%20Spring.htm>>;

<sup>2</sup>Dapo Akande, Which Entity is the Government of Libya and Why does it Matter?, 16 June 2011, <<http://www.ejiltalk.org/which-entity-is-the-government-of-libya-and-why-does-it-matter/>>;

<sup>3</sup> Ibid;

<sup>4</sup> Leonard M. Hammer, A Foucauldian Approach to International Law: Descriptive Thoughts for Normative Issues, 2007, p.251;

<sup>5</sup>See Akehurst, Modern Introduction to International Law, 1997, p.83;

See Malcolm Shaw, International law 6th edition, 2008, p. 454;

<sup>6</sup>See Akehurst, Modern Introduction to International Law, 1997, p.84;

Within the scope of this approach recognition is expressed as ‘*the manifestation of the recognizing governments’ opinion on the legal status of the government in question*’<sup>1</sup>.

The British Foreign Secretary Canning already in 1824 pointed out that by ‘recognizing’ the independence of the Spanish Colonies in the South America “the other state simply acknowledges the fact, or rather its opinion on the fact of independence”<sup>2</sup>.

This definition describes recognition as a political act, based merely on the opinion of the recognizing government. Such political considerations may not affect governmental status of authority. Thus, recognition is regarded as a pure formality to confirm the status of the government, which already exists. In other words, authority is considered to represent the state as a government not as a result of other governments’ consent, but by virtue of its factual existence<sup>3</sup>.

## II. Constitutive theory

Constitutive approach defines recognition of governments as ‘*willingness or unwillingness on the part of the recognizing government to establish or maintain official relations with the government in question*’<sup>4</sup>.

Similar understanding may be found in a number of political documents, such as memorandum dated 17 May 1993 of the Legal Adviser to the US Department of State, Mr. Hackworth, which reads in the relevant part as follows<sup>5</sup>: “By the term ‘recognition’, used in the sense of recognition of new governments, is meant the establishment of normal official relations by the recognizing government with the government recognized, or an indication of readiness to do so”<sup>6</sup>.

Constitutive theory implies using a certain criterion for granting recognition, otherwise it would be hardly possible to distinguish it from recognition as a political act. In support of this idea, Malcolm Shaw outlines that recognition is granted if government in question satisfies the required conditions<sup>7</sup>.

British government also takes the view, that “recognition should be accorded when the conditions specified by international law are, in fact, fulfilled”<sup>8</sup>. Additionally, governmental recognition should not depend on His Majesty’s government approval of government in question<sup>9</sup>.

The distinction here is made between recognition of government and entering into diplomatic relations with it. The latter is considered to be entirely discretionary, i.e. based merely on political considerations, having no impact on the status of authority.

Undoubtedly, where the question of granting recognition arises, political considerations play a crucial role. However in order for this process not to become absolutely arbitrary a number of publicists specify the legal criteria for governmental

---

<sup>1</sup>Stefan Talmon, *Recognition of Governments in International Law — With Particular Reference to Governments in Exile*, 2001, p.29;

<sup>2</sup>*Ibid.*, p.30;

<sup>3</sup>See Godfrey Braxton, *To what extent do the normative criteria influence the recognition of states and governments?*, 2009, p.3-4;

<sup>4</sup>*Supra* note 7, p. 23;

<sup>5</sup>*Ibid.*, p.24;

<sup>6</sup>Whiteman, *Digest of International Law*, 1963, p.48;

<sup>7</sup>See Malcolm Shaw, *International law* 6th edition, 2008, p. 454-455;

<sup>8</sup>See, e.g. <[http://hansard.millbanksystems.com/commons/1951/mar/21/foreign-governments-recognition#S5CV0485P0\\_19510321\\_HOC\\_158](http://hansard.millbanksystems.com/commons/1951/mar/21/foreign-governments-recognition#S5CV0485P0_19510321_HOC_158)>;

<sup>9</sup>*Ibid.*;

recognition. Otherwise, simple opinion of the government or its disapproval of the new regime will wrongly preclude certain authority to be regarded as a government of the state.

Nevertheless there is no unity within the framework of the constitutive theory, since different criteria are suggested as the basis for granting recognition.

### **1. Effective control doctrine**

The most popular and widely recognized criterion is effective control. M. Shaw stresses, that “once a new government effectively controlled the country and that this seemed likely to continue, recognition should not be withheld”<sup>1</sup>. Effective control implies control over the territory and population of the state.

It is widely recognized in international legal doctrine, that the government shall possess “control of **all** or **most** of the state”<sup>2</sup> for it to demonstrate effectiveness sufficient for granting recognition. Thus there is no need in absolute control over the territory.

In 1940s UN Credentials Committee had to decide which authority should represent China: Communist or Nationalist Forces. Ultimately, the Communist regime in control of the mainland was chosen, as it constituted the greater part of the state (Nationalist Forces controlled only Taiwan)<sup>3</sup>.

One of the classical examples of effective control criterion application is **Tinoco Arbitration case**<sup>4</sup>. In this case Judge Taft decided that Tinoco government was the government of Costa Rica in spite of the non-recognition, as it was “wielding effective control over people and territory”<sup>5</sup>.

The same criterion was used to refuse granting recognition to National Transitional Council of Libya, which controlled only Libya’s eastern part, while Qaddafi forces maintained order in Tripoli and western parts of the country<sup>6</sup>. Recognition of the NTC as the government of Libya seemed premature and “would arguably constitute an illegal interference in the internal affairs of Libya”<sup>7</sup> due to the fact that Qaddafi forces were still in control of the capital

Control over the population should be regarded as “presence of popular support or the absence of popular opposition”<sup>8</sup>. Thus an active support is not mandatory, and a mere acknowledgment of a revolutionary government<sup>9</sup> without widespread and active opposition is sufficient for government to be recognized, relying on the criteria of effective control.

This concept was reaffirmed in Tinoco arbitration where Judge Taft was looking “for the existence of “disorder of a revolutionary character”<sup>10</sup> in order to define status of a revolutionary government.

---

1Supra note 13, p.455;

2Robert D. Sloane, *The Changing Face of Recognition in International Law: A Case Study of Tibet*, 16 *Emory International Law Review* 107, 2002, p.122;

Supra note 13, p. 455;

3See Brad Roth, *Governmental illegitimacy in International Law*, 1999, p.21;

Supra note 9, p.9;

4See *Costa Rica v. Great Britain*, 2006, Reports of International Arbitral awards,p.371;

5Ibid, p. 381;

6See Stefan Talmon, *Recognition of the Libyan National Transitional Council*, 16 June 2011,p.3;

7Ibid, p.4; Security Council resolution № 2022, 2 December 2011;

8M. Rafiqul Islam, *The Recognition of the revolutionary regime of Fiji by Papua New Guinea*, p.78;

9See *In Mitchell & Others v. Director of Public Prosecutions & Another*, LRC (Const.) 35, 1986, §72;

10George McGraw, *History Repeats Itself? Costa Rican History Applied to the Honduran Conflict*, Analysis II, 2009, p.1;

## 2. The doctrine of legitimacy or so called Tobar doctrine<sup>1</sup>

This doctrine was perceived particularly by the United States. Being a guideline to the Wilson policy of democratic legitimacy it was aimed at withstanding revolutionary governments<sup>2</sup>.

This theory suggests that governments which came into power by extra-constitutional means should not be recognized, “at least until the change had been accepted by the people”<sup>3</sup>. Based on the test of ‘*the will of the people*’ or ‘*obedience of a bulk of the population*’ it provides another legal criterion for granting recognition<sup>4</sup>. When revolutionary regime received approval of the population, it should be recognized, otherwise – recognition should be withheld. The question is how to determine whether authority is supported or not. International legal doctrine states that popular support is unambiguously expressed through free and genuine elections<sup>5</sup>. Only governments that assume power by means of a free and fair electoral process merit recognition<sup>6</sup>.

The criterion of legitimacy was applied in *Somalia v. Woodhouse Drake & Carey (Suisse)* case<sup>7</sup>, where the Court had to decide whether the plaintiff was the government of Somalia and, consequently, whether it was entitled to certain funds of the Republic of Somalia. Similar approach was applied in *Sierra Leone Telecommunications v. Barclays Bank*<sup>8</sup> and *Arantzazu Mendi*<sup>9</sup> cases.

We cannot, nonetheless, ignore the fact, that in practice there are a number of revolutionary regimes that have been recognized by international community, but which still came to power in violation of the national legislation and in the absence of the popular support<sup>10</sup>.

It may be argued that above mentioned criteria are ambiguous, however they do at any rate provide a necessary benchmark to distinguish between governments and other authorities, which have no capacity to represent the state in international relations<sup>11</sup>.

### III. Mixed Approach

Notwithstanding the fact that constitutive and declaratory theories are regarded to be fundamental, state practice and international legal doctrine suggest a mixed approach to the recognition of governments. This approach combines propositions of both (constitutive and declaratory) theories.

Stefan Talmon stresses the possibility of coincidence of declaratory and constitutive meanings of recognition. In this case recognition of a government will express both willingness on the side of recognizing government to establish

---

<sup>1</sup>William R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, 2006, p.62;

Supra note 13, p. 457;

<sup>2</sup>See Charles P. Kirchofer, *Democratic Legitimacy as a Prerequisite for the Recognition of States and Governments in International Law*, 2009, p.4;

<sup>3</sup>Malcolm Shaw, *International law* 6th edition, 2008, p.457

<sup>4</sup>Supra note 23, p.78;

<sup>5</sup>See H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, pp. 115, 1440.

<sup>6</sup>Supra note 17, p.124; See Clayton L. Thyne, Jonathan M. Powell, *Coup d'etat or Coup d'Autocracy? How Coups Impact Democratization, 1950-2008*, p. 9;

<sup>7</sup>See M. Dixon and R. McCorquodale, *Cases and materials on International Law*, Third edition, 2000, p.172;

<sup>8</sup>Ibid, p.175;

<sup>9</sup>See *Government of Republic of Spain v. S. Arantzazu Mendi and Others*, 1939, *The American Journal of International Law*, pp. 583-588;

<sup>10</sup>Supra note 9, p.10;

<sup>11</sup>Ibid, p.2;

diplomatic relations with the government recognized, and its opinion on the existence of the government in question<sup>1</sup> .

This coincidence may be derived from recognizing government's understanding that it should establish official relations with an authority, when the latter "fulfils the criteria prescribed by international law for the status of government"<sup>2</sup>.

It seems hardly possible for us to consider recognition either declaratory or constitutive, because even being regarded as a constitutive phenomenon, recognition cannot be deprived of political considerations.

Therefore, these theories are not incompatible and should coexist in order to reflect actual situation on the international arena. This brings us to a twofold definition of recognition: if recognition is based on certain criterion – it is constitutive, otherwise – purely political one and does not influence governmental status.

This understanding is similar to the Taft's view of recognition, as the fact that Tinoco government, exercising effective control over the state, was not recognized by other countries, was dismissed as irrelevant. Shaw calls this mixed approach "an interesting amalgam of the declaratory and constitutive theories"<sup>3</sup>, where recognition flexibly changes its nature depending on the basis of decision taken.

---

<sup>1</sup>Supra note 7, p.33;

<sup>2</sup>Ibid;

<sup>3</sup>Supra note 13, p.456;

## The principle of estoppel and the requirements of its application

Карепова Екатерина Олеговна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

A principle of estoppel is thought to be an urgent topic to scrutinize since playing a considerable role in international relations regulations it is a quite complex legal institution as it can be applied only if a number of requirements are met. However, some of these requirements lack of clarity and unambiguity.

This work is aimed at examining the basis, purposes and elements of the institution and, as a result, making up a full and clear definition of the principle of estoppel.

To start with, Prof. Kalamkaryan in his research dealt with the principle of estoppel<sup>1</sup> deems the idea of estoppels as follows: a state which by means of its active or tacit conduct has been adhering to a particular position on any international issue or concerning any internationally worthy fact and this position is clearly inconsistent and contradictory to the right being claimed by this state in court must be restricted in claiming this very right. This definition is very akin to the one given by M. Shaw in 'International law' textbook<sup>2</sup>: principle of estoppel 'provides that a party that has acquiesced in a particular situation cannot then proceed to challenge it'. However, N. Stephail Kinsella emphasizes one more significant feature in his definition: 'Estoppel is a principle of equity or justice which is invoked by a judge to prevent, or estop, a party from making a certain claim, if the party's prior actions are in some sense inconsistent with making such a claim, and *if another relied on such prior actions to his detriment* [hic et ubique: emphasis mine – E.K.]'<sup>3</sup>. As we can see, there is no a unified definition of this term probably because a legal definition was not given yet. In order to make up a comprehensive definition historical and legal basis, content and significance of this principle have to be thoroughly considered.

Speaking about the historical background, principle of estoppel as a principle of International law arose from a similar principle of English Common Law which prevents 'a person from denying or asserting anything to the contrary of that which has, in contemplation of law, been established as the truth, either by the acts of judicial or legislative officers, or by his own deed, acts, or representations, either express or implied.'<sup>4</sup> Common law encounters a number of types of estoppel. Below I will focus only on those which, to my mind, have influenced on the principle of

1 Kalamkaryan R.A. Estoppel as an International law principle // Yurist-mezhdunarodnik. 2004. N.1. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3186/> (дата обращения: 31.03.2012)

2 Shaw Malcolm International law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. P. 102.

3 Kinsella Stephail. Estoppel: A new justification for individual rights. Houston, 1992. P. 61. URL: [http://www.reasonpapers.com/pdf/17/rp\\_17\\_4.pdf](http://www.reasonpapers.com/pdf/17/rp_17_4.pdf) (дата обращения 30.03.2012)

4 28 Am. Jur. 2d Estoppel and Waiver § 48

International law in question. Thus, *reliance-based estoppels* (namely estoppel by representation of facts, promissory estoppel and proprietary estoppel) arise when one party relies on something that the other party has said or done. *Estoppel by representation* of facts takes place when a party was relied on an action or an inaction or words or conduct of another party subsequently changed its position to detriment of the first party. *Promissory estoppel* is devoted to making a promise to another out of an enforceable contract. *Proprietary estoppel* might be stated when the title of land is disputed.

Another relevant kind of estoppel in English law is *estoppel by silence* which may be appealed to when a person is precluded from claiming a right they have an opportunity to claim but failed to do it earlier and due to this ‘silence’ another party deemed the right to be conceded.

*Lashes estoppel* also seems to have influenced the International law principle. It represents a rejection in enforcement of a right considering an unreasonable delay in its exercising.

However, estoppel as a principle of International law does not undergo such a division. While being adopted, conception of estoppel was, on the one hand, broadened and, on the other hand, rather simplified. As Judge Alfaro observed in his Separate opinion on the Temple of Preah Vihear case, ‘here is a very substantial difference between the simple and clear-cut rule adopted and applied in the international field and the complicated classifications, modalities, species, subspecies and procedural features of the municipal system’. Thus, in International law estoppel is regarded as subsistence not as a procedural rule or a kind of evidence.

To bring to light the heart of the discussed principle let’s examine its legal basis and function. There are several conceptions interpreting the legal nature of estoppel. Some researchers believe that estoppel arises from the common law tortious liability theory and a party by its conscious or unconscious behavior allegedly created an erroneous impression on another person must compensate the aggrieved party *inter alia* by sticking with its previous position. However, Prof. Kalamkaryan argues this theory is not efficient since it makes states always be at risk of being misunderstood by another ones even acting unconsciously i.e. without any declarations of intention. This fear can lead to states being constraint in their expressions in international communication so stability and effectiveness of international relations might be undermined. Above-mentioned arguments argue against this theory.

Other theorists state that estoppel is based on the theory of acquiescence which implies possibility of identification party’s position on a certain international issue in absence of its clear proclamation. Contrary to this conception, M. Shaw suggests that ‘acquiescence occurs in circumstances where a protest is called for and does not happen or does not happen in time in the circumstances’<sup>1</sup>. Thus, to equate acquiescence to estoppel means to narrow artificially the idea of estoppel itself. It will be rather correct to say that ‘estoppel may arise by means of a prior acquiescence’<sup>2</sup>. This point of view is also shared by Prof. Kalamkaryan.

---

<sup>1</sup> Shaw Malcolm International law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. P. 516.

<sup>2</sup> Ibid. p. 518



To my mind, those are right who deem ‘the heart of the idea behind estoppel is the idea of *consistency*’<sup>1</sup>. In order to assure the stability and predictability of international legal order states must be consistent in their behavior. The principle of estoppel is aimed at preventing a party from changing its legal position on an issue if this change damages the other party relied upon this position in a good faith. Consequently, estoppel is purposed to maintain stability and consistency in parties’ relations as guarantee of healthy and effective international communication. In this connection the general principle of bona fides must be mentioned as it is also regarded to be a legal basis of estoppel. The principle of bona fides implies a certain level of consistency in state's behavior including the duty to inform about considerable changes in legal position concerning any significant international issue. Thus, the principle of bona fides and the principle of estoppel are closely tied to each other.

Bearing in mind the legal nature and the function of estoppel, let’s now proceed with considering its essential elements in absence of which it cannot be stated.

Different authors name different numbers of elements of estoppel and, moreover, the content of some elements is also discussable. However, the next part of this paper is devoted to examine each element in detail.

The first essential element of estoppel is *representation*. Prof. Kalamkaryan understands representation as existence of *clear* and *unambiguous* international legal position *on the issue of present or past* as a result of an *independent and conscious will declaration* of *capable subject* of international law. This element would seem to be pretty clear unless representation is divided to representation from declaration or conduct and from silence.

Speaking about the first type, declaration and conduct are described by different sets of adjectives in different decisions of International Court of Justice<sup>2</sup>. For instance, in North Sea Continental case and Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case as well as in Serbian Loans and Nuclear test cases it is stated that a declaration must be ‘clear’. The term ‘consistent’ is used in North Sea Continental, Nicaragua and Serbian Loans cases. Besides, in the last one an adjective ‘unequivocal’ is used. However, since the terms ‘clear’ and ‘unequivocal’ are mostly akin to each other it is suggested to use a so-called ‘clear and consistent test’ in order to consider whether the first element exists in a certain case or not.

Another kind of test – the ‘objective’ one – was used in Nuclear tests case where the representation (intention of a party) was constructed by the court from the declaration itself not from actual subjective intention of the state. However, it seems to be unreasonable and unfair since, as Ian Sinclair noted, a declaration ‘must be unambiguous, at least in the sense that it must reasonably support the meaning attributed to it by the party raising the estoppel’<sup>3</sup>.

---

1 Kinsella Stephail. Estoppel: A new justification for individual rights. Houstorz, 1992. P. 62. URL: [http://www.reasonpapers.com/pdf/17/rp\\_17\\_4.pdf](http://www.reasonpapers.com/pdf/17/rp_17_4.pdf) (дата обращения 30.03.2012).

2 ICJ in the sequel.

3 Sinclair I. Estoppel and Acquiescence // Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings: collected articles / Cambridge: Cambridge University Press, 1996. P. 107.

Moving on to the second type which is representation from silence, there are two main approaches to the judicial importance of silence expressed in ICJ decisions. On the one hand, in Fisheries case (1951) silence was treated as decisive and gave rise to estoppel. The bottom line of this case is following. The UK claimed the boundary of the sea delimited in the North Sea by Norway is incorrect. The court stated that since the UK had been keeping silence for about 60 years and had not objected it must be prevented from changing its position and rejected the claim. The reasons for the UK had been keeping silence were not taken into account. However, the UK was never completely aware of the Norwegian system of delimitation and, consequently, was not able to object. The dissents of Judges McNair and Reid were based exactly on these facts.

On the other hand, in Elettronica Sicula Sp A (1989), Jan Mayen (1993) and the Territorial dispute between Chad and Libya cases (1994) ICJ sticks with another approach and treats silence of a party as ‘of evidentiary view only’<sup>1</sup>. It means that silence does not necessarily give rise to estoppel since it is viewed in the light of the concrete circumstances under which a state ‘was keeping silence’. For instance, in Jan Mayen case Denmark claimed Greenland had a right to 200 nautical miles of fishery zone while Norway argued that Denmark had been aware about a long-standing Norway’s position concerning maritime boundaries and since it had not objected for a long time must now be estopped from such a claim. The court established that Denmark had been keeping silence because of the ‘concern not to aggravate the situation pending a definitive settlement of the boundary’<sup>2</sup>. Thus, the representation from silence was considered only as one of evidence to the case not as unconditional ground for establishing estoppel.

To conclude, now ICJ tends to stick with the approach to the representation from silence as being ‘of evidentiary view only’. It seems to be more efficient since reasons to keep silence may rather vary from trying to maintain tepid relations with a more powerful opponent to simply being not aware of the real situation concerning a certain issue and these reasons also must be mulled over.

Let’s continue with the second integral element of estoppel. A representation made by the state must be *authorized* and *unconditional*. A. Ovchar notes that an authorized representation is one ‘made by an organ competent to bind the State’<sup>3</sup>. An organ is competent if under domestic legislation it is entitled to deal with a certain range of issues in the name of the state. The question of proper authority was raised for the first time in the Legal Status of Eastern Greenland case where the Court doubted whether the Minister for Foreign affairs is authorized to spoke on behalf of his country.

Nottebohm and Gulf of Maine cases are particularly interesting concerning this element. Notwithstanding a representation was clear and consistent in both of them it was not authorized. Consequently, estoppel was not established.

---

1 Temple of Preah Vihear: Dissenting Opinion of Judge Spender [1962] ICJ Rep 6.

2 Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway) (Merits) [1993] ICJ Rep 54.

3 Ovchar Alexander Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it / Bond Law Review, 2009. P. 16

The last but not the least element of estoppel is *reliance*. ‘The party claiming estoppel must have relied on the representation’<sup>1</sup>. Besides, this reliance must be conscientious i.e. the claimant is to prove the representation was reasonably able to become an incentive for his action or inaction. However, the main question is whether reliance must be detriment or not to form estoppels. Theorists insist on a position that in case of estoppel reliance must be detriment.

Thus, Prof. Kalamkaryan believes that in order to claim estoppel the direct relation between claimant’s action or inaction motivated by the position of the other party and claimant’s sustained loss must be proved. Furthermore, the damage must be caused exactly by the other party’s changed position.

A. Ovchar shares this conception and cites Land Island and Maritime Frontier Dispute case which states that to claim estoppels a party must prove that it ‘has taken distinct acts in reliance on the other party’s statement either to its detriment or to the other’s advantage’<sup>2</sup>. In other words, loss in this context must be understood broadly. To be more concrete, not only direct damage suffered by a claiming party but also unjust advantage of the other party is treated as a basis to estoppel. As says the Latin maxim, ‘*allegans contraria non audiendus est*’, i.d. ‘one making contradictory statements is not to be heard’ or, if interpreted, ‘one should not benefit from his or her own inconsistency’<sup>3</sup>.

Speaking about the position of ICJ concerning this issue, it is not sufficiently consistent. In a range of cases it requires detriment reliance as an essential condition of estoppels while in some others this requirement is ignored.

The first approach is revealed farther in those cases where a claiming of estoppels was denied on the grounds of absence of detriment reliance. For instance, in the North Sea Continental Shelf case (1969) the Court stated the following: ‘Only the existence of a situation of estoppel could lend substance to the of Denmark and the Netherlands – i.g., if the Federal Republic [Germany – E.K.] were now precluded from denying an applicability of the conventional regime, by reasons of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of this regime *but also had caused* Denmark or the Netherlands, *in reliance of such conduct, detrimentally to change the position or suffer some prejudice*. Of this there was no evidence’<sup>4</sup>.

Another example could be found in the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria case (1998) where ICJ held that ‘an estoppel would only arise if by its acts or declarations Cameroon had consistently made it fully clear that it had agreed to settle the boundary dispute submitted to the Court by bilateral avenues alone. It would further *be necessary that, by relying on such an attitude, Nigeria had changed position to its own detriment or had suffered some prejudice*’<sup>5</sup>.

---

1 Ibid. p. 18.

2 Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v Honduras) (Application by Nicaragua to Intervene) [1990] ICJ Rep 3. P. 118. See also Temple of Preah Vihear, p. 63 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice); North Sea Continental Shelf, [1969] ICJ Rep 4. P. 26.

3 Ovchar Alexander Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it / Bond Law Review, 2009. P. 3.

4 North sea continental shelf cases: Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5537.pdf> (дата обращения: 30.03.2012).

5 Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment / I. C. J. Reports, 1998. P. 303.

A similar position is proclaimed in a number of other cases such as Serbian Loans case (1929), Temple of Preah Vihear case (1962), Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case (1986) and etc.

However, Legal Status of Eastern Greenland (1933), Arbitral Award Made by the King of Spain (1960), Nuclear tests (1974) cases and some others were decided contrary.

For example, in Nuclear tests case (1974) Austria claimed to prevent France from changing its position as Austria allegedly had relied on French declaration providing that those nuclear tests would be the last ones. Though no any detriment was inflicted to Austria, ICJ met the claim of Austria on establishing estoppel.

Both positions in question may, to certain extent, be justified. On the one hand, why does a party have to wait for damage being inflicted if it has already learnt that the other party behaves inconsistently? On the other hand, freedom of one ends when freedom of another starts or, put it in other words, a subject is free to change its mind on any issue if it does not damage another subject. In the light of this phrase, preventing a party from changing its position if it has not caused any detriment seems to be unfair and even unlawful. Moreover, since both international and domestic climate has been continuously and sometimes even dramatically changing development of states' positions on various issues is an integral and important part of international legal relations. Finally, possibility of estoppel without detriment might make states be inclined not to demonstrate their position. Consequently, claiming estoppel without detriment reliance seems to be inefficient and inconsistent with the purpose of maintaining international legal order and stability in international relations.

In view of the aforesaid the following conclusions may be drawn. Firstly, the general ground of the principle of estoppel is idea of consistency in subject's behavior. Secondly, the legal basis for estoppel is the principle of bona fide. Thirdly, the purpose of the principle in question is to assure the international legal order and to maintain stability in international relations. Fourthly, the principle of estoppel consists of three essential elements namely

- existence of representation from clear and consistent declaration or from silence;
- this representation is unconditional and made by an authorised body;
- existence of reasonable and detriment reliance on this representation by the other party.

All in all, the *principle of estoppel* may be defined as *a general principle of International law providing that a party must be precluded from changing its position on any international issue or fact if the other party has reasonably and detrimentally relied upon an authorised and unconditional representation of this position made by the first party by a clear and consistent declaration or keeping silence.*

## Cultural internationalist approach in the protection of cultural property

Качанова Анастасия Владимировна,  
студентка 4 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

### Destruction of Cultural Property in Armed Conflict

Over the last two decades, *there has been* a dramatic increase in armed conflicts during which the damage, destruction and pillage of our shared human heritage took place. The most recent of them include destruction of Old Bridge in Bosnia and Herzegovina in 1993<sup>1</sup>, the 1998 bombardments of Dubrovnik<sup>2</sup>, Croatia and The Temple of the Sacred Tooth Relic, Sri Lanka<sup>3</sup>, the looting of the Iraq National Museum in 2003<sup>4</sup> as well as the *damage* caused to the *Preah Vihear* Temple during the conflict between Cambodia and Thailand in 2009<sup>5</sup> and many others. These cases demonstrate that cultural heritage remains vulnerable subject to destruction. The detrimental effects of manmade disasters determined the need of the cultural property protection improvement. Nowadays several legal instruments are aimed at prevention of the destruction of cultural property in times of armed conflict. However, the problem concerning the scope of application of these legal instruments remains to be unsolved<sup>6</sup>.

### Legal Framework of Protection

The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (“Hague Convention of 1954”)<sup>7</sup>, and its two subsequent protocols signed in 1954 (“First Protocol”)<sup>8</sup> and 1999 (“Second Protocol”)<sup>9</sup> is a major treaty regulating the protection of cultural property<sup>10</sup>. Other important instruments include the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing

---

1 See, Prosecutor v. Rodovan Karadzic (Decision on Karadzic's Appeal of the Trial Chamber's Decision on Alleged Holbrooke Agreement), IT-95-5/18-AR73.4, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 October 2009, available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ad59b1f2.html>>; <<http://bosniagenocide.wordpress.com/2011/01/14/the-siege-of-mostar-in-1993-during-the-war-in-bosnia-and-herzegovina/>> (“was rebuilt with help from UNESCO, the World Bank, local officials and donor countries”);

2 Prosecutor v. Pavle Strugar (Appeal Judgment), IT-01-42-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 17 July 2008, available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48ad43072.html>>;

3 See, Nicholas Stanley-Price, Cultural Heritage in Postwar Recovery, ICCROM, ICCROM FORUM, October 4-6, 2005, 2007, p. 87;

4 See, e.g., Looters ransack Baghdad museum, 12 April 2003, <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/2942449.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/2942449.stm)>;

5 I.C.J., Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Order, July 18 2011, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/151/16564.pdf>>;

6 See, e.g., Kruti J. Patel, Culture Wars: Protection of Cultural Monuments in a Human Rights Context, Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law, Vol. 11, 2011, p. 6;

7 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, the Hague, 14 May 1954, available at: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000824/082464mb.pdf>>;

8 Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, the Hague, 14 May 1954, available at: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000824/082464mb.pdf#page=66>>;

9 The Second Protocol came into force in 2004;

10 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, the Hague, 26 March 1999, available at: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001306/130696eo.pdf>>;

the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property (“UNESCO Convention”)<sup>1</sup>, and the 1972 Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (“World Heritage Convention”)<sup>2</sup>.

By the early 1990’s, the immense damage to cultural property which took place during the Second Gulf War<sup>3</sup>, and the war in the former Yugoslavia<sup>4</sup> indicated that the Hague Convention failed to provide effective protection to cultural property.

The drawback of the Convention lies in its scope of application: “it does not create explicit and compulsory obligations on the member states to protect cultural property during times of peace, nor does it obligate member states to protect cultural property from willful destruction during conflicts that do not rise to the level of “armed conflict not of international character,” as described in the Hague Convention and the Second Protocol”<sup>5</sup>.

The purpose of the Second Protocol, apart from introducing some new elements concerning the protection of cultural property, was to define the vague provisions of the 1954 Hague Convention concerning the scope and situations of its application more precisely. The Second Protocol stated that it applied to armed conflicts of an international character and to conflicts not of an international character which occur within the territory of one of the Parties<sup>6</sup>.

Nevertheless, according to the commentaries of Article 22 of the Second Protocol the Hague Convention and the Protocols do not apply to “situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature.”<sup>7</sup> However, it is stated that this Article together with Article 19 of the Hague Convention can be applied in case of mostly civil war type situations which are regulated by the provisions dealing with armed conflicts not of an international nature<sup>8</sup>.

Moreover, the scope of the Hague Convention and the two Protocols which are mostly war time treaties does not extend to peace time destruction by the (*bona fide*) government on its own State.

In this respect, we will consider the mechanism which is aimed at elaboration of these treaty loopholes and its implementation in practice.

### **Cultural internationalist approach in the protection of cultural property**

The rationale for the protection of cultural property in situations of “armed conflict” and in times of peace is its importance to all humanity. Exactly because of such level of importance the issue of the possible *erga omnes* character of obligations under the World Heritage Convention was brought up in the legal doctrine<sup>9</sup>.

---

1 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Paris, 14 November 1970, available at: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114046e.pdf#page=130>>;

2 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, adopted by the 17th session of the UNESCO General Conference, Paris, 16 November 1972, available at: <<http://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>>;

3 See, e.g., Selma M. S. Al-Radi, The Gulf War and its Aftermath on the Cultural Heritage of Iraq, MRS Spring Meeting, 1992;

4 See, e.g., M. Keba M'Baye, Final report of the United Nations Commission of Experts established pursuant to security council resolution 780 (1992), S/1994/674/Add.2, Vol. V, 28 December 1994;

5 Supra note 6, p. 6;

6 Supra note 9, Article 22;

7 Kevin Chamberlain, War and cultural heritage, International Journal of Cultural Property, Vol. 12, 2005, p. 171;

8 Supra note 6, p. 7;

9 See, Lucas Lixinski, World Heritage and the Heritage of the World – Book Review; F. Fracioi and F. Lezerii, The 1972 World Heritage Convention: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2008, EJLS, VOL. 2, № 1, 2008, p. 381;

In 2011 Judge Cançado Trindade in the *case* concerning the *Temple of Preah Vihear* remarked on the Temple's importance and outstanding universal value, indicating even that "[t]he prohibition of destruction of cultural heritage of an outstanding universal value and great relevance for humankind is arguably an obligation *erga omnes*."<sup>1</sup>

According to the Barcelona Traction case<sup>2</sup> there are two main characteristics of obligations *erga omnes*. The first one is *universality*, which means the binding effect on all States without exception and the second one is *solidarity*, in the sense that every State is regarded to have a legal interest in their protection. Solidarity also implies that every State has standing to take actions against the delinquent State<sup>3</sup>.

In our view, since cultural heritage is important for the whole international community (1) and that the prohibition of its destruction has achieved status of customary international law (2), the obligation to protect cultural property fulfills the above criteria and, thus, constitutes an *erga omnes* obligation.

(1) Obligations concerning the protection of cultural property are *erga omnes* obligations since cultural heritage "constitutes part of the general interest of the international community as a whole"<sup>4</sup>.

Over the *past half century*, there has been a growing number of legal instruments regulating the protection of cultural property in witness of the emergence of "a new principle<sup>5</sup> according to which parts of cultural heritage of international relevance are to be protected as the common heritage of humanity"<sup>6</sup>.

The principle according to which museums, monuments, and scientific and cultural institutions are to be protected as part of 'common heritage of all people' was mentioned for the first time in 1935 Roerich Pact<sup>7</sup>. This principle has been systematically restated by UNESCO since the early 1950s, in particular, in the 1956 UNECSO Recommendation on international principles applicable to archeological excavations, and the Preamble, as well as Article 4 of the 1954 Hague Convention on the protection of cultural property in the event of armed conflicts. More specifically, the idea of an international public interest in the preservation of cultural heritage is expressed in the preamble of the 1972 World Heritage Convention<sup>8</sup>:

*"the existing international conventions, recommendations and resolutions concerning cultural and natural property demonstrate the importance, for all the peoples of the world, of safeguarding this unique and irreplaceable property, to whatever people it may belong [. . .] [P]arts of the cultural or natural heritage are of outstanding interest and therefore need to be preserved as part of the world heritage of mankind as a whole"*<sup>9</sup>.

---

1 Separate opinion of Judge Cançado Trindade, Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Order, July 18 2011;

2 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, para. 33-34;

3 See, Maurizio Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes, Oxford University Press, 2010, p. 17;

4 Francesco Francioni and Federico Lenzerini, The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law, EJIL (2003), Vol. 14 No. 4, p.633;

5 Francesco Francioni, Beyond state sovereignty: the protection of cultural heritage as a shared interest of humanity, 25 Mich. J. Int'l L. 1209, 2004, p. 5 ("principle is valid both in the event of armed conflict and in peacetime");

6 Ibid, p. 5;

7 Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact, 15 April 1935, Washington);

8 Supra note 17, p. 379;

9 Supra note 10, Preamble;

Therefore, despite the absence of clear definition of a “collective interest” in the preservation of cultural heritage, there is definitely “a collective interest in the protection of heritage at the intergovernmental and diplomatic level”<sup>1</sup>. Thus the solidarity criterion has been fulfilled.

(2) The criterion of universality has been met, since prohibition of the destruction of cultural heritage is a rule of customary international law.

In accordance with the Statute of the International Court of Justice customary international law is considered to be “a general practice accepted as law”<sup>2</sup>. It is generally agreed that the existence of a rule of customary international law requires the presence of two elements, namely State practice and a belief that such practice is required, prohibited or allowed, depending on the nature of the rule, as a matter of law (*opinio juris*)<sup>3</sup>.

The presence of the actual practice can be observed in the various facets of international cultural heritage law: in numerous international provisions and treaties<sup>4</sup> and, additionally, in plenty of the UNESCO documents.<sup>5</sup>

**As for the existence of a general *opinio juris* – it may be proved, firstly, by the high rate of ratification of the World Heritage Convention<sup>6</sup>, Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Additional Protocols of 1954 and 1999<sup>7</sup> which means the formal *acceptance and the agreement with their provisions by the States Parties. Secondly, *opinio juris* may be justified by the universal public condemnation of the destruction of international cultural heritage.***

For instance, in 2001 the Taliban’s destruction of the Bamiyan Buddhas<sup>8</sup>, which religious and cultural significance was immense, was met with sweeping outcry:

“Hundred individual states registered protest, including threats of diplomatic sanctions in some cases. The U.N. General Assembly adopted a resolution, supported by over ninety delegates, calling on the Taliban to immediately act “to prevent the further destruction of the irreplaceable relics, monuments or artefacts of the cultural heritage of Afghanistan.”<sup>9</sup> In addition, UNESCO, the Organization of the Islamic Conference, the European Union, the Council of Europe, and the G8 decried the proposed destruction as a violation of international law. Muslim nations such as

---

1 Supra note 13, p. 381;

2 The Statute of the International Court of Justice, Article 38;

3 IHL Commentary, International Committee of the Red Cross (ICRC), Cambridge University Press, 2005;

4 The Hague Conventions on land warfare and on naval bombardment (1907); Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact, 15 April 1935, Washington); Hague Convention on the protection of cultural property in the event of armed conflicts (1954); World Heritage Convention (1972);

5 E.g., Recommendation on international principles applicable to archeological excavations (1956); Recommendation concerning the Protection, at National Level, of The Cultural and Natural Heritage (1972); 2001 UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage;

6 States Parties to the Convention as of Mar 8, 2012: 189 (<<http://whc.unesco.org/en/statesparties>>);

7 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – 124 States Parties (<[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13637&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>), First Protocol – 120 States Parties (<[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15391&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>), Second Protocol – 61 States Parties (<<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=15207&language=E>>);

8 W.L. Rathje, Why the Taliban are destroying Buddhas, Discover Archaeology Magazine, March 22 2011 (<<http://www.usatoday.com/news/science/archaeology/2001-03-22-afghan-buddhas.htm>>);

9 The Destruction of Relics and Monuments in Afghanistan, G.A. Res. 55/243, 3, U.N. GAOR, 55th Sess., U.N. Doc. A/RES/55/243 (March 9, 2001);



Pakistan, Saudi Arabia, and Iran interceded directly on behalf of the world community”<sup>1</sup>.

The authoritative UNESCO recommendations also represent the opinion of the near totality of the nations<sup>2</sup> of the world that participate in the General Conference.

As for the destruction of the Bamiyan Buddhas, it led to the unanimous adoption in 2003 of the UNESCO Declaration Concerning Intentional Destruction of Cultural Heritage<sup>3</sup>. Being the instrument of soft law it does not have binding effect. Nevertheless, due to the specific nature of this act together with the fact that it is based on the will of the international community as a whole it is deemed as the appropriate indicator of *opinio juris* on the part of the States.

Therefore, the two criteria of the customary international rule have been fulfilled. Even though some scholars admit only “an emerging customary obligation of respect towards cultural heritage”<sup>4</sup>, we consider that the obligation of its preservation has already achieved the status of customary international law, primarily because of the wide ratification of legal instruments in this sphere and international condemnation of deliberate destruction of the cultural heritage of all mankind by States, the UN, UNESCO, the EU, and other international organizations.

### **Conclusion**

The Bamiyan Buddhas destruction did not occur in the middle of the armed conflict. In addition, there were no allegations of crimes against the humanity of genocide. Moreover, such acts of a State on its own territory did not breach any existing treaty obligation<sup>5</sup>. Thus the international community was left helpless and failed to act effectively in this cultural property dispute.

We believe that the cultural internationalist approach in the protection of cultural property based on the principle of a collective interest in the preservation of cultural heritage should be applied in situation of deliberate destruction of cultural property by the government (*de facto* or *de jure*) within the territory of its State. In our view, *erga omnes* character of the obligation to protect cultural heritage should overwhelm traditional principles of state sovereignty. International interest in the preservation of cultural heritage should be considered as the sufficient ground for the States’ standing to intervene in the international cultural property disputes and impose sanctions against the delinquent States.

---

1 Joseph P. Fishman, Locating the International Interest in Intranational Cultural Property Disputes, 35 Yale J. Int'l L. 347, 2010, p. 364;

2 The Organization has now 195 Members and 8 Associate Members, <[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=11170&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=11170&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>;

3 Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage, adopted by the 32nd session of the UNESCO General Conference, Paris, 17 October 2003;

4 Supra note 13, p. 382;

5 Supra note 30, p. 364-365.

**Formation of foreign companies and their structural subdivisions in the  
USA, the EU and the Russian Federation.  
The choice of applicable corporate law**

Королева Ольга Евгеньевна,  
студентка 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

There is no universal corporate and tax law. Every state has its norms, regulating company formation and functioning, as well as its jurisdiction and autonomy in company law.<sup>1</sup> In order to take insight into these branches of law and outline tendency, one shall compare different legal systems. In this article we would compare the USA, the EU and Russian ones.

The definitions of a "branch office" and a "representative office" are similar in all legal systems. A branch office is a foreign company subdivision which may perform all the company functions, involving representative ones. While a representative office is a foreign company subdivision which, as a rule, performs only representative functions.<sup>2</sup>

*Incorporation in the USA* is regulated by the Model Business Corporation Act (MBCA), which is considered to be recommended federal law and adopted by 35 American states<sup>3</sup>, and the laws of the state of incorporation. There is a "two-tiered state/federal structure" which means that every state has its laws and does not need to implement federal company law.<sup>4</sup> Some states have more advantageous laws than elsewhere in the USA and as a result other states prefer implementing them. For example, Delaware and Virginia are said to be "a corporate heaven" due to its corporate laws, that is why their laws are also used by other states. Large states (New York, California) have their own Committees enacting laws and do not need to apply other state laws or federal laws.<sup>5</sup>

It would be rational to consider the provisions of US general recommended federal corporate law as it is a uniform code which outlines main directions in company law. It regulates the formation of domestic companies. In accordance with para. 2.03 of the MBCA "the corporate existence begins when the articles of incorporation are filed".<sup>6</sup> These articles prove the fact that all the requirements for formation have been met.<sup>7</sup> The organization of the company is completed when

---

1 Enrico Furia., Introduction to Comparative US/EU Company Law, 2006;

2 Ernst&Young., Doing business in Russia, 2010, p.12;

3 David C. Donald., Approaching Comparative Company Law, 2008, p.55;

4 Ibid, p.45-46;

5 Ibid, p.55;

6 The Model Business Corporation Act, para. 2.03;

7 Ibid, para.2.03;

incorporators at their first meeting adopt bylaws, appoint officers and decide other business matters. The name of the company shall comply with the provisions of para. 4.01, 4.02, 4.03 of the MBCA.

*The MBCA also regulates foreign companies functioning.* A foreign company may undergo the procedure of domestication only if the organic law of the foreign company has provisions permitting domestication. And for a domestic company to become a foreign business corporation is possible only if such procedure is permitted by the laws of the foreign jurisdiction. But in all cases, whether needed or not, the first step of domestication shall be the plan of domestication with all the provisions mentioned in para. 9.20 (c) of the MBCA. In order to have domestication completed articles of domestication shall be filed as well as surrender of charter shall be executed.<sup>1</sup>

Domestication is significant for companies which are not citizens of the state of their residence. It gives foreign companies certain legal status which is nearly equal to domestic corporations' one.<sup>2</sup> Enacting such laws is rationale. Firstly, it contributes to the simplification of the procedure of arranging business in the USA and global firms' functioning since domesticated foreign companies do not have to face different law collisions. Secondly, it unifies different types of procedure which are conducted by competent authorities. Thirdly, domestication reduces the risk of excess of liability of foreign companies. As a result, the USA are acceptable for international companies formation and functioning as well.

The liability of a shareholder is specifically regulated in para. 9.24 (c) of the MBCA. Particularly, that norm is general and not clearly defined. But one shall comprehend that legislator has paid lots of attention to shareholders' interests and has not intended to infringe their rights.

Thus, domestication is a unique procedure which keeps balance between foreign shareholders and states' interests and does not allow some of them overwhelm others.

Chapter 15 of the MBCA concerns foreign corporations. A foreign country may conduct transactions in the USA only after the obtaining a certificate of authority. But this rule is not applied to such activities as "(1) maintaining, defending, or settling any proceeding; (2) holding meetings of the board of directors or shareholders or carrying on other activities concerning internal corporate affairs; (3) maintaining bank accounts; (4) maintaining offices or agencies for the transfer, exchange, and registration of the corporation's own securities or maintaining trustees or depositaries with respect to those securities; (5) selling through independent contractors; (6) soliciting or obtaining orders, whether by mail or through employees or agents or otherwise, if the orders require acceptance outside this state before they become contracts; (7) creating or acquiring indebtedness, mortgages, and security interests in real or personal property; (8) securing or collecting debts or enforcing mortgages and security interests in property securing the debts; (9) owning, without more, real or personal property; (10) conducting an isolated transaction that is completed within 30

---

<sup>1</sup> Ibid, para. 2.05, 9.20 (a), 9.20 (b); 9.22 (a), 9.23;

<sup>2</sup> Ibid, para. 9.24 (a);

days and that is not one in the course of repeated transactions of a like nature; (11) transacting business in interstate commerce".<sup>1</sup>

Foreign corporations with valid certificates of authority have almost the same legal status as domestic corporations have<sup>2</sup>. Such companies may not terminate its business transactions before the obtaining of the certificate of withdrawal.<sup>3</sup>

To summarise, the US corporate law is quite unusual because of its law system. The only unified code is Model Business Corporation Act and even it is only recommended but not obligatory for companies. In addition, every state is empowered to enact its own laws as well as foreign shareholders are entitled to choose the applicable law.

*The EU company law* is different from US one and its main source of law is directives and regulations which are a part of supranational law. The core aspects of European corporate law are regulated by first two company law Directives. The first Directive regulates publishing the facts concerning incorporation matters.<sup>4</sup> While the Second Company Law Directive has provisions regarding incorporation rules of public companies.<sup>5</sup> The Eleventh Council Directive (89/666/EEC) provides the rules of "establishment of branches in other member states"<sup>6</sup>. Council Regulation 2157/2001<sup>7</sup> and Council Directive 2001/86/EC<sup>8</sup> contain rules of creation of "European Companies". Member states law shall be consistent with EU law as national law has a lower status than supranational law system.

Some countries such as the UK and Germany regard EU Directives as their national law<sup>9</sup>. In 2001 the four-level approach to the implementation of EU directives into national law was provided by the committee in its "Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets". These levels are: "general principles, directives that member states implement; detailed, implementing legislation adopted by the European Commission, in consultation with the Committee of European Securities Regulators (CESR); interpretive regulations developed by CESR; Commission policies for compliance".<sup>10</sup>

Germany does not enact its company law but implement German federal one. And as a result, there is no competition of laws. The only differences may occur in articles of incorporation (in internal company affairs).<sup>11</sup>

The main UK national source of company law is Companies Act 2006 which applies equally to all parts of the UK but with little differences mentioned in the Act. For company incorporation there shall be a memorandum of association<sup>12</sup> and needed registration documents<sup>13</sup> (statement of capital and initial shareholdings for companies

---

1 Supra note 6, para. 15.01 (b), (c);

2 Ibid, Chapter 15, para. 15.05 (b);

3 Ibid, Chapter 15, para. 15.20 (a);

4 The First Council Directive (68/151/EEC), 1968, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968L0151:EN:HTML>;

5 The Second Council Directive (77/91/EEC), 1976, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0091:EN:NOT>;

6 The Eleventh Council Directive (89/666/EEC), 1989, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0666:EN:NOT>;

7 Council Regulation 2157/2001;

8 Council Directive 2001/86/EC;

9 Supra note 3, p.43;

10 Ibid, p.44-45;

11 Ibid, p.46-49;

12 Companies Act 2006, para.8;

13 Ibid, para.9;

with share capital<sup>1</sup>, statement of guarantee for companies limited by guarantee<sup>2</sup>, statement of proposed officers<sup>3</sup>, statement of compliance<sup>4</sup>). The company formation is completed when a certificate of incorporation is issued<sup>5</sup>. The company must have constitutional documents<sup>6</sup> (articles of association and resolutions, agreements).

If a company has a share capital and conducts business transactions in parts and countries mentioned in para.129 (2) of the Companies Act 2006, it may keep overseas branch registers there.<sup>7</sup> Where a company intends to keep an overseas branch office in the UK, it shall give notice of opening of overseas branch register within 14 days. Such companies shall keep the register or its duplicate available for inspection<sup>8</sup>, and shares of a branch shall be distinguished from the shares of the main register.<sup>9</sup> What is more, territorial jurisdiction is possible.<sup>10</sup>

The European Court of Justice (ECJ) in its three decisions (*Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 1999<sup>11</sup>; *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 2002<sup>12</sup>; *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, 2003<sup>13</sup>) unambiguously stated that incorporators have the right to choose which Member State corporate law to implement. But the legal entity can only be determined by referring to a conflict of laws rules highlighting "the jurisdiction of formation".<sup>14</sup>

But such theory suggested by ECJ is considered to be vulnerable.<sup>15</sup> As the foreign company is regarded to have the same legal status as the national one just because of its simple compliance with national standards. It conflicts Articles 43 and 48 of the EC Treaty.<sup>16</sup> European incorporators can choose a statutory domicile for business entities regardless of its place of business and the location of the company's physical assets.<sup>17</sup>

*EU Tax law* does not depend on the choice of national corporate law. EU members states have bilateral agreements which do not conflict the Organisation for Economic Co-operation and Development's (OECD). Model Convention, particularly, Article 7(1)<sup>18</sup>. It provides that a company pays income tax only in the state of the its established administrative office.

---

1 Ibid, para.10;

2 Ibid, para.11;

3 Ibid, para.12;

4 Ibid, para.13;

5 Ibid, para.15;

6 Ibid, para.17;

7 Ibid, para.129;

8 Ibid, para.132;

9 Ibid, para.133;

10 Ibid, para.134;

11 Case C-212/97, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 1999 E.C.R. I-1459, para. 27, <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/4-1Feldman1CentrosLtd.pdf>;

12 Case C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 2002 E.C.R. I-9919, para. 15, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/4-2\\_Feldman2UberseeringvNordic.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/4-2_Feldman2UberseeringvNordic.pdf);

13 Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken*

*voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, 2003 WL 102001, Celex No. 601J0167, para. 138, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/4-3\\_Feldman3-Inspire\\_Art\\_C167\\_01\\_300903.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/4-3_Feldman3-Inspire_Art_C167_01_300903.pdf);

14 Tobias H. Tröger., *Choice of jurisdiction in European Corporate law: Perspectives of European Corporate Governance*, p.1;

15 Ibid, p.3;

16 Consolidated versions of the treaty on European Union and of the treaty establishing the European Community//Official Journal of the European Union C 321 E/1, 2006,Articles 43,48;

17 Supra note 36, p.4;

18 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Jan. 28, 2003, art. 7(1);

In the European Union a company may be formed by reincorporation which is different from a simple recognition of a foreign company by EU member states. In order to reincorporate a company, incorporators shall incur all applicable corporate taxes which are very high. Such a rule interferes with the freedom of establishment irradiated by the ECJ.<sup>1</sup>

Domestic Tax law of some EU member states (for example, in Germany) recognizes emigration of an existing company, id est. transfer of the administrative seat, as liquidation of such a company. And as a result, it leads to a taxable disclosure.<sup>2</sup> In *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* the ECJ stated that such practice violates Article 43 of the EC Treaty.<sup>3</sup>

Reincorporation of existing business in Europe is a more complex procedure than incorporation. It mainly depends on such criteria as merger programs implementation, initial public offerings (IPO), takeover defenses, participation of employees as well as opting out of minority protections of blockholders. As a consequence, before selecting a concrete European setting, one shall consider cross-border mergers, whether the burdens of national law are too high or normal.

Unfortunately, *the abuse of right* may take place in EU company law. "The abuse of right" concept was firstly discussed in *Van Binsbergen* ruling in 1974. In *Knors v. Staatssecretaris van Economische Zaken* as well as *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh* rulings such concept was mentioned in the area of the freedom of establishment. In *Panagis Pafitis and Kefalas and Others v. Greece* cases the ECJ stated that the anti-abuse domestic rules shall comply with EU law provisions.<sup>4</sup> But the most significant case in this area is *Emsland-Starke* case where the ECJ established "abuse of rights". It is written in para. 52-53 of the judgment that: "A finding of abuse requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the Community rules, the purpose of those rules has not been achieved. It requires, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it."<sup>5</sup>

The example of one of the landmark cases is the *Cadbury Schweppes* ruling where the ECJ applied the same "abuse of rights" test in the area of company and tax law. Particularly, the Court clarified that organising subsidiaries not carrying on "genuine economic activities" is "abuse of rights" as such company structural subdivisions are "wholly artificial arrangements".<sup>6</sup>

---

1 Supra note 36, p.22;

2 Ibid, p.23;

3 Case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances*

et de l'Industrie, European Court reports, 2004, operative part, <http://materialotzakharova.narod.ru/ECJ/62002J0009.htm>;

4 Luca Cerioni., Law Lecturer, Brunel University, The "Abuse of right" in EU Company law and EU Tax law: a re-reading of the ECJ case-law and the quest for a unitary notion, p. 2-4;

5 Case C-110/99, *Emsland-Starke*, cit., para. 52 and 53, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999CJ0110:EN:PDF>;

6 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 September 2006 (reference for a preliminary ruling from the Special Commissioners, London - United Kingdom) - *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=64126&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=132215>;

The "abuse of rights" concept is implemented nowadays. The recent cases are: the 2004 Leusden<sup>1</sup> and the 2006 Halifax rulings.<sup>2</sup>

We would mention that the EU corporate law is more similar to Russian one than US law due to its overwhelming supranational law nature.

*Russian company and tax law* are absolutely different from the US and EU corporate and tax law. There is no a codified company law act which can be applicable in the sphere of company formation. Every type of corporations is regulated by different laws.

When setting up a business in Russia, a foreign company may opt for engaging a Russian individual (agent) "to act for the company", establishing a representative or a branch office or establishing a company.<sup>3</sup>

The fastest way is to conclude a service contract with a Russian individual as a consultant. Such contracts are regulated by Russian civil code.<sup>4</sup> If the individual founds a "permanent working place" and starts performing main functions on behalf of the principal, the company needs registration "with the tax authorities".<sup>5</sup>

When establishing branch or representative offices, they must undergo regular accreditation procedure. A representative office is usually accredited by the State Chamber at the Ministry of Justice of the Russian Federation or by the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. A branch office may only be accredited by the State Registration Chamber. In addition, in order to establish such offices, a foreign company must provide certain corporate documents, "notarized and apostilled in the country of execution". Every document shall be translated into Russian. And the translation shall be notarized. Then, in order to operate, registration documents from tax authorities, the Russian social security funds and the State Statistics Committee need to be obtained.<sup>6</sup>

If a foreign investor wishes to separate legal entity from the debts and obligations "incurred through its Russian Business", then a company shall be established.<sup>7</sup>

The significant issue in conducting a business is interaction with tax authorities. The survey conducted by Ernst&Young in 2010 indicated that 30% of companies, which participated in the survey, encounter on-site audits every year, 63% of companies participating in the survey were charged with additional tax liabilities, only 29% of them agreed with such charges.<sup>8</sup>

Taking everything into consideration, we would say that foreign companies and their structural subdivisions have almost the same legal status in US, EU and the Russian Federation. The main differences are the procedure of their establishment and the applicable law.

---

1 Leusden ruling, JUDGMENT OF THE COURT (Fifth Chamber) 29 April 2004, <http://www.worldlii.org/eu/cases/EUECJ/2004/C702.html>;

2 What the ECJ's Halifax ruling means, <http://www.internationaltaxreview.com/Article/2608438/What-the-ECJs-Halifax-ruling-means.html>;

3 Danske Bank, Mannheimer Swartling, Business Guide Russia, 3rd edition, 2011, p.10;

4 Ibid, p.10;

5 Ibid;

6 Supra note 49, p.11;

7 Supra note 49, p.11;

8 Supra note 2, p. 14.

## **Common forms of collaboration between customs services of Russian Federation and People Republic of China**

Петрух Даниил Петрович,  
студент 3 курс Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Терешкова Валентина Владимировна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Increasing and intensifying of processes of interaction between different countries makes studying of collaboration between customs services of these states interesting, with both of scientific and practical points of view. Customs relations play one of the main roles in development of international relations and requires detailed research.

Nowadays topic of customs services of different states, including customs services of Russian Federation and People Republic of China is not discovered enough, so we can find a necessity and a great field of researching of this question.

In this article we will pass through Russian Federation legislation on establishment and intensification of cooperation in the sphere of customs relations. Also we will examine reality and practice of interaction between customs services of Russia and China, find together activities of Russian and Chinese customs services.

There are few main forms of cooperation and interaction into a sphere of customs regulation:

- Creating of specific international bodies;
- Concluding of customs Cooperation agreements, including Universal international treaties within WCO, UN and passing specific domestic laws and acts;
- Customs services conferences (such as 3d conference of the Russian-Chinese subcommittee on customs collaboration on 7<sup>th</sup> of October, 2011) ;
- working meetings, visits and delegations, collaboration in the sphere of customs crime investigation and realization of several forms of customs control in request of another states customs service, Significant customs information exchange.

They are divided according to the level of cooperation, starting from governmental, to the level of separate customs post, but each of them is closely connected

Lets discover each of them.

Creating of specific international bodies is a one of the most effective ways to unite states in different spheres of their interaction, to create united and universal rules and procedures of this interaction. However there is no necessity to create international body into bilateral relations, so we can't find any specific Russia-China Customs international body, but both of them are member states of World Customs Organization, that is aimed to international Co-operation and Information Sharing, Harmonization and Simplification of Customs Systems and Procedures, Trade



Facilitation. International organizations are one of the platform for international conferences and making International agreements and acts, establish forms and rules of cooperation.

Concluding of customs cooperation treaties and passing specific domestic laws and acts are also one of the most effective ways to regulate inter-state relations in customs sphere.

International convention on the simplification and harmonization of customs procedures. This convention was passed to simplify customs procedures to speed-up foreign-trade, to assist trading and removing groundless administrative barriers. It consists principles of international customs collaboration, such as: 1) realizing of aimed to improve customs procedures programs; 2) predictable, successive and accurate executing of customs procedures and performing of customs activity; 3) giving of all necessary information to interested parties about customs regulation; 4) application of modern customs control methods and usage of information technology in activity; 5) collaboration with other countries, their customs authorities and business; 6) following to international principles in practice activity; 7) guaranteeing of free access of interested parties to administrative and judicial appeals. Both of Russia and China are taking part into this convention.

Agreement between Russian government and government of PRC on collaboration and mutual help in the sphere of customs relations, that was signed in Moscow, at 3 September 1994 establishes such common forms of cooperation between Customs posts as: 1) Information exchange; 2) Special monitoring; 3) Approving of authenticity. This treaty also establishes procedure of request for and realization of assistance, experience exchange, facilitation of customs formalities, provides such principles as privacy and usage of information only for agreement provided goals.

Order of FCS of Russian Federation, passed 19.01.2009 N14 on establishing statues of representative offices and representatives of FCS abroad entering into a force Statue on Russian FCS representative in People Republic of China, and establishes representatives competency, procedure of becoming a FCS representative and their work management.<sup>1</sup> They are not separate legal entity and financed by Russian embassy in China. Representatives of FCS are responsible for collecting and analysis of information about CPR customs policy, structure and status of Customs Authority of China, cooperation with Chinese and International Law enforcing agencies, working with Chinese mass media, concerning customs affairs, organization of significant information exchange with Customs Authority of China and etc.

Next form is an International conference. International conferences, including specific Customs services conferences are playing one of the most significant role into developing of Russia-China Customs collaboration. They help to start cooperation between countries, to work out general ways of collaboration between customs services, help to establish stable and lasting relations. We should notice, that

---

<sup>1</sup> <http://news-city.info/akty/legislative-88/tekst-nb-sovet-postanovlenie/page3.htm>

high-ranking officials, that take part into these conferences are competent to sing up agreements that provides real ways of cooperation and generates a ground for developing another forms of collaboration. 13-16 of January 2009<sup>1</sup> Russian FCS Head Andrei Belyaninov and the Main Customs Authority of China Head Shen Guantszu signed a Memorandum between the Federal Customs and the Main Customs Authority of the People's Republic of China of methodological and informational cooperation in the field of customs statistics of foreign trade between the Russian Federation and the People's Republic of China, that gives a detailed procedure of data exchange, format, and scope of data. So we can say, that this Memorandum is not only a new step of Russian-Chinese relations, but also is a legislative basis of another form of interaction – significant customs information exchange.

During this conference the parties are also agreed upon further development of cooperation in the field of struggle against smuggle. Plan of cooperation between the Russian FCS and the Main Customs Authority of the People's Republic of China in struggle against customs offences for 2009-2010 was signed.<sup>2</sup>

At the 13 October 2009 The thirteenth session of Sino-Russian Prime Ministers' regular meeting committee was held. During the meeting, the Memorandum of Understanding between the General Administration of China Customs and the Russian Federal Customs Service on the Cooperation of the Standardization of the Clearance Control Order was signed by the two sides to tackle the problem of “grey Customs clearance” (Corrupt removing and passing customs control procedures and taxes).

On 23-25<sup>th</sup> of August 2011 in Shanghai the delegation of Russian FCS took part in the first conference of the Working Group for intellectual property rights protection of Sub-committee on customs cooperation of the Committee on preparation of regular meetings of Government Executives of Russia and China.

Memorandum of the Federal Customs Service and the PRC Main Customs Authorities for strengthening the cooperation in the domain of intellectual property protection was signed. The Customs officers of both countries decided to pay special attention to regional customs cooperation in the sphere of intellectual property rights protection and the development of collaboration with rightholders.

So we can say, that there is a new area of Russia-China Customs cooperation – Customs protection of intellectual property (as we know – there is a specific law in China about customs protection of intellectual property).

The last form is most wide. It includes such forms of cooperation as Working meetings, visits, and delegations, collaboration in customs offences investigation, realization of several customs control operations and significant information exchange. They are mainly exist on level of Customs posts, regional directorates and etc. The aim of working meeting, visits and delegations is to discuss and solve present problems and issues, to exchange experience, to establish cooperation between separate Russian and Chinese customs post. We can find lot examples of

---

1 <http://nanjing.customs.gov.cn/publish/portal119/tab7866/module24821/info325821.htm>.

2 [http://master-eng.customs.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1580:Expansion%20of%20customs%20cooperation%20with%20China&catid=32:news-cat&Itemid=1863](http://master-eng.customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=1580:Expansion%20of%20customs%20cooperation%20with%20China&catid=32:news-cat&Itemid=1863).

experience exchange, for example delegation of Birobidzhanian customs post had an internship in Chinese Tunjian customs post and discuss issues of specific customs operations during transport checking; issues of customs protection of intellectual property.

Another example is inspecting of Amur region Customs post by international inspection, which includes Russian and Chinese representatives at September 2011.

At 19 of September 2011 Chinese delegation, that includes heads of Harbin, Gunbei and Manchuria Customs services, had an internship in Nahodka Customs.

According to the information of Informational Agency “Восток-Медиа” from 23.09.2011 – Work of customs post of Blagoveshensk and Heihe will be synchronized. Mutual inspection of these customs post were realized, also Russian post make a request to change time of opening of customs posts to open both customs post 1 hour earlier. However this request was denied by Heihe customs post.<sup>1</sup>

Experience exchange is important part of developing relations in sphere of customs interaction, which let both parties work much more effective and achieve their goals in collaboration with their partners.<sup>2</sup>

Significant information exchange is important part of Customs services collaboration, that provided by agreements and treaties mentioned previously. Today there is a lot of technological ways to control cargo reallocation, which allows analyze cargo steams and detect risks. Using an international Law enforcing web “CEN”, “RILO-Moscow” it is possible to promptly share information about new paths of smuggling, drug streams, weapons and etc, that allows to use selectively customs control effective enough to detect and prevent breaching of Customs legislation. Also according to the treaty between Russian and Chinese governments another party Customs post is obliged to share information if there is a motivated request to do so.<sup>3</sup>

In that way we can confidently say that interaction between states into a sphere of customs policy is necessary element of harmonic development of international cooperation of different countries, and a good way to protect and provide national market policy, migration policy, international crime investigation and prevention policy, good way to provide state interest into international relations.

---

1 [http://dvtu.customs.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7591:2011-12-19-06-04-42&catid=49:press-cat&Itemid=100](http://dvtu.customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=7591:2011-12-19-06-04-42&catid=49:press-cat&Itemid=100).

2 [http://dvtu.customs.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7075:--21-30--2011-&catid=50:obzors-public-cat&Itemid=101](http://dvtu.customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=7075:--21-30--2011-&catid=50:obzors-public-cat&Itemid=101).

3 <http://www.tamognia.ru/news/new/1559071>.

## **Special features of the parties to relationships originated from the procurement process: domestic and foreign experience**

Талашкевич Наталья Николаевна,  
студентка 3 курса Иркутского юридического института (филиал)  
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Научный руководитель:  
Яровой Александр Валерьевич,  
к.ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Иркутского  
юридического института (филиал) Академии Генеральной прокуратуры  
Российской Федерации

Public procurement – is an important tool for regulating the economy in any industrialized country. State orders are used for the development of the industries that are crucial for improving the economic and defense potential of the country. Funding of such industries is either not profitable, or beyond the power of private capital. Thus, the existence of a well-functioning public procurement system can solve many vital problems of the economy and society. The issue of the development and improvement of such system in Russia has retained its relevance over the years. Moreover, it has acquired even greater significance in view of the developed project of the new Act of Federal Contract System.

Social relations that make up the procurement process differ primarily in their parties; the peculiarity of these relations is due to the participation on the side of customer of such a specific subject of civil law, as a state. Thus, according to the Federal Law “On placing orders for goods, works and services for state and municipal needs”<sup>1</sup> government customers who place orders in the Russian Federation may be performed by public bodies, machinery of government of the state non-budget funds, state institutions and other recipients of the federal and regional funds when placing orders for goods, works and services at the expense of budgetary and non-budget funds.

The law also provides the possibility to establish an authorized body that exercises the functions of the placement of orders for customers. The competence of this body is determined by the decision on its establishment. However, such an important function as signing of government contracts, as well as civil contracts of budgetary institutions on the procurement process is beyond the powers of the body.

In turn the project of the Act of Federal Contract System modifies the approach to the determining the number of potential customers. According to Article 3 “other corporate persons identified on the basis of the decision of the Government of the

---

<sup>1</sup> О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: ФЗ РФ от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2005. №30 (ч. 1).

Russian Federation or the highest executive body of the subject of the Russian Federation”<sup>1</sup> will also be recognized as customers.

Thus, countless parties who can act as customers can be involved in the procurement process. As if the budget provides for the allocation of funds to the organization, it inevitably leads to the fact that any purchase on its part should be carried out in accordance with the Federal Law № 94. However, Article 1 of the Federal Law № 94 which says that “the present Federal Law regulates the relations originated from the placement of orders for goods, works and services for state needs” is worth of special attention.

In this respect it is necessary to find the meaning of the term “state needs”. Thus, according to Article 3 of the Federal Law № 94 it is the “provided through the federal or regional funds and the non-budget funds needs of the Russian Federation and government customers for goods, works and services required to implement the functions and powers of the Russian Federation and government customers (including the implementation of federal goal-oriented programs), for discharge of Russia's international obligations, including the implementation of intergovernmental goal-oriented programs with the participation of the Russian Federation; or the needs of the regions of the Russian Federation and government customers for goods, works and services required to carry out the functions and powers of the regions of the Russian Federation and government customers (including the implementation of regional goal-oriented programs)”<sup>2</sup>. The duality is visible in this approach as the power of the Federal Law № 94 which is directed towards the needs of the public entities extends over all organizations eligible for budgetary financing. That is contrary to the principles of civil law. In my opinion, the relations originated from the necessity to meet these organizations’ own needs shall be governed by the Civil Code.

If we turn to the project of the new Act of Federal Contract System, in Article 3 it defines the state needs as “the needs of the Russian Federation in the goods, works and services required for the implementation of state functions and the provision of public services, including by means of the implementation of government programs of the Russian Federation, federal goal-oriented programs and other strategic and program-oriented planning documents, as well as for discharge of Russia's international obligations, including the implementation of intergovernmental goal-oriented programs with the participation of the Russian Federation; or the needs of the regions of the Russian Federation in the goods, works and services required to carry out the functions of the Russian Federation and the provision of public services, and implementation of specific state powers delegated to the regional public authorities of the Russian Federation in accordance with federal laws, including the implementation of government programs of the regions of the Russian Federation, regional goal-oriented programs and other strategic and program-oriented planning documents of the Russian Federation”<sup>3</sup>. Thus, the definition of “state needs” will be

---

1 Проект ФЗ «О федеральной контрактной системе» [Электронный ресурс]. URL : <http://www.rg.ru/2011/09/01/kontrakt-site-dok.html> (дата обращения: 16.03.2012).

2 О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: ФЗ РФ от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ (с послед. изм.) // СЗ РФ. 2005. №30 (ч. 1).

Ст. 3105.

3 Проект ФЗ «О федеральной контрактной системе» [Электронный ресурс]. URL : <http://www.rg.ru/2011/09/01/kontrakt-site-dok.html> (дата обращения: 16.03.2012).

reduced to the needs of public entities, and the needs of legal entities will be out of the question. Such an approach will be more successful than the current one existing in the Federal Law № 94. However, the inconsistency of the legislator can be traced in the fact that formulating the “state needs” as the needs of public legal entities, though it does not change the approach to the determining of the subjects that can act on the side of the customer. Moreover the legislator extends the list of potential customers. Thereby there is a contradiction. Since that, in my opinion, one cannot talk about any legal equality of subjects of civil law in this case; as corporate persons eligible for budgetary financing are not free to establish their rights and duties on the basis of a contract. All mentioned above contravene the spirit of the civil law per se.

The Russian Federation has its way of regulating the procurement process. However it won't be out of place to refer to the foreign countries that have centenary experience in the development and functioning of the procurement system. For instance in the U.S. procurement process functions through a federal contract system, which is a complex economic and legal, administrative and management machinery. The Code of Federal Regulations is the document that underlies the regulation of the state management; it includes The Federal Acquisition Regulation – the primary document which sets uniform policies and procedures for acquisition by all executive agencies<sup>1</sup>. These acts grant the right to place orders for all goods and services as “the state’s main form of economic activity” to only two authorities: the Congress and the President of the United States. By-turn they delegate this function to the federal agencies and other state institutions – government customers, which place orders for goods and services directly through its own state machinery of government in Washington or through the machinery of 12 regional centers located in major U.S. cities. The heads of agencies delegate their authority to place orders for goods and services to the Contracting officers who operate on behalf of potential customers. However, it should be noted that formally there is only one customer – the state, and a large group of corporations – participants of the acquisition process. Such structure is dictated by the fact that according to the law contractors to provide products or perform services on behalf of the federal agency is awarded with the contract in the name of the U.S. Government<sup>2</sup>. This becomes possible due to the well-functioning institution of Contracting officers, who operate throughout the three-step sequential process of management in the U.S.: placement of contracts – contract management – contract termination. By law, these steps are performed separately by three categories of Contracting officers. However, in case of need these functions can be successfully performed by a single Contracting officer. Such practice is permitted in the management of U.S. Department of Defense and military departments, as well as in closely related to them federal agencies – the Ministry of Energy and NASA. Contracting officer in contrast to the authorized body, which exists in Russia, has a right to pay the federal contract. Contracting officer’s certificate of appointment confirms that “the holder is granted with the exclusive right of management as the individual from the respective heads of the U.S. federal agency for which it operates”. Contracting officer is assisted by a special team in his duties. Essentially it

---

1 The Code of Federal Regulations. Title 48. The Federal Acquisition Regulation. Wash., 1989.

2 Рубальгер Д.А. О разработке федеральной контрактной системы Российской Федерации // Власть. 2010. № 4. С. 4-13.

is a powerful and complicated machinery of contract management that represents the interests of the state and society. Such member of the team as project manager is worth of special attention. He is responsible for considering all the proposals coming from the machinery of government of various federal agencies, from those who originally formulate needs in goods and services necessary to perform the functions of an agency. As a result will be formed a set of documents, which is called – “the request for the purchase”. Thus, it is the project manager who controls the budget (estimate) of contracts’ placement. Hereby there is a fairly strong centralization in the management of procurement process within the department and decentralization within the country.

Thus, we can see that each country experiences establishing and functioning of the procurement system in its own way. And to find the optimal balance of elements of centralization and decentralization in order to meet interests of both – society and the state as much as possible was and is extremely relevant. Obviously, the concept of “state needs” and its role in the describing the peculiarity of relationships originated from the procurement process, as well as determining the number of potential customers are of great theoretical and practical importance. As one can see the Russian legislator is seen to have made a significant step forward in the project of the Act of Federal Contract System by changing the approach to the concept of “state needs”. However this becomes pointless since the number of potential customers remains the same and is even extended by the legislator. Such contradiction binds corporate persons eligible for budgetary financing to meet not only the needs of public legal entities but also their own needs in accordance with the Federal Law № 94; while that contravenes the spirit of the civil law. It seems that in order to avoid the collision it will be useful to take a look at the experience of the United States in regulating the procurement process; in my opinion, the institution of Contracting officers may be an effective solution as it can separate the activities of government customers to meet state needs and to meet their own needs.

## **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen, die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen, im Strafrecht Deutschlands**

Якоби Герман Сергеевич,  
студент 3 курса Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Качина Наталья Вениаминовна,  
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права  
Юридического института СФУ

Zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personen, die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen, gab es immer geteilte Meinungen. Einige denken, dass die Personen, die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen, nicht schuldig handeln, darum müssen sie nicht die Verantwortlichkeit tragen.<sup>1</sup> Andere sagen, dass wir zwischen Vollrausch und unvollständigem Rausch unterscheiden müssen. Wenn die Person im Zustand des Vollrausches handelt, dann muss diese Person nicht die Verantwortlichkeit tragen.<sup>2</sup> Aber meistens schreiben die Wissenschaftler, dass der physiologische Rausch nicht mit der Schuldunfähigkeit verbunden ist. Darum muss der Täter die strafrechtliche Verantwortlichkeit tragen.<sup>3</sup> Diese Position ist mit der Position des Gesetzgebers verbunden. Diese differenzierte Beziehung gibt es nicht nur in der Wissenschaft des Strafrechts. Der Gesetzgeber entschied diese Frage zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich. Z.B. Paragraph 39 des sowjetischen Strafgesetzbuches bestimmte den Zustand des Alkoholrausches als schlechtes Merkmal der Straftat. Und dann bekam der Täter eine schwere Strafe. Momentan spielt der Zustand des Alkoholrausches keine Rolle für die Bestrafung des Täters. Das steht im Paragraph 22 des russischen Strafgesetzbuches. Aber der Richter kann den Zustand des Alkoholrausches berücksichtigen, wenn er über die Persönlichkeit des Täters spricht.<sup>4</sup>

Nach der Statistik wurden fast 65% aller Tötungen (oder Versuch auf die Tötung), 71 Körperverletzungen, 90% der Störung der öffentlichen Ordnung und 45% Verkehrsstraftaten im Zustand des Alkoholrausches in Russland begangen.<sup>5</sup> Aber unabhängig von der Stufe des Rausches der Person, die die Straftat begangen hat, beeinflusst dieser Zustand nicht die Strafe. Diese Frage ist nicht speziell im russischen Strafrecht entschieden. Der Gesetzgeber unterscheidet nicht zwischen den Personen, die vor der Straftat tranken oder nicht tranken. Diese Position des Gesetzgebers ist nicht ideal. Und das Problem liegt darin, dass der Gesetzgeber sich keinesfalls zum Zustand des Alkoholrausches äußert. (zu einer beliebigen Stufe des Rausches)

---

1 Сахаров А.Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР. М., 1961. С.223; и др.

2 Бейсенов В.Б. Алкоголизм: уголовно-правовые и криминологические проблемы. М., 1981. С.124.

3 Павлов В.Г. Субъект преступления и уголовная ответственность. Спб., 2000. С.119; и др.

4 Лебедев В.М. о некоторых вопросах назначения судами наказания// Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации.1999.№9.С.4.

5 Сидоренко, Э.С. Назначения наказания лицам, совершившим преступление в состоянии опьянения./ Э.С.Сидоренко//Законность.-2006.- №11.- С.17-20.



Aber in der gerichtlichen Medizin unterscheidet man zwei Arten des Rausches- die pathologische und physiologische Trunkenheit. Im Paragraph 21 des russischen Strafgesetzbuches steht, dass eine Person sich im Zustand eines pathologischen Rausches befindet, nicht haftet, weil sie schuldunfähig ist. Es gibt auch bei dieser Person zwei Kriterien für die Schuldunfähigkeit – medizinische und rechtliche. Aber wenn die Person nur die physiologische Trunkenheit aufweist, dann ist dieser Rausch kein medizinisches Kriterium. Darum ist diese Person schuldig. Aber gibt es drei Möglichkeiten für den physiologischen Rausch – leichter, mittlerer und starker physiologischer Rausch.<sup>1</sup> Für das Strafgesetzbuch ist das immer gleich. Dann stellen wir die Frage – kann sich der Mensch im Zustand des starken physiologischen Rausches immer genau vorstellen, was und wie er handelt? Wahrscheinlich, nicht immer.

Man kann sagen, dass der Gesetzgeber auch das versteht. Z.B., im Paragraph 63 StGB Russlands (Die Umstände, die die Strafe erschweren) gibt es die Voraussetzung, dass Betrunkene ebenso wie Personen mit seelischen Störungen handeln. Wenn der Täter diese Personengruppe für seine Ziele benutzt, dann bekommt er eine schwerere Strafe, als wenn er allein die Straftat begeht. Das zeigt, dass der Gesetzgeber den Zustand der Personen versteht. Sie können nicht sich wegen Alkoholrausch kontrollieren, darum kann der Täter versuchen diesen Umstand auszunutzen.

Eines der Hauptprobleme besteht darin, dass es im russischen Recht keinen Begriff „Rausch“ gibt. Außerdem müssen wir den Begriff „Schuldunfähigkeit“ durch den Begriff „Schuldunfähigkeit“ bestimmen.

Mit der Kritik der Bestimmungen der Normen, die in den Paragraphen 21 und 23 des russischen Strafgesetzbuches sich befinden, wählt man sich den bekannten Wissenschaftlichen im Bereich des Strafrechts und der Kriminologie, z.B., G.A. Awanessow, Ju.M. Antonjans, G.W. Antonow-Romanowskis, N.I. Vetrow u.a. insbesondere müssen wir die Position von dem Professor A.E. Schalinski zeigen, der in seiner Arbeit die deutsche Erfahrung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personen, die die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen, gut analysiert hat.

Wir möchten unsere Aufmerksamkeit auf die guten Lösungen des Gesetzgebers in Europa lenken, bei der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. In der Zukunft können wir diese gute Erfahrung im Strafrecht Russlands anwenden. Also, analysieren wir in dem Artikel gute deutsche Erfahrung im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei den Personen, die die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen.

Im Strafrecht Deutschlands spielt der Zustand des Alkoholrausches eine wichtige Rolle. Aber zuerst müssen wir bestimmen, was versteht man im deutschen Recht unter dem Begriff „Schuldunfähigkeit“. Der Begriff „Schuldunfähigkeit“ steht im Paragraph 20 des deutschen Strafgesetzbuches „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren

---

<sup>1</sup> Морозов, Г.В. Судебная психиатрия/под ред. Г.В.Морозова. М., 1997. С.230.

anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“<sup>1</sup> Der deutsche Gesetzgeber erwähnt den Begriff der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“.<sup>2</sup> Zusammen mit diesen Krankheiten als der Schwachsinn, die Schizophrenie u.a. gibt es ein Art der schweren seelischen Abartigkeit – der starke Rausch.<sup>3</sup> Die tiefe Stufe des Rausches wird bestimmt durch eine große Konzentration des Alkohols im Blut. Natürlich, beeinflusst diese Stufe sehr die Psyche des Täters. Darum können wir sagen, dass diese Person schuldunfähig handelt. Kurzum brauchen wir im russischen Recht immer zwei Kriterien für die Schuldunfähigkeit – medizinische und rechtliche, weil es notwendig ist. Im Strafrecht Deutschlands ist das ein bisschen anders, weil man dort nur eine Handlung zu verwirklichen braucht. Der Rechtsanwender muss nur bestimmen, ob der Täter in die Zeit der Tat im Vollrausch handelte. Wenn ja, dann ist der Täter schuldunfähig nach Paragraph 20 StGB Deutschlands.

Aber es gibt in der Theorie und im Strafgesetzbuch Deutschlands zwei Möglichkeiten zur Bestrafung der Person. Bei diesen zwei Fällen ist es egal, ob der Täter im Vollrausch handelte oder nicht.

Die erste Konstruktion ist die Theorie *actio libera in causa* (*alic*). Diese Konstruktion ist nur theoretisch, es gibt keine Normen über *alic* im StGB.<sup>4</sup> Der Hauptgedanke der Konstruktion *alic* ist folgender: wenn die Person Alkohol trinkt und einen Vorsatz auf die Begehung der Straftat hat oder wenn diese Person überhaupt eine Möglichkeit auf die Begehung der Straftat im Sinn hat, dann kann diese Person bestraft werden, wenn diese Person in der Zukunft eine Straftat begehen wird. Für das Gericht hat die Tatsache keine Bedeutung, dass diese Person in der Zeit der Tat im Vollrausch war. Das bedeutet, dass diese Person schuldunfähig ist ungeachtet Paragraph 20 StGB Deutschlands. In diesem Fall trank die Person speziell für die Begehung der Straftat oder hatte einen Gedanken an die Möglichkeit auf die Begehung der Tat zu einem späteren Zeitpunkt. In einem solchen Fall hat das Gericht alle Voraussetzungen für die Bestrafung des Täters.

Der Nachteil dieser Theorie ist der theoretische Charakter. Im Ergebnis kann der Richter nicht auf der Grundlagen der Konstruktion *alic* sein Urteil begründen. Außerdem ist noch unklar, wie der Täter haftet, wenn er zwei oder mehrere Straftaten begangen hat. Z.B. wollte der Täter Alkohol trinken und später den Tatbestand einer Körperverletzung begehen. Aber wenn er die erste Straftat begeht, begeht er auch eine Beleidigung (nach StGB Deutschlands ist das eine Straftat). Hier haben wir das Problem, weil er bei der zweiten Straftat schon schuldunfähig ist. Und nach Paragraph 20 StGB Deutschlands haftet der Täter für die Beleidigung nicht. Es ist auch unklar, ob die zweite Straftat schwere als die erste ist. Aber der Täter hatte den Vorsatz nur für eine Straftat. (z.B. wollte A.zuerst Alkohol trinken, dann Körperverletzung gegen B. begehen. Aber als er die Straftat begeht, sieht er C. Dann entscheidet sich A. auch einen Mord gegen C. zusammen mit der Körperverletzung zu begehen. Insgesamt haben wir zwei Straftaten von A – eine Körperverletzung

1 Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. С. 228.

2 Жалинский, А.Э./Современное немецкое уголовное право/А.Э.Жалинский//вменяемость в структуре вины/М.: ТК Велби, Изд-во Проспект,2006.-с.221-227.

3 Bernhard Hardtung, Holm Putzke, LL.M./ Das vorsätzlich vollendete Handlungsdelikt/ Bernhard Hardtung, Holm Putzke, LL.M// Schuldlose Tatbegehung bei schuldhaftem Vorverhalten/Passau.-2011.-86.

4 Жалинский, А.Э./Современное немецкое уголовное право/А.Э.Жалинский//вменяемость в структуре вины/М.: ТК Велби, Изд-во Проспект,2006.-с.221-227.

gegen B. und einen Mord an C. Das Problem liegt darin, in welchem Umfang A. Verantwortlichkeit hat. Nach Paragraph 20 StGB haftet A nur für die Körperverletzung, weil er beim Mord schuldunfähig ist. Aber wir verstehen genau, dass die zweite Straftat schwerer ist. Aber leider kann die Konstruktion alic nicht auf diese Frage antworten.)

Das wichtigste Problem bei der Konstruktion alic ist, dass die Zeit, zu der die Tat begonnen wurde verlegt wird. Nach Paragraph 8 StGB Deutschlands „eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Wann der Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend.“<sup>1</sup> Das bedeutet, dass die Konstruktion alic der Norm aus dem Gesetz widerspricht. Und darum können wir diese Konstruktion nicht anwenden.

In Bezug auf das Autofahren im betrunkenen Zustand hat es folgendes Urteil gegeben. Im Urteil vom 13.05.1996 schrieb der BGH, dass der Prozess des Führens eines Fahrzeuges nur aus diesen Prozess besteht. Und die frühen Handlungen können nicht im Tatbestand sein. (z.B. der Wille des Täters Alkohol zu trinken und dann mit dem Auto fahren)<sup>2</sup>. Der Tatbeginn ist das Führen des Fahrzeugs. Das Alkoholtrinken ist nicht der Anfang der Tat. Die Meinungen der deutschen Wissenschaftler, dass wir den Anfang der Tat verändern können, sind nicht überzeugend.<sup>3</sup> Außerdem viele glauben Wissenschaftlichen, dass alic keine Lösung des Problems ist, sondern die Feststellung der Verantwortlichkeit der Personen, die die Verbrechen im Zustand des Alkoholrausches begehen. Und alic hat keine Prozedur zur Lösung des Problems.<sup>4</sup>

Eine andere Konstruktion steht im Paragraph 323a StGB. Diese Konstruktion kann auf alle Fragen antworten, die wir über Konstruktion alic hatten. Nach 323a I gilt: „wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.“<sup>5</sup>

Im 323a II steht auch, dass „die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist.“<sup>6</sup> Das bedeutet, dass die Person, die selbst in einen Rausch versetzt (nach 20 I StGB ist diese Person dann schuldunfähig) und später eine Straftat begangen hat, die strafrechtliche Verantwortlichkeit trägt. Und diese Verantwortlichkeit gilt direkt für die Ausführung, die den Vollrausch zum Ziel hat. Das bedeutet auch, dass alle Täter für die Anführung gleich haften. Außer den Fällen, wenn die Strafe niedriger, als in 323a StGB ist.

Der Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Konstruktionen liegt in dem Kopf des Täters. Bei alic wird vorausgesetzt wir, dass der Täter Alkohol trinken wollte und dann eine Straftat begehen wollte. Oder die zweite Variante, wenn der Täter einen Gedanken über die Möglichkeit auf die Begehung der Straftat hegt. Bei

---

1 Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. С. 228.

2 Urteil v. 13. 5. 1996, NSiZ-RR 1996, 266.

3 NZV 1996, 500 (501 unter (3) und (4)); dazu unten B.

4 Bernhard Hardtung/Die "Rechtsfigur" der actio libera in causa beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung/ Bernhard Hardtung//NZV.-1997.-№ 97

5 Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. С. 229.

6 Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. С. 230.

323a muss der Täter sich in einen Vollrausch versetzen und eine Straftat begehen. Das bedeutet, dass der Täter in unserem Beispiel mit Mord die strafrechtliche Verantwortlichkeit trägt, ganz egal ob er einen Vorsatz hatte oder nicht, er den Gedanken hatte oder nicht. Der Paragraph 20 ist auch nicht anwendbar, weil die Person selbst sich in den Vollrausch versetzt.

Aber beim Rausch muss man differenzieren. Darum muss der Rechtsanwender bestimmen, wie viel die Person getrunken haben muss zur Schuldunfähigkeit. (für die Anwendung 323a). die heutige Praxis zeigt, dass diese Zahl etwa 3 und mehr Promille Alkohol ist. (dieser Rausch wird als Vollrausch bezeichnet).<sup>1</sup> Aber man kann sagen, dass diese Zahl bestimmt sehr groß ist. Das bedeutet, dass jeder Mensch, der im Blut 3 Promille Alkohol hat, sich nicht mehr vorstellen kann, was er macht und wie er was macht. Als Ergebnis handelt dieser Mensch schuldunfähig nach Par.20 StGB.<sup>2</sup>

Wir können weiter sagen, dass, wenn die Person nicht mehr als 3 Promille getrunken hat, diese Person dann voll haftet ohne Par.20 StGB. Aber es gibt auch im deutschen Recht eine Möglichkeit die niedrige Strafe zu bekommen. Die Voraussetzungen sind folgende: erstens, muss es, i.d.R., die erste Tat für die Person sein. Zweitens, muss diese Person von 2 bis 3 Promille im Blut gehabt haben. Alles steht im Par.21 mit Verbindung Par.49 StGB Deutschlands. Wenn alle Voraussetzungen gegeben sind, dann kann der Täter nicht so schwer bestraft werden. Aber der BGH sagte, dass es keine Pflicht ist, sondern das Recht des Gerichtes. Das entscheidet der Richter im einzelnen Fall. Z.B., wenn der Täter eine niedrige Strafe bekommen hat, wird er im nächsten Fall ohne diese Regel bestraft, weil er diese Regel kannte. Und er hoffen konnte, dass er eine niedrige Strafe bekommen wird.<sup>3</sup>

Für Russland sehen wir einen Vorteil in der Einführung strukturähnlicher Tatbestände, da dies die Möglichkeit eröffnen würde, die strafrechtliche Verantwortlichkeit besser zu differenzieren.

Statistisch aktuell gesehen begehen die Russen die Straftaten, insbesondere im Familienkreis, unter Alkoholeinfluss und ohne vorläufigen Vorsatz. Viele Straftaten in Russland haben Spontancharakter. Wir müssen immer die Erfahrung vergleichen, z.B., die Konstruktion alic hat viel Nachteile. Vielleicht, ist das besser, wenn wir nicht die Konstruktion alic in der Zukunft anwenden werden. Aber die Konstruktion des Vollrausches können wir in russischem Recht anwenden, weil diese Konstruktion das System der Strafe verbessert. Aber wir müssen genau verstehen, dass nur starker Rausch die Grundlage zur niedrigen Strafe gibt.

Eine weiterer Punkt ist dann die besondere Beziehung zu der Person, die das Verbrechen begangen hat und was in der Gesetzgebung anderer Länder verfolgt wird. Auch Deutschland stellt hier keine Ausnahme dar.

Aufgrund des oben dargelegten kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass wir aus positiven Erfahrungen anderer Staaten lernen müssen. Die Verbesserung des Strafrechts hilft den Zweck der Strafe auch zu verbessern. Und zum Ende können wir

---

1 Bernhard Hardtung, Holm Putzke, LL.M./Vollrausch und Unterlassene Hilfeleistung/ Bernhard Hardtung, Holm Putzke, LL.M// Rausch/Passau.-2011.-1-3.

2 Bernhard Hardtung, Holm Putzke, LL.M./Vollrausch und Unterlassene Hilfeleistung/ Bernhard Hardtung, Holm Putzke, LL.M// Rausch/Passau.-2011.-1-3.

3 So z. B. LK-Spendel11 § 323a Rn 154; Fischer57 § 323a Rn 11a

nicht nur unser nationales Recht, sondern insbesondere Teile des StGB Russlands entwickeln.

# Международные отношения

## Мораль и политика США

Денисова Ксения Викторовна,  
студентка 1 курса  
отделения международных отношений  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Павельева Эвелина Анатольевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Среди тех феноменов, в соотношении с которыми выявляется своеобразие морали, особое место принадлежит политике. Это связано с тем, что легитимность политики как вида деятельности в относительно большей мере, чем любого другого рода деятельности, держится на моральных аргументах. К примеру, искусство ценно как искусство даже помимо его нравственных следствий. Это же относится и к науке. А на вопрос о том, имеет ли политика самостоятельную ценность за исключением ее «нравственно умиротворяющего воздействия на общество»<sup>1</sup>, напрашивается отрицательный ответ. В то же время политика практикует такие способы деятельности и такие формы отношений (насилие, ложь и т.д.), которые не совместимы с моралью. Можно предположить, что крайняя напряженность отношений морали и политики связана с тем, что политика ищет морального оправдания прежде всего в тех своих проявлениях, которые менее всего этого заслуживают. Вопрос не в том, что в политике совершаются вещи, которые в логике морального сознания нельзя охарактеризовать иначе как преступления (такого рода вещи происходят и в других сферах жизни), вопрос в том, что она (в отличие от других сфер жизни) желает считать эти преступления поступками, если и не геройскими, то, по крайней мере, вполне оправданными, терпимыми. Например, в науке случается плагиат, но ни самим ученым, ни тем, кто говорит от их имени, не приходит в голову объявлять плагиат делом допустимым. Политики же могут уничтожить тысячи, десятки, сотни тысяч людей, целые города как, например Иван Грозный – Великий Новгород, президент США Трумэн – Хиросиму и Нагасаки, считая, что они действуют правильно, справедливо, богоугодно.

В повседневном сознании бытуют разноречивые взгляды относительно интересующего нас предмета – от убеждения, что политика должна быть моральной, до мнения, что она изначально есть грязное дело, в которое лучше не лезть, чтобы «не испачкаться».

Новейший философский словарь проводит соотношение морали и нравственности таким образом, что это особая форма общественного сознания и вид общественных отношений, один из основных способов регуляции действий человека в обществе с помощью общепризнанных норм поведения.<sup>2</sup> В

<sup>1</sup> Гусейнов А.А. Мораль и политика: уроки Аристотеля // Вестник. Вып. 24: Политическая этика: социокультурный контекст. Тюмень: НИИ ПЭ, 2004. С. 94–128.

<sup>2</sup> Грицанов А.А. Новейший философский словарь // [http://www.libedu.ru/l\\_b/red\\_gricanov/p/17/noveishii\\_filosofskii\\_slovar.html](http://www.libedu.ru/l_b/red_gricanov/p/17/noveishii_filosofskii_slovar.html).

отличие от права, исполнение требований морали санкционируется лишь формами духовного воздействия (общественной оценки, одобрения или осуждения). Для того, чтобы произвести соотношение необходимо также раскрыть понятие и политики. Политика, в вышеназванном словаре, понимается как сфера деятельности, связанная с отношениями между классами, нациями и д.р. социальными группами, ядром которой является проблема завоевания, удержания и использования государственной власти; участие в делах государства, определения форм, задач, содержания его деятельности.<sup>2</sup>

Представляется, что соотношение политики и морали может зависеть от политического режима. В странах с антидемократическими, реакционными режимами, где процветают насилие, террор, злоупотребление властью, бюрократизм и коррупция, происходит разрыв морали и политики (Ливия, Чад, Северная Корея)<sup>1</sup>. Напротив, в условиях демократического режима политика реализуется в рамках законности, пронизывается началами гуманизма и нравственности (Дания, Швеция, Нидерланды)<sup>3</sup>. Но, тем не менее, несмотря на какой-либо выбранный политический режим, несомненно, политика должна быть нравственной, т.е. система ее идей, целей, практических действий должна быть направлена на реализацию принципов гуманизма и социальной справедливости.

Можно, конечно, дать такие определения морали и политики, которые разводят их по разные стороны и заведомо исключают возможность приложения моральных критериев к политике. Но это будет лишь означать, что мы уходим от проблемы, а не решаем её. Идея политической независимости от морали может заслуживать серьезного рассмотрения только в том случае, если мораль будет представлена без нормы, например, «не убий» как ее основы, а политика не будет практиковать убийства и угрозы убийством в качестве одного из существенных выражений своей дееспособности. А пока этого нет, по мнению А. А. Гусейнова следует считать теоретически абсурдным и практически опасным сам взгляд, который пытается загнать мораль и политику в разные взаимно непроницаемые ниши<sup>1</sup>, бездумно разграничить их, лишить точек соприкосновения.

Общее между политикой и моралью состоит в том, что они относятся к наиболее ранним регуляторам общественной жизни, к сфере социального выбора, в силу чего подвижны и изменчивы; являются регуляторами поведения людей. Более того, политика, как и мораль, имеет основание претендовать на защиту общего блага и социальной справедливости, хотя очень часто она далека от выполнения этих гуманных задач. Политика также возникает вследствие регулятивной недостаточности морали, как ее специфическое дополнение. Не случайно, отражая этот факт, мыслители древности рассматривали политику как одну из ветвей этики.

Однако, несмотря на элементы общности, политика имеет и принципиальные отличия от морали. Важнейшим из них является конфликтность политики. Насколько мы знаем, политика представляет собой

---

<sup>1</sup> Рейтинг демократических и антидемократических стран мира // [http://rating.rbc.ru/article.shtml?2008/12/10/32237826].



деятельность, направленную на разрешение групповых социальных конфликтов, затрагивающих все общество и требующих применения власти. Мораль же характеризует повседневные индивидуальные отношения между людьми, частным случаем которых являются конфликты, обычно не достигающие политической остроты. Помимо этого, многие императивы морали носят характер идеалов, с которыми следует соотносить свои действия; она оценивает субъективное, внутреннее переживание поступков. Политика же более «приземлена» и целенаправленна, т.е. ориентирована на достижение определенных целей, результатов.

Нередко ставится вопрос, совместимы ли вообще понятия политики и нравственности, не являются ли эти категории взаимоисключающими? В литературе выделяют различные философские направления по данному вопросу.

Основы первого подхода, сторонники которого подчеркивают неразрывную связь политики и морали, заложил еще **Аристотель**, полагавший, что без добродетели человек становится самым нечестивым и самым диким существом<sup>1</sup>. Поэтому политика является социальной этикой, нравственной философией, имеющей дело с обязанностями властных структур перед гражданами. А интеграция частных интересов граждан с общей целью всего общества происходит на основе ценностей справедливости, красоты, общего блага. Кроме этого, совпадение целей и средств осуществляется благодаря таланту правителей (на это указывал и Платон, подчеркивавший, что царское искусство прямым плетением соединяет нравы мужественных и благородных людей, объединяя их жизнь единомыслием и дружбой, создавая таким образом великолепнейшую и пышнейшую из тканей<sup>4</sup>).

В Новом времени с именем **Н. Макиавелли** было связано появление второго подхода к проблеме соотношения политики и морали. В его основе лежала идея отграничения политики от морали и признание того, что в каждой из них действуют свои законы. По мнению Н. Макиавелли, мораль – сфера вечного, она регулирует индивидуальные отношения людей посредством добровольного соблюдения ими определенных правил.

Так, философ полагал, что в своих взаимоотношениях люди руководствуются собственными представлениями о добре и зле, нравственными заповедями, идеалами, считая, что требования идеала универсальны, верны для любых ситуаций. В то же время, в политике господствует целесообразность, и выражаются интересы многочисленных социальных групп: классов, наций, слоев и т.д. Содержание этих интересов имеет конкретный характер; осуществление их происходит в определенных условиях, под влиянием которых субъекты политики могут изменять свои цели. Более того, в политике, в ситуации различия и борьбы интересов, оправдано применение насилия, жестокости, обмана для достижения благородных целей.

Н. Макиавелли - автор основного правила безнравственной политики: "Цель оправдывает средства". Последствия его применения разрушительны и

---

<sup>1</sup> Ирхин Ю.В., Зотов В.Д., Зотова Л.В. Политология. М.: Юристъ, 2002. С. 43.

трагичны. Это не только миллионы жизней, которые были принесены в жертву утопической идее "светлого будущего", но и нравственная деформация человека как личности, когда размываются простые человеческие ценности: свобода, индивидуальность, собственность и т.д.

Традицию политического реализма в решении вопроса о соотношении морали и политики, целей и средств в политической деятельности развивал **М. Вебер**. Он полагал, что особенность политики заключается в опоре на силу. Тем не менее, "примирение" морали и насилия возможно путем разделения сфер их действия: до принятия политического решения политик может следовать своим идейным убеждениям и моральным принципам, но после принятия решения он должен думать о его последствиях и результатах, учитывая реальные обстоятельства. Более того, выбор между меньшим злом при решении конкретной проблемы и неукоснительным следованием собственным моральным принципам остается за политиком. Поэтому единого нравственного кодекса поведения в политике существовать не может. При таком подходе общество оказывается заложником "чистоты" помыслов политика, но полностью полагаться на это, как показывает исторический опыт, не следует.

На наш взгляд, позиция Аристотеля о соотношении морали и политики является наиболее приемлемой. Международные отношения неразрывно связаны как с моралью, так и с политикой. Происходящие в мире конфликты обусловлены реализацией политических амбиций государств. На наш взгляд, участие (особенно провокация) в конфликте, как правило, связано с отсутствием нравственности в поведении государства-агрессора. Ради победы данного государства на политической арене страдает мирное население, на которое оказывается негативное влияние вплоть до угрозы гибели людей. На наш взгляд, одним из наиболее наглядных примеров соотношения морали и политики является Карибский кризис.

50 лет назад, 22 октября 1962 года, правительство США объявило об обнаружении советских ракет на Кубе. В отношениях между СССР и США разразился Карибский (Кубинский) кризис. Размещение на Кубе советских баллистических ракет рассматривалось советским руководством в качестве ответной меры на размещение американских ракет в Турции и Италии, а также на угрозы вторжения американских войск на Кубу.

Итак, раз мы ведем речь о политике США, исследуя её через призму моральных ценностей, то следует рассмотреть позицию президента США Джона Кеннеди в отношении Карибского конфликта. То, что происходило в Соединенных Штатах, можно охарактеризовать несколькими словами – всеобщая растерянность, предчувствие неминуемой и скорой гибели, состояние, близкое к безрассудной панике. Вечером 22 октября американский президент «в качестве первых шагов»<sup>1</sup> объявил о морской блокаде Кубы и ультимативном требовании, предъявленном Советскому Союзу, – безотлагательно удалить советские ракеты с территории острова. Взяв за основу Аристотелевский подход, можно охарактеризовать, что роковая деформация,

---

<sup>1</sup> Кеннеди Джон Ф. Профили мужества. М.: Международные отношения, 2005. С. 304.

которой подверглась политика Дж. Кеннеди по данному вопросу, состояла в том, что она была поставлена на службу экономическим и социальным интересам общества, стала рассматриваться как «надстройка», «концентрированное выражение экономики»<sup>1</sup>, средство, призванное способствовать росту материального благополучия, обслуживать способ производства. Экономика и социальность в более широком смысле проникли в сферу политики и низвели ее до своего уровня, что аналогично тому, как если бы варвары использовали религиозные храмы как складские помещения и загоны для своих лошадей, что, кстати, в истории нередко случалось.

Подчеркнутая в выступлении президента фраза «в качестве первых шагов» давала понять, что администрация США готова принять более жесткие меры вплоть до начала военных действий в случае невыполнения Кубой и Советским Союзом предъявленных требований. В данной международной ситуации, как мы видим, Джон Кеннеди вынужден был сделать моральный выбор (то есть выбор в такой ситуации, исход которой нельзя заранее просчитать, так как сам ее исход зависит от выбора, который предстоит сделать индивиду). Так вот при тех обстоятельствах признание главой американского государства бессмысленности войны и необходимости поиска мирного разрешения международных споров несомненно требовало выдающегося политического мужества, не говоря уже о политическом здравомыслии.

Много позже стало известно, что у Кеннеди хватило политического мужества не поддаться нажиму представителей других мнений, требовавших более эффективных силовых санкций против Кубы, включая торпедирование шедших на Кубу советских кораблей, так же как хватило государственной мудрости ни разу не упомянуть в своем выступлении имени советского руководителя, уже прославившегося широко растиражированным в Америке выражением «мы вас похороним». Раздражать его не входило в планы американского президента, учитывая вполне реальную возможность трагического исхода конфликта. Позиция Аристотеля, если рассматривать её по отношению к действию Кеннеди такова: данный поступок совершается в силу решения того, кто его совершает, последний является не орудием поступка, а его творцом. Когда поступок личности получает публичное признание и высоко оценивается в рамках политического общения, т.е. людьми, которые не связаны с данной личностью личностными интересами, тогда это может означать, что данный поступок является сам по себе морально ценным, а потому и общезначимым. Тем самым политика оказывается своего рода истиной морали.

Кроме этого, в соответствии с позицией Аристотеля речь является основной несущей конструкцией. Ни в какой другой форме деятельности речь не играет такой роли, как в политике, в них она в большей или меньшей мере является средством выражения, опосредования чего-то, что находится за пределами самого речевого общения. Мораль не составляет исключения. Можно показать, по крайней мере, три момента, в силу которых речь для морали не специфична. Во-первых, то абсолютное, на которое ориентирует

---

<sup>1</sup> Киссинджер Г. Дипломатия / Пер. с англ. М.: Науч.-изд. центр "Ладомир", 1997. С. 219.

мораль, не поддается выражению в языке. Во-вторых, мораль нужна индивиду для того, чтобы самому стать лучше, а не для того, чтобы что-то сообщить другим. Наконец, в-третьих (и это самое главное), в слове человек не просто выражает себя, он выражает себя таким образом, чтобы сообщить о себе другому. Ярким примером данной точки зрения является речь президента США, которую он произнес в июне 1963 г. в Американском университете (г. Вашингтон), которая сразу же привлекла внимание всего мира. «...Мир во всем мире, – заявил Кеннеди. – Я говорю о подлинном мире, который делает жизнь на Земле достойной того, чтобы ее прожить и позволяет людям и государствам развиваться, о мире на все времена... Тотальная война не имеет никакого смысла в век, когда одна единица ядерного оружия содержит в себе взрывную мощь, чуть ли не в десять раз превосходящую ту мощь, которая была применена всеми военно-воздушными силами союзников во Второй мировой войне. Мы, американцы, считаем коммунизм глубоко отвратительным как систему, отрицающую личную свободу и самоуважение, – продолжал президент. – Но мы можем по-прежнему уважать русский народ за его многочисленные достижения...и отважные подвиги. Давайте обратим внимание на наши общие интересы и на средства, с помощью которых наше несходство может быть устранено. И если мы окажемся сейчас не в состоянии покончить с нашими разногласиями, мы можем, по крайней мере, содействовать тому, чтобы наши разногласия не угрожали миру»<sup>1</sup>.

В действительности не существует морали и политики отдельно друг от друга, а есть их исторически живое, постоянно обновляющееся многообразие. Тем не менее, и мораль и политика, будучи формами сознательной (целесообразной) деятельности, разнообразятся и видоизменяются в неких функционально заданных пределах, которые и составляют их отличительные родовые признаки. Эти признаки, идентифицирующие мораль и политику со строгостью, позволяющие поднять их познание на теоретический уровень, как раз и были вычленены Аристотелем. Как бы ни менялись мораль и политика, неизменным остается то, что первая нацелена на высшее благо (идеал, человеческое совершенство), вторая – на общее благо, и что они в этих нацеленностях соотнесены друг с другом.

---

<sup>1</sup> Киссинджер Г. Дипломатия / Пер. с англ. М.: Науч.-изд. центр "Ладомир", 1997. С. 219.

## Международные образовательные программы как инструмент общественной дипломатии США

Матвеева Алёна Юрьевна,  
студентка 2 курса отделения международных отношений  
Юридического института СФУ

Научный руководитель:  
Сидорова Татьяна Юрьевна,  
к.ю.н., доцент кафедры международного права  
Юридического института СФУ

Волна «цветных революций» в мире говорит о том, что сегодня в мировой политике активно используются невоенные инструменты. В условиях глобализации основной движущей силой развития страны становятся наука и человеческий фактор, в связи с чем образование и профессиональный уровень нации могут рассматриваться как особый вид влияния в системе международных отношений. В контексте понимания современной мировой политики необходимым и актуальным представляется анализ одного из важнейших направлений общественной дипломатии США - сферы международных образовательных программ.

В литературе с 90-х годов прошлого века делают различие между «жесткой силой» («hard power») и «мягкой силой» («soft power»). Под «жесткой силой» понимается способность к обеспечению внешнеполитических интересов государства за счёт своей военной и экономической мощи; под «мягкой силой» - умение государства привлекать своей культурой, общественно - политическими ценностями. «Мягкая сила» связана с активным и добровольным сотрудничеством со стороны других, поскольку она опирается на привлекательность<sup>1</sup>.

Термин «мягкая сила» (мягкая мощь) впервые ввёл в оборот профессор Гарвардского Университета *Джозеф Най*. Он сформулировал концепцию мягкой силы, опираясь на знания, обретенные за годы работы в Пентагоне и Госдепартаменте США, Национальном совете по разведке и Комитете ООН по проблемам разоружения<sup>2</sup>. Именно в «мягкой силе» Най усматривает самую законную форму господства. Согласно концепции Ная, soft power характеризуется тремя основными составляющими. *Первый* компонент «мягкой силы» – привлекательность культуры и образа жизни. Най приводит в пример лидерство США по объёму выпускаемой телепродукции, популярности американской музыки, кинофильмов, численности эмигрантов и иностранных студентов, количеству американцев среди нобелевских лауреатов в области физики, химии и экономики<sup>3</sup>. *Второй* компонент концепции – политическая

1 Дж. Най-мл. Мягкая сила и Американо-Европейские отношения//Свободная мысль-XXI. 2004. № 10. URL.: <http://postindustrial.net/2004/11/myagkaya-sila-i-amerikano-evropejskie-otnosheniya>.

2 Википедия: Джозеф С. Най младший. URL.: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%EA%E9%C4%E6%EE%>.

3 Трибрат В. «Мягкая безопасность» по Джозефу Наю// Международные процессы/ Регулирование и саморегулирование в мировой политике. Т.3. № 1(7). Январь-апрель М., 2005. <http://www.intertrends.ru/seventh.htm>.

идеология - это права человека, равенство возможностей, либеральная демократия и рыночная экономика. Именно этот идейный комплекс и пытаются распространить США на другие страны, предлагая его в качестве более привлекательной альтернативы<sup>1</sup>. **Третий** компонент «мягкой силы» принадлежит внешней политике или дипломатии в широком смысле.

**Основным средством** реализации американской «мягкой силы» стал институт **общественной** (публичной) **дипломатии**. Общественная дипломатия - это коммуникационный процесс, способ влияния государства на зарубежное мнение через финансируемые правительством программы, с целью реализации политических, дипломатических, военных и экономических задач. Общественная дипломатия нередко ассоциируется с пропагандой. Основные задачи общественной дипломатии – улучшение имиджа страны, влияние на зарубежную элиту, обучение определённых профессиональных групп другого государства, трансляция радио- и телепрограмм, анализ общественного мнения, проведение краткосрочных конкретных политических кампаний<sup>2</sup>. При любом изменении расстановки сил в мире, правительство США корректирует задачи общественной дипломатии для обеспечения национальной безопасности.

В разработке и осуществлении общественной дипломатии задействованы: орган исполнительной власти - Госдепартамент США, Совет управляющих вещанием, Агентство международного развития, Отдел глобального вещания при Белом Доме, Министерство обороны, Корпус мира США, неправительственные организации, независимые федеральные агентства и информационные центры (например, Американские центры или Центры обучения и доступа к Интернету). Все дипломатические ведомства применяют новейшие технологии, издают и производят брошюры, газеты, журналы, книги, плакаты, значки, CD-ROM, фильмы. Интервью и телеконференции являются обязательными для членов администрации и американских дипломатов<sup>3</sup>.

Многие политики и эксперты в США считают необходимым сокращение бюджетных расходов, чтобы притормозить нарастание государственного долга, тем не менее, несмотря на дефицит бюджета, администрация США не собирается сокращать ассигнования на внешнеполитическую деятельность<sup>4</sup>. Так, в 2010 г. Госдепартаменту и Агентству международного развития на внешнеполитическую деятельность было выделено 46 млрд. 530 млн. долл., на 2012 год - 47 млрд. долларов. Белый дом считает, что эти суммы оказывают содействие экономическому возрождению и позволяют обеспечить дипломатов и других специалистов необходимыми средствами для реагирования на комплекс угроз национальной безопасности Соединённых Штатов<sup>5</sup>.

Современная общественная дипломатия США включает несколько элементов, являющихся **инструментами влияния** на зарубежные страны и на

1 Википедия: Джозеф С. Най младший. URL.: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%E0%E9.%C4%E6%E6>.

2 Кубышкин А.И., Цветкова Н.А. Общественная дипломатия США: Учебн. пос.- СПб.: СПбГУ, 2010.-168с.

3 Манжулина О.А. Публичная дипломатия США: диссертация канд. политических наук 23.00.04: 2005. СПб., 203с. <http://www.dissercat.com/content/publicnaya-diplomatiya-ssha>

4 Барак Обама предложил свой вариант бюджета на 2013год//Российская газета.-2012.-4 февраля. URL.: <http://www.rg.ru/2012/02/14/obama-anons.htm>

5 Проект бюджета США 2013: сокращение госдолга не планируется. URL.: <http://oko-planet.su/politik/politiklist/104398-proekt-byudzheta-ssha-2013-sokraschenie-gosdolga-ne-planiruetsya.html>

решения различных внешнеполитических задач: это программы в области культуры и образования, а также информационные программы<sup>1</sup>. Широко известны различные обменные программы, разрабатываемые Бюро по делам образования и культуры Госдепартамента США. Бюро планирует реализацию программ обмена в разных странах на основе аналитических материалов, поступающих из региональных отделов, дипломатических представительств Соединенных Штатов и спецслужб. В сфере финансирования Бюро взаимодействует с организациями-спонсорами – частными фондами, неправительственными организациями, институтами и другими учреждениями. Некоторые образовательные программы открыты специально для России и бывших республик СССР с целью предоставления молодым учёным и специалистам грантов на обучение в ведущих американских ВУЗах. Также Соединенные Штаты обладают сетью из 177 информационно-образовательных центров по набору студентов *на полный цикл* обучения в университеты, из них 17 работают в России<sup>2</sup>. В перечень академических дисциплин, по которым возможно обучение и проведение исследований, включаются области, где США имеют явный приоритет. Это социальные и политические науки, право, экономика, деловое администрирование и американистика.

Международные образовательные программы США ориентированы на работу с представителями элит. Программы насчитывают около 4 тысяч видов, которые можно распределить на две большие группы<sup>3</sup>.

**Первая** включает академические программы для преподавателей, исследователей и студентов, программы визитов для госслужащих, политиков, бизнесменов и программы обучения специалистов различных областей. Это виды классической программы «Фулбрайт» для подготовки интеллектуальной и политической элиты, а также лидеров общественных организаций и различные программы АЙРЕКС. Существуют программы военного обучения для представителей иностранных вооружённых сил.

**Во вторую** группу входят многочисленные частные программы – обмены студентов и школьников, схемы стажировок и летнего трудоустройства иностранной молодёжи в США. Это программа обмена для старшеклассников FLEX, различные летние институты и семинары, языковые программы, студенческих культурных обменов - «Work and Travel USA», «Internship USA», «Camp America».

В некоторых программах участникам оплачивается почти всё - от сдачи языкового экзамена, оформления визы, дороги до Москвы, США и обратно, оплаты обучения, питания, учебной литературы до карманных расходов. Для многих такое финансирование является важным в принятии решения об участии. Конкурс большинства *академических* программ направлен на выделение наиболее перспективных представителей в определённых областях деятельности или науки. А в системе отбора программ *для госслужащих и*

1 Кубышкин А.И., Цветкова Н.А. Общественная дипломатия США: Учебн. пособ.- Спб.: СПбГУ, 2010.

2 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>

3 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>

*молодежных лидеров* помимо профессиональных достижений учитываются личные и деловые качества, гражданская активность и общественная деятельность<sup>1</sup>.

Абсолютно все программы реализуются в соответствии с положениями «Закона Фулбрайта-Хэйса» и «Правилами программы обмена визитами», подразумевающими их **идеологическое наполнение**. В содержании должны быть отражены преимущества американского образа жизни, государственно-правового устройства, образования, технологическое превосходство США. Госдепартамент требует проводить для каждого иностранного участника обязательный инструктаж с изложением основных принципов жизни и традиций Соединенных Штатов, отбирать по уровню английского языка, снабжать брошюрами с изложением целей и содержания программы и разнообразной полезной информацией<sup>2</sup>.

**Важной чертой** американских образовательных программ служит их относительная **краткость**: обычно продолжительность составляет от нескольких недель до года, реже двух лет (в рамках обучения на степень магистра). Это позволяет пройти стажировку или отучиться максимально **широкой аудитории за короткий срок**, что работает на имидж США гораздо эффективнее, чем долгосрочные мероприятия. Многие короткие программы для правительственных служащих, представителей СМИ и молодежи полностью направлены на поверхностное, но впечатляющее ознакомление с американскими политическими институтами (программа «Открытый мир»). «Мягкое» информационное и культурное воздействие на сознание этой аудитории в дальнейшем способно изменить содержание и характер межгосударственных отношений. Официальная часть подобных программ эффективно дополняется проживанием в американской принимающей семье и неформальной деятельностью, что помогает дополнить позитивный образ страны пребывания<sup>3</sup>.

Для иностранных участников образовательных программ предусмотрена **специальная категория виз F1, J1 и M1**, включающая социальное страхование и другие составляющие американской повседневной жизни. Держатели таких виз могут оставаться в **США** после окончания обучения от 1-2 до 12 - 24 и даже 36 месяцев, в зависимости от типа визы, программы и дальнейших целей участника. Некоторые участники программ используют такую возможность для путешествия по стране, дальнейшего обучения или научной деятельности<sup>4</sup>.

Очень популярными среди студентов являются программы культурных обменов «Work and Travel», «Internship USA», «Camp USA». Например, в последние годы количество желающих принять участие в «Work and Travel» значительно возросло. Если в 1996 г. её участниками стали 20 тыс. студентов, то

1 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>

2 Там же.

3 Там же.

4 Обращение за визой в США. URL.: [http://www.ustraveldocs.com/ru\\_ru/ru-niv-typeall.asp](http://www.ustraveldocs.com/ru_ru/ru-niv-typeall.asp)



в 2008 г. - 150 тыс., в 2011 г. - 132 тыс. чел. За последнее десятилетие программой воспользовались более 1 млн. человек<sup>1</sup>.

Согласно правилам этих программ, иностранные студенты могут въехать в США для работы и путешествий на срок до четырёх месяцев во время летних каникул. Виза J-1 позволяет находиться в Америке ещё четыре недели после окончания работы, что даёт возможность участникам провести целое лето в англоязычной стране. Существует разница между посещением страны в качестве туриста и постоянным проживанием в ней. Обменные программы позволяют студентам жить в США, изучать их в качестве местных жителей, поэтому неудивительно, что через программы культурных обменов в Соединенных Штатах ежегодно нелегально остаются тысячи молодых людей со всего мира (используя возможность въезда в США по обменной визе, планируя осесть и со временем легализоваться)<sup>2</sup>. Несмотря на это, американские власти не хотят закрывать эти программы, поскольку они, по сути, являются инструментом отбора потенциальных иммигрантов по интеллектуальным качествам. А губернатор штата Калифорния даже подписал «Калифорнийский закон мечты», согласно которому нелегальные мигранты смогут получать от государства денежную помощь для обучения в университете, чтобы в дальнейшем трудиться на благо США<sup>3</sup>. Такое отношение, конечно, формирует в иностранной молодежной среде привлекательный образ Америки как открытого поликультурного общества равных возможностей.

Характерной чертой образовательных программ США является **продолжение работы с выпускниками** - создание сетевых сообществ, исследовательских центров и групп<sup>4</sup>. Например, на сайте посольства США размещена различная информация для выпускников американских обменных программ<sup>5</sup>, в интернете существуют большое количество англо- и русскоязычных ресурсов с адресами Американских центров, клубов выпускников и т.д.<sup>6</sup>, также можно найти сайт с говорящим названием - «Жизнь после Fulbright»<sup>7</sup>. На ряде закрытых англоязычных сайтов после регистрации выпускникам становятся доступны информация о предстоящих мероприятиях, грантовых программах и возможностях карьерного роста, ссылки на другие информационные ресурсы и возможность включить свой адрес в список рассылок. Кроме того, предоставляется база данных пользователей страницы, где можно найти других выпускников, друзей и коллег. Также предлагается самим помещать на странице новости, объявления и ссылки<sup>8</sup>. Некоторые сайты создаются самими выпускниками. В городах, где есть Американские центры, выпускников активно привлекают к организации различных мероприятий. В

---

1 Портал «Полпред». URL.: [http://polpred.com/?ns=1&ns\\_id=495301](http://polpred.com/?ns=1&ns_id=495301)

2 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>.

3 Портал «Полпред». URL.: [http://polpred.com/?ns=1&ns\\_id=495301](http://polpred.com/?ns=1&ns_id=495301).

4 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>.

5 Посольство Соединённых Штатов. Образование. Выпускникам американских обменных программ. <http://russian.moscow.usembassy.gov/alumni.html>.

6 Ресурсы для выпускников программ обменов, финансируемых правительством США. URL.: [http://www.prof.msu.ru/publ/book6/c68\\_02.htm](http://www.prof.msu.ru/publ/book6/c68_02.htm).

7 Жизнь после Фулбрайт. URL.: <http://www.mostaguse.ru/652319/4/ZHizn-posle-Fulbright>.

8 Посольство Соединённых Штатов. Образование. Выпускникам американских обменных программ. <http://russian.moscow.usembassy.gov/alumni.html>.

рамках событий, организованных центром, они часто берут на себя роль волонтеров, делятся опытом и знаниями, полученными во время пребывания в Америке<sup>1</sup>. В России численность выпускников американских обменных программ составляет более 66 тысяч человек<sup>2</sup>. В большинстве своём это представители университетской интеллигенции и некоммерческих организаций, использующие возможности участия в обменных программах и совместных международных проектах для профессионального развития. Такое продолжающееся материальное стимулирование грантами позволяет США осуществлять влияние на элиты и выстраивать легальные схемы использования интеллектуального запаса Российской Федерации и стран СНГ в собственных интересах<sup>3</sup>.

**Основная политическая цель** правительственных образовательных программ - формирование зарубежной элиты, которая будет проводить дружественную по отношению к США политику<sup>4</sup>. Значительное количество выпускников американских университетов и программ, составляющих государственные элиты других стран, формирует важный ресурс благожелательного отношения к Америке за её рубежами. Например, среди лиц, посетивших США после 1945 года, были такие ставшие «проамериканскими» политики, как премьер-министр Великобритании Маргарет Тэтчер, президент Египта Анвар Садат, канцлер ФРГ Гельмут Шмидт, президент Франции Валери Жискар д'Эстен. Ещё в начале своей карьеры они в числе многих других лидеров мира побывали в США по линии правительственных программ<sup>5</sup>. Из примерно 700 тыс. человек, участвовавших в международных образовательных программах госдепартамента США, более 50 действующих и 165 бывших глав государств и правительств, а ещё 600 – представители парламента и различных министерств. Среди них президент Афганистана Х. Карзай, президент Грузии Михаил Саакашвили, президент Украины Виктор Ющенко, бывший генсек ООН Кофи Аннан, Верховный председатель по внешней политике и безопасности ЕС Ховьер Солана, премьер - министр Индии Индира Ганди, премьер - министр Великобритании Тони Блер и многие другие. Более всего выпускники американских образовательных программ представлены в политической элите Южной Кореи, Аргентины, Чили, Германии, Великобритании, Израиля и Японии<sup>6 7</sup>.

**Вторая** политическая цель образовательных программ - это подготовка лидеров и активистов оппозиции в недемократических зарубежных странах, членов демократических партий и неправительственных организаций, ведущих борьбу за права человека. Например, активные члены и лидеры партии

---

1 Американский информационный центр в Екатеринбургe. URL.: <http://ac-ekb.info/education.html>

2 Посольство Соединённых Штатов. Образование. Выпускникам американских обменных программ. <http://russian.moscow.usembassy.gov/alumni.html>

3 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>.

4 Кубышкин А.И., Цветкова Н.А. Общественная дипломатия США: Учебн. пособ. - Спб.: СПбГУ, 2010.

5 Трибрат В. «Мягкая безопасность» по Джексофу Наю// Международные процессы/ Регулирование и саморегулирование в мировой политике. Т.3. № 1(7). Январь-апрель М., 2005. <http://www.intertrends.ru/seventh.htm>.

6 Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>.

7 Кубышкин А.И., Цветкова Н.А. Общественная дипломатия США: Учебн. пособ. - Спб.: СПбГУ, 2010.

«Яблоко» в начале 2000-х годов проходили стажировку в рамках программ образовательных и научных обменов правительства США. Впрочем, стажировались в американских университетах и научных фондах и многие члены «Единой России», «Справедливой России» и даже КПРФ<sup>1</sup>. В 2010 г. полугодовое обучение в Йельском университете (готовящего лидеров для стран «третьего мира») проходил Алексей Навальный, общественная и политическая деятельность которого вызывает противоречивые оценки. В частности, высказываются сомнения в том, что истинной целью деятельности Навального является именно борьба с коррупцией в России. Навального обвиняют в попытках дестабилизации ситуации в стране и в том, что его усилия финансируются правительством США<sup>2</sup>. Так, некоторые политологи считают, что акции протеста в России стимулируются государственными структурами США, например, известно о существовании гранта американского правительства в 190 млн. долл. в 2011 г. «на развитие гражданского общества в России»<sup>3</sup>.

**Третья** политическая цель образовательных программ - выстраивание взаимопонимания между определёнными группами общества США и зарубежным государством<sup>4</sup>. В американских университетах на сегодняшний день обучается примерно полмиллиона студентов из-за рубежа<sup>5</sup>. Все они получают образование, основанное на американских социальных и политических ценностях, возвращаются домой сторонниками свободной торговли и экономической либерализации и способствуют распространению американской культуры и американских общественных ценностей в этом зарубежном обществе.

Именно обменные программы США вывели перспективную молодежь Украины, Грузии и ряда других стран из-под российского культурного влияния. Между тем, в России институт обменных программ, как ресурс «мягкой силы», практически не используется<sup>6</sup>. В нашей стране ещё существует критика «мягкой силы», воспринимаемой как манипуляция<sup>7</sup>. Хотя наиболее логичной сферой применения российской «мягкой силы» является «ближнее зарубежье». Сегодня российские культурные и образовательные проекты ещё остаются одним из немногих инструментов влияния на страны СНГ. Российское высшее образование также пока пользуется спросом в странах, где собственные национальные системы ВУЗов были созданы при помощи СССР или где был сформирован прочный ресурс советского и российского политического влияния. Бесспорным компонентом российской «мягкой силы» является внешняя языковая политика: необходимо уделять внимание продвижению русского языка как носителя русской культуры и российской идеологии.

---

1 Там же.

2 Википедия: Навальный Алексей Анатольевич. URL.: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9D%D0%B0%>.

3 Панарин И. Н. Вторая мировая информационная война - война против России. URL.: <http://www.panarin.com/comment/16268>.

4 Кубышкин А.И., Цветкова Н.А. Общественная дипломатия США: Учебн. пособ.- СПб.: СПбГУ, 2010.

5 Давыдов Ю. Понятие «жёсткой» и «мягкой» силы в теории международных отношений// Международные процессы/ Философия международных отношений. Т. 2. № 1 (4). Январь-апрель М., 2004. <http://www.intertrends.ru/four/006.htm>.

6 Фоминих А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>

7 Ваплер В.Я., Гронская Н.Э., Гусев А.С., Коршунов Д.С., Макарычев А.С., Солнцев А.В. Идея империи и «мягкая сила»: мировой опыт и российские перспективы// Научный вестник Уральской академии государственной службы. №1(10) Май 2010г. - <http://vestnik.uapa.ru/ru-ru/issue/2010/01/02>.

Только в 2005 г. в России политика «мягкой силы» начала понемногу действовать: появились программы, направленные на межрегиональное и культурное сотрудничество с зарубежными странами<sup>1</sup>. Хотя возможности распространения этого влияния сдерживаются кризисом в самом отечественном высшем образовании, проявлениями расизма и ксенофобии в отношении иностранных учащихся. Также механизм отбора и направления кандидатов на учёбу в российские ВУЗы отличается от схемы работы западных обменных программ. Не всегда проводится конкурс, выявляющий наиболее способных абитуриентов, что усложняет адаптацию иностранных студентов к российской системе высшего образования. Между тем, сами российские ВУЗы могут устраивать отборы талантливых иностранных студентов, которые в перспективе повлияют на продвижение конкретного учебного заведения в международных позициях. И в качестве главного мотива привлечения иностранных студентов следует выделить не экономическое, а идеологическое наполнение<sup>2</sup>.

Непосредственно американским студентам российское государство не предлагает практически ничего: образовательные обмены осуществляются на уровне регионов и отдельных ВУЗов. В последние годы наши крупные компании начали привлекать на работу иностранных специалистов и организовывать для них программы подготовки. Но российский бизнес интересуют молодые американцы, уже получившие высшее образование и имеющие профессиональный опыт, причем желательно - в проектах, связанных с Россией. А американским студентам, которые хотят учиться у нас, пока приходится рассчитывать исключительно на себя<sup>3</sup>.

Сегодня России, параллельно с укреплением экономики, следует проводить программы общественной дипломатии даже в рамках ограниченного государственного бюджета, поскольку это повысит эффективность всех внешнеполитических и экономических акций страны.

**Таким образом,** общественная дипломатия США, не оказывая прямого влияния на массы в зарубежных странах, воздействует на представителей элиты - политиков, бизнесменов, журналистов, лидеров оппозиционных партий, профессуру и студентов через образовательные и культурные программы. Для «мягкой», несилевой тактики реализации внешнеполитических интересов, кадровой политики и экономического возрождения Соединённых Штатов, международные образовательные программы оказываются самым эффективным инструментом. Они улучшают зарубежное общественное мнение о США; решают долгосрочные задачи воспитания иностранных политических элит и удержания их в поле влияния на протяжении поколений; способствуют «утечке умов» и эмиграции. Между тем, студенческая и академическая мобильность является важным направлением международной деятельности, но для того, чтобы образовательные программы были деполитизированы и служили

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Фоминых А. «Мягкая мощь» обменных программ//Международные процессы/ Цикл расхождений в мировой системе. Т. 6. № 1(16). Январь-апрель М., 2008. <http://www.intertrends.ru/sixteenth/008.htm>.

<sup>3</sup> Тузовская Н. Россия - США: миграция умов. 2007. 12 июля. URL.: [http://news.bbc.co.uk/1/hi/russian/russia/newsid\\_6293000/6293214.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/russian/russia/newsid_6293000/6293214.stm).

примером сотрудничества, они должны в одинаковой степени финансироваться от всех государств-участников.

*Научное электронное издание*

**Реформирование правовой системы России и защита прав человека:  
национальный и международный контекст**

VI Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых  
ученых  
(г. Красноярск, 5 – 6 апреля 2012 года)

Сборник статей

- © 2012, Юридический институт Сибирского федерального университета.
- © 2012, АНО «Агентство правовых и психологических экспертиз» (права).
- © 2012, авторы статей указаны под заголовком соответствующего доклада.
- © 2012, ООО «ЦСПТ» (оформление, оригинал-макет, издание электронной версии).